CIJ – 25 ANOS DE INVESTIGAÇÃO

CIJ – 25 YEARS OF RESEARCH

HISTÓRIA, TRAJETÓRIA E FUTURO / HISTORY, PATH, AND FUTURE

COORDENAÇÃO / COORDINATION:
Graça Enes / Jorge Quintas / Sandra Oliveira e Silva / Tiago Ramalho

GESTLEGAL

CIJ - 25 ANOS DE INVESTIGAÇÃO
CIJ - 25 YEARS OF RESEARCH

CIJ - 25 ANOS DE INVESTIGAÇÃO
CIJ - 25 YEARS OF RESEARCH

Coordenação / Coordination:

GRAÇA ENES
JORGE QUINTAS
SANDRA OLIVEIRA E SILVA
TIAGO RAMALHO

Autores / Writers:

Anabela Costa Leão; António Graça Moura; Cláudia Lima Costa; Duarte Abrunhosa e Sousa; Fernando Silva Pereira; Gabriela Gomes Costa; Gilda Santos; Gilda Santos; Glória Teixeira; Graça Enes; Guilherme Maia; nês Sousa Guedes; Joaquim Ramalho; Jorge Gracia Ibáñez; José Manuel Pires Leal; José Menezes Sanhudo; José Neves Cruz; João Vieira dos Santos; Lara Nápoles; Luísa Eckenroth Moreira; Luísa Neto; Margarida Santos; Margarida Santos; Paulo de Tarso Domingues; Paulo Magalhães; Pedro Jorge Magalhães; Tiago Morais Rocha

Editor / Publisher:

GESTLEGAL
Av. Fernão de Magalhães, 136, 2.º U-T
3000-171 Coimbra – Portugal
+351 239 053 838
editora@gestlegal.pt
www.gestlegal.pt

Design: José Soler

1.ª edição: outubro 2025/1.ª edition: october 2025
ISBN e-book: 978-989-9136-99-1

Este trabalho foi desenvolvido com o apoio da Fundação para a Ciência e a Tecnologia – UIDB/00443/2025 (Centro de Investigação Interdisciplinar em Justiça).

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

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

This work was developed with the support of the Fundação para a Ciência e a Tecnologia – UIDB/00443/2025 (Centro de Investigação Interdisciplinar em Justiça).

The data and opinions contained in this publication are the sole responsibility of the author(s).

This work is published under the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

GRUPO GESTLEGAL

CIJ - 25 ANOS DE INVESTIGAÇÃO

CIJ - 25 YEARS OF RESEARCH

HISTÓRIA, TRAJETÓRIA E FUTURO

HISTORY, PATH, AND FUTURE

Coordenação / Coordination:
GRAÇA ENES
JORGE QUINTAS
SANDRA OLIVEIRA E SILVA
TIAGO RAMALHO

CIJ
CENTRO DE INVESTIGAÇÃO INTERDISCIPLINAR EM JUSTIÇA

fct
Fundação para a Ciência e a Tecnologia

GESTLEGAL

PREFÁCIO

O CIJ — Centro de Investigação Interdisciplinar em Justiça celebrou, em 2025, vinte e cinco anos de atividade científica continuada. Fundado em 1999, então como CIJE — Centro de Investigação Jurídico-Económica, foi o primeiro centro de I&D na área jurídica a obter financiamento da Fundação para a Ciência e a Tecnologia, afirmando-se como estrutura pioneira na promoção da investigação jurídica em Portugal.

Ao longo de um quarto de século, o Centro acompanhou as profundas transformações no modo-de-fazer de Ciência e ampliou progressivamente os seus domínios de intervenção. Primeiro, abriu-se a outros ramos do saber jurídico e, mais tarde, integrou a investigação criminológica, consolidando a sua vocação interdisciplinar e reforçando o diálogo entre diferentes tradições e metodologias científicas. Este percurso foi marcado pelo crescimento e diversificação da sua comunidade de investigadores, pela participação ativa em redes internacionais e pelo envolvimento em projetos de impacto social e jurídico significativo.

A presente obra coletiva reúne contributos científicos em alguns dos temas sobre que versou a atividade do CIJ. Pretende-se, assim, dar testemunho da investigação desenvolvida no passado, divulgando-a em acesso livre, e oferecer uma visão panorâmica sobre a atividade que poderá ser, no futuro, realizada nos eixos e tópicos temáticos do Centro.

Os textos que aqui se apresentam refletem a diversidade de abordagens, percursos académicos e experiências de investigação que

GESTLEGAL

caracterizam o CIJ. Uns retomam estudos paradigmáticos, agora tornados acessíveis a um público mais vasto através da tradução; outros resultam de trabalhos originais, de intervenções em conferências ou da apresentação de novos projetos. Em conjunto, desenham um retrato vivo, plural e dinâmico da história e trajetória do Centro.

Ao assinalar 25 anos de investigação, o CIJ reafirma a sua identidade e renova a sua ambição: continuar a ser um *locus* de excelência na produção de conhecimento científico nas áreas do Direito e da Criminologia em Portugal.

A Coordenação:

Graça Enes
Jorge Quintas
Sandra Oliveira e Silva
Tiago Ramalho

DO CIJE AO CIJ
OS PRIMEIROS 17 ANOS DE INVESTIGAÇÃO

Glória Teixeira *

INTRODUÇÃO

Nas comemorações dos 25 anos do CIJ, não poderia deixar de apresentar alguns dos contributos e testemunhos daqueles que colaboraram e colaboram com o centro de investigação que fundei em 1998 sob a égide da FCT e coordenei até 2015.

Foram 17 anos de trabalho intenso, pretendendo-se divulgar neste artigo algumas das obras mais relevantes do CIJE, produzidas durante o período de 1998 a 2015.

Por razões metodológicas e em respeito pela história do centro, optei por selecionar algumos resumos e testemunhos que a seguir se transcrevem.

A OBRA 'TRIBUTAÇÃO DOS RENDIMENTOS DO TRABALHO DEPENDENTE'

O tema analisado nesta obra é o da relação entre os impostos sobre o trabalho dependente e as contribuições para a segurança social. A importância de uma visão unificada e coerente destes dois

* Professora associada, FDUP.

sistemas legais impõe-se desde logo pelo facto de, não obstante serem nomeados distintamente — 'impostos' e 'contribuições' na realidade serem dois sistemas fiscais paralelos com uma regulamentação própria, mas também alguns pontos de contacto.

Nas páginas que se seguem, e para além da experiência jurídica Portuguesa, são apresentadas algumas experiências jurídicas europeias que ilustram precisamente este processo progressivo de integração entre impostos sobre o trabalho dependente e contribuições para a segurança social (caso inglês) ou mesmo a implementação de um sistema fiscal unificado (caso Holandês).

Os três capítulos aqui recolhidos foram apresentados publicamente, em conferência realizada na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, no dia 30 de abril de 1999.

Foram selecionados países com um passado histórico semelhante ao Português, mas com um nível de desenvolvimento económico e social superior ao nosso, bem como com um considerável esforço humano e informático dedicada aos assuntos fiscais.

Trata-se de um estudo fiscal comparado que contou com a colaboração de diversos especialistas europeus de elevado mérito e com larga experiência na matéria. Em representação do centro de investigação que coordeno (CIJE — Centro de Investigação Jurídico-Económica), quero expressar o nosso profundo reconhecimento e apreço ao Professor Freitas Pereira, Professor David Williams e Dr. Arthur Pleijsier e agradecer a disponibilidade sempre apresentada nomeadamente, participação em conferências realizadas neste domínio na Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

O seu empenhamento nesta causa muito nos encoraja, desde logo peia complexidade do tema e pela necessidade de se encarar de um modo sério, cuidado e minucioso os problemas jurídicos e financeiros que a segurança social Portuguesa irá viver num futuro próximo.

Muitos e valiosos foram os contributos prestados por diversas pessoas e entidades neste projeto de investigação. Gostaríamos, no entanto, de manifestar o nosso apreço pelo trabalho desenvolvido pelo Dr. Nuno Correia da Silva e Dr. Rui Ferreira Santos (colaboradores do CIJE na área da segurança social). Uma especial palavra de agradecimento é devida ao secretariado do CIJE (Carla Campos, estudante da Faculdade de Direito da Universidade do Porto) e ao serviço de relações internacionais da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Dra. Manuela Santos).

Agradeço ainda aos meus estudantes o interesse e atenção dispensados a temas novos e complexos e igualmente as pertinentes intervenções feitas em conferências, seminários e aulas.

Ao grupo editorial 'Vida Económica', nas pessoas do Dr. Miguel Peixoto de Sousa e Dr. João Luís Peixoto de Sousa, o nosso reconhecimento e apreço pela disponibilidade e entusiasmo demonstrado para a publicação deste trabalho.

Esta obra é dedicada conjuntamente, ao Professor Alberto Amaral e ao Professor Cândido Agra pela atenção e empenhamento a esta 'causa especial' que é a Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Sem eles, esta obra não seria possível.

Porto, maio de 2000

A OBRA 'PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA'

É com muito gosto que participo em mais um projeto de investigação sobre preços de transferência, em colaboração com o Dr. Duarte Barros, ex-inspetor da DGCI e revisor oficial de contas com larga experiência na matéria aqui objeto de análise e autor de vários trabalhos publicados em revistas da especialidade, e com uma equipa esforçada e competente de finalistas do curso de Direito, meus alunos na cadeira optativa de Direito Fiscal II e, ao tempo da publicação desta obra, já licenciados pela prestigiada instituição que é a Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

Surge assim uma obra que agrega contributos não só académicos, mas também práticos, diretamente baseados na experiência nacional. Houve a preocupação de se proceder a um levantamento exaustivo sobre preços de transferência, nomeadamente:

1. Perspetiva histórica e evolução do regime de preços de transferência em Portugal;
2. Compilação de jurisprudência, desde 1989 até julho de 2003, sobre preços de transferência produzida pelo Supremo Tribunal Administrativo:
3. Compilação e sistematização de legislação nacional, da União Europeia e internacional sobre a matéria;
4. Seleção dos casos jurisprudenciais internacionais mais relevantes, editados por um prestigiado fiscalista internacional — Prof. Dr. Philip Baker (Queen Mary College/Universidade de Londres) — e publicados integralmente no periódico International Tax Law

Reports, Butterworths, disponíveis para consulta na biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

5. Inclusão em anexo de informações úteis sobre preços de transferência, tanto para os contribuintes como para a administração tributária, nomeadamente endereços e páginas eletrónicas relevantes e bases de dados mais utilizadas.

Especiais agradecimentos são devidos às seguintes instituições, ou pessoas, por toda a colaboração prestada:

— FDUP/CIJE (Faculdade de Direito da UP/Centro de Investigação Jurídico-Económica) — estudantes do curso de Direito da FDUP: Liliana Moreira e Vera Ganhão
— ELSA (European Law Students Association) — Tiago Moreira Alves
— AIP (Associação Industrial Portuguesa) — Dr. Carlos Cunha
— AEP (Associação Empresarial de Portugal) —Dra. Olga Tavares
— STA (Supremo Tribunal Administrativo) — Dr. Rogério Pereira
— 'Vida Económica" (Grupo Editorial) — Dr. Miguel Peixoto de Sousa
— Deloitte Touche Tohmatsu — Dra. Rita Tavares de Pina

Porto, janeiro de 2004

A OBRA 'ARRENDAMENTO SOCIAL'

Os textos que agora se publicam correspondem a dois projetos de investigação realizados pelo CIJE (Centro de Investigação Jurídico-Económica) a pedido da Câmara Municipal do Porto num domínio novo que denominamos por "Arrendamento Social".

O primeiro, designado de "Estudos Jurídico-Económicos para um projeto de Regulamento Municipal de Habitação Social", versa a matéria social e economicamente muito sensível da habitação social e foi concluído em novembro de 2003. Volvidos agora quase dois anos, o estudo realizado mantém toda a atualidade, num momento em que se discute precisamente a adequação da legislação aplicável ao arrendamento social.

O segundo projeto, levado a cabo subsequentemente e de menor dimensão, intitulado "Estudos Jurídico-Económicos para um projeto

de Regulamento de Arrendamento de arrumos e lugares de garagem situados nos agrupamentos habitacionais de Câmara Municipal do Porto", foi concluído em novembro de 2004. Surge como um estudo complementar ao primeiro, embora afastando-se já do "núcleo" da habitação social e é tributário de todo o levantamento jurídico e económico realizado por ocasião deste.

Optámos assim pela sua publicação conjunta, dada a complementaridade patente e o carácter sequencial que sempre lhes atribuímos.

Sendo o CIJE um centro de investigação independente, foi missão principal dos seus investigadores desenvolver um trabalho técnico, desprovido de considerações ideológicas ou políticas, com o objetivo final de prestar um contributo sério e válido à resolução dos problemas colocados pelo parque de habitação social da cidade do Porto.

O conjunto de estudos jurídicos e económicos realizados não teria sido possível sem a participação de muitos agentes e instituições exteriores ao CIJE. O contributo destes foi essencial para um cabal conhecimento das realidades sociais e humanas do parque habitacional da cidade do Porto, cabendo realçar o trabalho do Departamento Municipal de Habitação da Câmara Municipal.

Agradecemos, por último, à Câmara Municipal do Porto a oportunidade dada e o esforço realizado para compreender e aceitar um grupo de investigação jovem, mas empenhado na sua cidade.

Porto, 13 de setembro de 2005

A OBRA 'ESTUDOS DE DIREITO FISCAL'

Esta obra reúne quatro teses selecionadas do I curso de Pós-Graduação de Direito Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Tratam temas diversos e atuais na área do Direito Fiscal e refletem a experiência e metodologia seguida neste curso.

Poderão os leitores assim constatar a diversidade das fontes e referências bibliográficas bem como as diferentes experiências académicas e profissionais dos seus autores.

Na qualidade de coordenadora desta obra, e também do Curso de Pós-Graduação de Direito Fiscal, foi com muito gosto que a promovi e a supervisionei, com o objetivo de dar a conhecer ao público em geral o ensino e experiência pedagógica e científica, no âmbito dos estudos fiscais na Faculdade de Direito da UP.

Não foi fácil a seleção dos trabalhos a publicar. Motivos editoriais impuseram limites à publicação e desde já se remetem os leitores para o sítio do CIJE (Centro de Investigação Jurídico-Económica da FDUP) — www.direito.up.pt (ver I&D. Centro de Investigação Jurídico-Económica web) — onde poderão aceder a outros estudos de direito fiscal, apresentados no âmbito dos I e II cursos de Pós-Graduação de Direito Fiscal da FDUP.

Não posso deixar de recordar com agrado e saudade a experiência como coordenadora, docente e também 'tutora' neste curso e agradecer especialmente ao Prof. Freitas Pereira o indispensável e sempre presente apoio ao longo desta missão. De facto, a seriedade, competência e também altruísmo dedicados a este projeto, têm sido elementos determinantes para o seu bom desempenho.

Paralelamente, o esforço e competências desenvolvidos na Universidade do Porto no âmbito do projeto e-learning, sob a coordenação do Prof. Marques dos Santos (atual Reitor da Universidade do Porto), muito contribuíram para o cumprimento dos objetivos de aprendizagem, tendo permitido uma partilha de experiências académicas e profissionais, nomeadamente através da criação de um fórum cativo e participado, na II edição do curso, impulsionado e sustentado pelo Desembargador Moisés Rodrigues.

Ainda, uma palavra de especial agradecimento e apreço é devida à equipa docente do curso, especialmente à Dra. Maria de Lourdes Vale e Prof. Nuno Sá Gomes pelo trabalho e dedicação, no âmbito respetivamente do Direito Fiscal Internacional e Tributação do Património (ver obra de Nuno Sá Gomes, A Tributação do Património, Lições ao l. ^{0} Curso de Pós-Graduação de Direito Fiscal da FDUP, Almedina, 2005).

No sentido de complementar os diferentes módulos do curso, e com o apoio financeiro da FCT, o CIJE tem vindo a promover na Faculdade um conjunto de conferências internacionais, bem participadas e inseridas no seu programa de investigação e parcerias internacionais. Agradecemos reconhecidamente o contínuo apoio dos Professores David Williams (Taxation and Social Security Special Commissioner for England and Wales) e Ian Walden (Professor na Queen Mary College, Universidade de Londres).

À comissão de coordenação do curso, Mestres Raquel Guimarães, Paulo Tarso e José Reis, o meu sincero obrigada pelo conselho, apoio e também vasto tempo dedicado a participar em júris.

Dedicamos esta obra a todos os estudantes dos Cursos de Pós-Graduação de Direito Fiscal da FDUP e ainda a todos aqueles que se

interessam, em liberdade e consciência, pelo estudo do Direito Fiscal.

Porto, junho de 2006

A OBRA 'DIREITO E DESPORTO'

Esta obra é mais um trabalho de equipa do CIJE, de carácter multidisciplinar, em torno da temática 'Direito e Desporto'.

Os textos aqui reproduzidos foram apresentados oralmente em conferência organizada na Faculdade de Direito da UP (FDUP), com o patrocínio da Reitoria e do Instituto de Desporto de Portugal. A estas instituições que nos apoiaram, o nosso reconhecimento e apreço bem como à larga audiência que teve oportunidade em abril de 2007 de nos escutar e trocar experiências.

Este evento teve como principal objetivo a apresentação à comunidade científica e profissional dos trabalhos de investigação em curso no CIJE e na FDUP na área do desporto, nas suas vertentes fiscal e de gestão desportiva.

Pela vocação intrínseca do CIJE, dirigido essencialmente para as ciências jurídico-económicas, a obra reúne vários artigos de fiscalidade, fruto de projetos de doutoramento em curso, e outros especificamente selecionados para a conferência.

A todos os investigadores que trabalharam diretamente neste projeto, o meu sincero agradecimento pelo alto nível dos trabalhos produzidos, ciente que o público acolherá com grande interesse e atenção os temas versados nesta obra.

Finalmente, à FCT endereçamos a nossa gratidão pelo apoio que ao longo dos anos tem prestado ao CIJE.

Porto, 8 de agosto de 2007

A OBRA 'OS 10 ANOS DE INVESTIGAÇÃO DO CIJE'

O CIJE — Centro de Investigação Jurídico-Económica — inicia o seu processo de formação em 1998 com o apoio indispensável do Prof. Alberto Amaral, ao tempo Reitor da Universidade do Porto (UP), e da Faculdade de Economia da UP, através do seu Diretor, Prof. José Costa.

GESTLEGAL

A sua atividade científica começa no ano de 1999, com o reconhecimento e apoio financeiro da Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT). Desde então tem vindo a ser avaliado internacionalmente, tendo obtido ao longo dos seus 10 anos de trabalho científico a classificação de muito bom.

Contando inicialmente com uma equipa científica reduzida, viu crescer o seu número de doutorados e alargar o seu âmbito de influência, tanto nível nacional como internacional. A colaboração com outras instituições nacionais e estrangeiras enriqueceu os seus investigadores e permitiu a criação de equipas pluridisciplinares e o desenvolvimento de projetos científicos onde as vertentes fundamentais de investigação do CIJE se cruzaram e apresentaram soluções.

Ao longo deste percurso, o CIJE participou em projetos internacionais, em parceria com universidades estrangeiras e organizações internacionais (Comissão Europeia e OCDE) — vejam-se projetos nas áreas do direito fiscal e do direito das comunicações — e prestou serviços à comunidade nacional e internacional, de relevância e impacto significativos: por exemplo, os serviços prestados ao nível autárquico, em especial para a Câmara Municipal do Porto, multinacionais e associações representativas nacionais.

Paralelamente, o CIJE, através dos seus investigadores, tem vindo a prestar uma colaboração contínua à Faculdade de Direito da UP, promovendo e participando ativamente em cursos de pós-graduação e de mestrado nas áreas do direito fiscal e do direito laboral.

A sua atividade de investigação centra-se também na orientação de projetos de investigação e de doutoramento, divulgando os seus resultados ao nível nacional c internacional através da organização e participação cm conferências.

O elevado número de publicações nacionais e internacionais atesta a vitalidade da sua investigação, conforme ilustrado também nesta obra comemorativa que reúne trabalhos de investigação de alunos de licenciatura, mestrado e doutoramento da Faculdade de Direito da UP.

A internacionalização do CIJE faz-se sentir através da sua crescente integração cm redes de investigação internacional, especialmente na área do direito fiscal, e conclusão de parcerias de investigação com outras universidades estrangeiras.

Esta obra integra também os seus indispensáveis contributos, em áreas do direito fundamentais para este novo século.

O sucesso alcançado pelo CIJE deve-se à coesão da sua equipa e forte motivação e apoio internacional. Um grande e reconhecido

agradecimento é devido à Comissão Permanente de Aconselhamento Científico do CIJE que tem auditado internamente e orientado a sua atividade científica. O trabalho desta Comissão foi essencial para a sua implantação e crescente afirmação na sociedade.

Por último. esta obra não poderia deixar de publicitar alguns exemplos de trabalho científico prestado à comunidade, alicerçado em equipas de investigação coesas e pluridisciplinares.

Na qualidade de coordenadora do CIJE gostaria de expressar a minha grande estima e consideração aos investigadores do CIJE, agradecendo o seu valioso esforço e motivação ao longo desta aventura científica.

Caminhamos durante 10 anos e continuaremos, seguramente, unidos no futuro, conscientes da difícil missão que é ser investigador na área do Direito em Portugal.

Dedico esta obra à minha filha Mafalda pela sua paciência, compreensão e generosidade.

Porto, 2 de maio de 2010

INTERVENÇÃO DO PROFESSOR DOUTOR MARQUES DOS SANTOS — REITOR DA UNIVERSIDADE DO PORTO NA SESSÃO DE ABERTURA DA CONFERÊNCIA

"OS 10 ANOS DE INVESTIGAÇÃO DO CIJE"

Muito obrigada Senhora Professora Glória Teixeira. Muito bom dia a todos — aos meus colegas da mesa e a todos os que estão aqui presentes —. Queria, em nome pessoal e não da Universidade do Porto, cumprimentar todos e manifestar-lhes o meu gosto de estar aqui nesta sessão de abertura desta conferência que comemora o décimo aniversário do Centro de Investigação Jurídico-Económica — CIJE — da Universidade do Porto, e gostaria de apontar algumas das razões que me levam a estar presente, porquê o gosto de estar aqui presente.

A primeira razão é para felicitar o CIJE pelo seu aniversário. Décimo aniversário é uma marca interessante de tempo, que já decorreu desde a sua nascença, mostra, portanto, que está a consolidar a sua atividade — e esperamos que seja o início de uma atividade continuada de idêntico nível da passada — e que daqui a dez anos

possam estar a comemorar o seu vigésimo aniversário e, portanto, as nossas felicitações por esse aniversário.

A segunda razão é por estar na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Para mim, é sempre um gosto estar presente nesta faculdade e acompanhar a sua evolução. Também para manifestar o quanto a Universidade do Porto aprecia a Faculdade de Direito e espera dela um continuado contributo para o desenvolvimento da Universidade e para o prestígio nacional e internacional da nossa Universidade e, também, um contributo forte para a construção da coesão da nossa Universidade.

Uma terceira razão tem a ver com a importância que a investigação e desenvolvimento tem para a Universidade do Porto. Consideramos que a investigação com desenvolvimento é o motor, tem que ser o motor principal, da nossa Universidade nos próximos tempos. Tem vindo a afirmar-se, nacional e internacionalmente, a investigação da Universidade do Porto, mas ainda temos que continuar a trabalhar no sentido de aprofundarmos a nossa capacidade de investigação, de melhorarmos o nosso nível de investigação e de produção científica com reconhecimento internacional. Para nós, é fundamental que não vivamos satisfeitos com um reconhecimento nacional; ele tem que ter um reconhecimento internacional, e isso significa ser apreciado pelos pares a nível internacional, ser avaliado com boas classificações por júris internacionais, e, neste momento, a Universidade do Porto tem 70 unidades de investigação avaliadas, 31 das quais têm Muito Bom ou Excelente. É preciso crescer este número ainda um pedaço mais e, portanto, o CTJE já contribui para este número. mas certamente que a Universidade do Porto procura aumentar ainda mais este nível.

É importante dizer que a Universidade do Porto neste momento é o maior produtor científico em Portugal do ponto de vista de publicações em revistas internacionais de grande prestígio. Em 2008 — são os últimos números que existem publicados — a Universidade do Porto foi responsável por mais de vinte por cento da publicação científica nacional cm jornais de prestígio internacional, o que significa para um país que tem 15 Universidades, 15 Politécnicos e vários institutos de investigação, que vinte por cento da produção é, de facto, uma fatia de alto valor, de alto nível e que nós queremos preservar ou até ainda aumentar. Daí, portanto, que esta razão tem o seu desenvolvimento, é também um forte motivo pelo qual eu aqui estou

para incentivar a investigação e o seu desenvolvimento no futuro e também como sendo uma via de financiamento complementar da nossa Universidade. Nós sabemos que a nível mundial as universidades públicas têm vindo a ver os seus orçamentos reduzidos e que é preciso encontrar alternativas a esse financiamento meramente público — e devo dizer que nos últimos dois anos a Universidade do Porto perdeu vinte por cento do Orçamento de Estado. No entanto, o seu orçamento global subiu substancialmente em relação ao passado, o que significa que conseguiu ela própria gerar receitas/verbas, através de atividades que não realizava. E tudo isto como resultado de uma maior atividade, um maior reconhecimento. Pela primeira vez preenchemos as vagas todas e estamos em posição de produção científica, como há pouco disse, extremamente relevante. Todos os parâmetros de qualidade subiram. Exatamente, na minha ótica, porque nós fomos todos motivados a ir à luta; fazer mais atividades para conseguir também complementar as verbas que recebemos do Estado. E, portanto, é outra área e há aí muito dinheiro que se pode ir buscar para financiar a investigação a nível internacional e onde Portugal não está a conseguir trazer nem cerca de metade daquilo que poderia ir buscar. E, portanto, há aqui um trabalho grande a fazer e daí também o meu incentivo a que se trabalhe, para que se vá completar esse financiamento, indo buscá-lo a nível internacional, em competição com os melhores — porque também isso nos obriga a ser melhores.

Uma outra razão que eu gostaria aqui de invocar, tem a ver com o tema que está aqui a ser tratado: a justiça, os impostos, o comércio eletrónico. E isto porque entendemos que estamos num momento em que temos todos de fazer alguma coisa para mudar alguma situação do país. Ainda há pouco, no automóvel, a caminho da Universidade, ouvi exatamente dizer que Portugal manteve este ano a sua posição de atratividade do investimento estrangeiro na vigésima primeira posição na Europa — ou seja, quase na cauda da Europa —. e que as duas razões apontadas pelos investidores estrangeiros, como aquelas que não atraem muito a sua presença em Portugal, são a Justiça e o regime fiscal. Portanto, significa que há aqui qualquer coisa que nós todos temos que fazer. Portanto, isto é problema de todos nós. A investigação, inclusivamente, a cooperação, têm que fazer algo para que estas razões deixem de ser invocáveis pelos investidores estrangeiros como sendo uma razão para não virem investir em Portugal e Portugal precisa, de facto, dc criar mais riqueza, porque

sem riqueza não há dinheiro para investir, e, portanto, não nos podemos desenvolver adequadamente, nem ter a justiça social adequada.

O comércio eletrónico também é um dos temas em debate e fala-se aqui em *cloud computing*, *standards in the ICT industry*. Ora acontece que *cloud computing* é exatamente um dos mais recentes desenvolvimentos na área da computação e significa que também o Direito tem muito a ver com estas questões. Portanto, o Direito tem de se preocupar em saber o que são tecnologias de informação e o que elas implicam na vida do cidadão. Também isto mostra-nos que hoje a multidisciplinaridade é fundamental, que não podemos viver isolados apenas cada um na sua área científica estrita e que temos de alargar a formação dos nossos estudantes, de modo a que eles tenham, no final da sua graduação, um conhecimento alargado dos vários temas com que podem vir a confrontar-se na sua vida profissional, seja ela da área da Saúde, do Direito, das Letras, da Engenharia, ou outras. Portanto, creio que há aqui um trabalho também a fazer no desenvolvimento da multidisciplinaridade, que a realidade dos debates mostra uma necessidade absoluta.

E isso leva-nos a outro ponto importante que é a coesão da Universidade. Nós temos que saber tirar partido da diversidade de áreas que inclui a Universidade do Porto e sabermos tirar partido depois do que há de excelente em cada uma das áreas e utilizar essas áreas como alavanca de lançamento da Universidade e não cada uma procurar fechar-se em si própria e tentar resolver dentro de si todos os problemas que lhe aparecem. Portanto, esta interação, esta cooperação e esta interdisciplinaridade é algo que cada vez é mais presente e que cada vez mais temos de lutar por ela.

Finalmente, a última razão que me levou a aceitar este convite de estar aqui presente nesta sessão é que isso pode também servir como estímulo para que os que estão no CIJE e outros que não estão, que estão noutras unidades de investigação, continuem a sua atividade para que se desenvolvam e contribuam para o progresso, e a presença, e a marca. e a imagem internacional da Universidade do Porto.

E termino renovando as minhas felicitações ao CIJE, na pessoa da Professora Glória Teixeira, dando-lhe os parabéns pelo trabalho desenvolvido e pelo décimo aniversário e desejar as maiores felicidades para o futuro deste centro de investigação, e que ele possa continuar a afirmar-se a nível nacional e internacional, e cada vez mais a nível internacional, e que ele seja um contributo forte para esta

imagem da Universidade do Porto, unida, coesa, forte, e de nível internacional. Muito obrigado.

In English, I would like to welcome the professors of the universities that are present in the room and to say that it is for us a great honor to receive these researchers and professors and to say that the "Universidade do Porto" is in a way of internationalization, is betting strongly to get more and more internationalized. Our strategy is that we would like to be among the first 100 universities in Europe in the most reputed international rankings and we are achieving this goal. This would be for us a target for our 1st century that will happen in 2012, less in two years time. And so, for us, the cooperation with other universities in Europe and all over the world is a very important thing for the development and so we would like to thank you very much your cooperation with our university and our centre and ask vou to please continue this cooperation and, if possible, deepen it in the future to help us obtain our goals and our targets. Thank you very much.

INTERVENÇÃO DO PROFESSOR DOUTOR CÂNDIDO AGRA — DIRECTOR DA ESCOLA DE CRIMINOLOGIA E MEMBRO DO CONSELHO CIENTÍFICO DA FACULDADE DE DIREITO

Saúdo todos os presentes. Irei ser breve. como é meu dever, seguindo exemplo do Senhor Reitor. A minha exposição, a minha curta intervenção terá três momentos: no primeiro momento irei dar um testemunho; no segundo exprimir um sentimento; no terceiro, formular um voto.

Quanto ao testemunho: era eu membro da Comissão Instaladora da de Direito quando a Doutora Glória Teixeira submeteu à Instaladora o seu projeto de centro de investigação. Foi num dia como este, em novembro de 1998, foi no Círculo Universitário — a faculdade ainda não tinha esta morada (bela morada) definitiva, graças à generosidade dos reitores da Universidade do Porto; era por assim dizer uma instituição atópica, quer dizer, sem lugar, mas já utópica com este centro; era-o não tanto como um projeto, mas como promessa: foi como uma promessa que eu li nessa tarde de novembro pelas 5 da tarde o projeto apresentado pela Doutora Glória Teixeira. Estavam presentes o Reitor Novais Barbosa, o Professor Almeida Costa, o Professor Ribeiro de Faria e estava presente o Professor Jorge Miranda e eu próprio. Assim foi, há dez anos — chovia como hoje.

A recordação que tenho, e gostaria de repeti-lo, foi a ideia de que seria um centro promissor. Foi com grande alegria que vi uma amiga apresentar um projeto de investigação na área do Direito.

O segundo momento foi o da avaliação da faculdade — a primeira vez que a nossa faculdade foi avaliada — Bem entendido que, no relatório de autoavaliação, apareceu nas primeiras páginas o centro de investigação dirigido pela Doutora Glória Teixeira. Nessa altura, o centro já tinha sido avaliado pela Fundação da Ciência e Tecnologia. A classificação que tinha tido nessa altura foi de Bom. O Presidente da Comissão de Avaliação _ Professor Freitas do Amaral —, comentou: este é o primeiro centro de Direito que se inscreve na Fundação da Ciência; pela primeira vez o Direito se submete à Fundação da Ciência. A classificação de bom é muito bom. Eu diria, prolongando este comentário do Professor Freitas do Amaral: depois dessa avaliação, o CIJE teve por duas vezes a classificação de Muito Bom. Nessa lógica, eu diria, dois muito bons é excelente.

Terceiro momento: foi o momento da nomeação definitiva da Doutora Glória Teixeira, momento em que, como sabem, professores de outra universidade dão parecer sobre o relatório de atividades de um docente. A Comissão Instaladora pediu parecer ao Professor Sousa Franco. No exercício dessas minhas funções, li esse relatório e dele dei conhecimento ao Conselho Científico. Nesse relatório do saudoso Professor Sousa Franco posso testemunhar o elogio ao relatório da Doutora Glória Teixeira, nomeadamente à sua atividade investigatória no Centro de Investigação Jurídico-Económica.

Este é o testemunho que queria dar, lembrando estes três momentos chave que, para mim, foram momentos de um crescendo no entusiasmo com essa promessa que era e é o CIJE. Este o testemunho.

Segundo ponto: a expressão de um sentimento. O sentimento é duplo: é um sentimento de congratulação, um sentimento de júbilo: sinto-me alegre por estar aqui; é um momento de gáudio — embora não fazendo parte do CIJE, sinto, enquanto colega, que todos nós beneficiamos quando um centro atinge o nível de excelência que atingiu o CIJE. Partilho pois esta alegria.

O segundo sentimento é um sentimento de gratidão: sentimento de gratidão para com a Doutora Glória Teixeira, sentimento de gratidão para com todos os membros que integram o CIJE, de todos incondicionalmente. Com efeito, contámos sempre, na Escola de Criminologia desta Faculdade —, com a colaboração em vários momentos do Centro de Investigação Jurídico-Económica, por isso, em meu nome pessoal e em nome de todos os membros da Escola de

Criminologia, bem-haja Doutora Glória Teixeira, bem-haja a todos os membros que integram este centro. Passo ao momento último da minha intervenção — a formulação do voto.

A Doutora Glória Teixeira por várias vezes me manifestou a sua apetência pela filosofia. Talvez poucos o saibam, mas a Doutora Glória Teixeira, nas múltiplas reflexões informais que temos feito, manifesta apetência pelo pensar crítico, para o pensar filosófico, apesar do seu pragmatismo.

Gostaria de terminar e formulando o meu voto de felicidades para o futuro, com dois filósofos: um que é Radbruch, ao dizer-nos que a justiça é a estrela polar do Direito. O Direito não deve perder a sua estrela polar, no seu rumo investigatório. Pois bem, o CIJE é bem o exemplo deste rumo do direito na direção da estrela polar e da justiça; o direito não se encaminha para a sua estrela polar sem a investigação. Sem investigação, o direito enreda-se nas corporações de interesses. Votos, Doutora Glória, para que o CIJE continue a lutar para que o Direito não perca o seu rumo.

O segundo é Hegel. A entrada dos "Princípios da Filosofia do Direito" Hegel diz-nos que o real é racional, como o racional é real, assim desconstruindo a nossa bipartição simplista: aqui está o real, aqui está o racional. O CIJE foi uma ideia — há dez anos era uma ideia — foi uma ideia que se efetivou com sucesso na realidade histórica desta faculdade. Pois bem, eu faço votos para que o CIJE, a Faculdade e a Universidade do Porto realizem cada vez mais a ideia de Universidade.

Há um filósofo que alguns conhecem. Fukuyama, que disse, numa leitura ligeira e apressada desta profunda e complexa obra de Hegel, que tínhamos chegado ao fim da história. Não chegámos, estamos muito longe.

Ai de nós se tivéssemos chegado ao fim da história. O fim da história desta faculdade, o fim da história do CIJE, o fim da história da universidade, ainda está muito longe. Ainda está longe o momento em que a ideia de universidade, a ideia de direito se há-de encontrar com o espírito absoluto. Lutemos, pois. Faço votos, para que o CIJE, todas as unidades de investigação desta faculdade e da Universidade do Porto, apressem esse momento — através do *aude sapere* da ousadia do saber. E na ousadia do saber, que havemos de conseguir esse grande momento histórico de perfeição. O momento de um direito muito próximo da sua estrela polar, a Justiça, que há-de vir às nossas sociedades, que tanto dela precisam. Muito obrigado.

Breve síntese em inglês da intervenção do Professor Doutor Cândido Agra proferida pela Professora Doutora Glória Teixeira:

Very briefly, the words of Professor Cândido Agra were to remind the history of the development of the CIJE, the importance of the openness and the originality in the treatment of the problems, and also the importance and influence in terms of the law in general and in terms of research of CIJE as the research centre at the national level to be evaluated internationally.

Porto, 2 de maio de 2010

A OBRA 'I CONGRESSO DE DIREITO FISCAL'

O CIJE (Centro de Investigação Jurídico-Económica) demonstra mais uma vez a sua vitalidade com o lançamento da 1 ª edição do Congresso de Direito Fiscal, pretendendo desta forma reunir especialistas e interessados nesta área tão vasta e complexa.

Os temas tratados no Congresso pelos diferentes conferencistas demonstram os desafios e dilemas da fiscalidade no século XXI e lançam bases para mais fóruns de discussão e análise.

Esta obra constitui, pois o 1º pilar deste trabalho sério e competente e temos esperança que outras se seguirão nos anos futuros.

A toda a equipa de conferencistas e à ELSA agradeço a generosa e pronta disponibilidade para participar nesta iniciativa que muito dignificou o CIJE e a Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

Ao público que acorreu ao salão nobre da FDUP prometemos futuras edições, se possível, cada vez mais abrangentes.

Porto, 11 de julho de 2011

A OBRA 'DIREITO RURAL'

Em tempo de crise, não poderia o CIJE deixar de contemplar o Direito Rural, nas suas múltiplas e complexas vertentes.

Esta obra atesta mais um valioso trabalho de equipa, multidisciplinar, integrando professores da Faculdade de Letras e da Faculdade de Ciências da Universidade do Porto (UP), investigadores do CIJE e representante da Autoridade Tributária e Aduaneira.

O trabalho de investigação que aqui se publica, de natureza jurídico-económica mas também integrando uma valiosa componente científica, geográfica e histórica, resultou de uma conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em 2012, dedicada ao Vale do Douro, promovida e incentivada pela Reitoria da UP, na pessoa do Sr. Vice-Reitor, Prof. Doutor Jorge Gonçalves, a quem agradecemos e reconhecemos o excelente resultado do 1.º encontro de unidades de I&D.

A obra 'Direito Rural' resultou deste primeiro passo e dos contactos aí estabelecidos.

Agradecemos reconhecidamente a valiosa iniciativa e as oportunidades geradas na Universidade do Porto e aguardamos com expectativa o 2.º encontro de unidades de I&D.

Porto, 26 de abril de 2013

CONSTITUTIONAL ENSHRINEMENT OF VULNERABLE GROUPS *

Anabela Costa Leão **
Luísa Neto ***
Jorge Gracia Ibáñez ****

Abstract: *Vulnerability* is a transversal and universal phenomenon that can affect any person, episodically or permanently. Factors of vulnerability may vary, from personal circumstances to situations and contexts, from temporary to permanent conditions. Vulnerability calls for the consideration of both individual and group dimensions. Children, elderly people, disabled people, LGBTQ, asylum seekers, Roma and the poor are examples of groups seen as vulnerable groups. Constitutional recognition and protection of vulnerability is justified as a way of respecting human dignity and promoting values such as autonomy, health, equality and non-discrimination, physical or mental integrity, personal identity, development of personality and civil capacity. This article seeks to identify different models of constitutional recognition and protection of vulnerable groups in dialogue with regional and universal systems of human rights protection, as well as some trends and patterns of legal protection.

Resumo: A *vulnerabilidade* é um fenómeno transversal e universal que pode afetar qualquer pessoa, episódica ou permanentemente. Os fatores que influenciam a vulnerabilidade variam, podendo tratar-se de circunstâncias pessoais ou contextuais, temporárias ou permanentes. A vulnerabilidade apresenta dimensões individuais e coletivas. Crianças, idosos, pessoas com incapacidade, pessoas LGBTQ, requerentes de asilo, comunidades Roma e pessoas em situação de pobreza são alguns exemplos de grupos identificados como vulneráveis. O reconhecimento e a proteção constitucional da vulnerabilidade fundam-se no respeito pela dignidade da pessoa

* This paper was written as part of the general Project "Vulnerability and Rights: fundamental rights in context" developed at CIJ (formerly known as CIJE) from 2017 to 2021.
** FDUP and CIJ, Universidade do Porto, Portugal.
*** FDUP and CIJ, Universidade do Porto, and INA, I.P., Portugal.
****Universidad San Jorge, Spain; FDUP and CIJ, Universidade do Porto, Portugal.

humana e na promoção de valores como a autonomia, a saúde, a igualdade e não discriminação, a integridade física e moral, a identidade pessoal, o desenvolvimento da personalidade e a capacidade civil. Neste artigo, procura-se apresentar diferentes modelos de reconhecimento e proteção constitucional dos grupos vulneráveis, em diálogo com a proteção universal e regional de direitos humanos, bem como identificar algumas tendências e padrões de proteção jurídica.

Keywords: vulnerability; vulnerable groups; fundamental rights; constitution; non-discrimination.

Palavras-Chave: vulnerabilidade; grupos vulneráveis; direitos fundamentais; constituição; não discriminação.

1. VUL NERABILITY

1.1. Tackling the concept

"Vulnerability" is a polysemic term. It derives from the Latin verb "*vulnerare*", which means to hurt, damage or offend. Taking this origin into account, the word "vulnerability" refers to the quality of being vulnerable or weak and, consequently, capable of being attacked and harmed. Therefore, this term indicates a situation where there is an entity (a person or a group of people) that is characterised by precariousness and susceptibility to being harmed.

In recent decades, the concept of vulnerability has acquired increasing relational significance. It has ceased to be perceived as an individual personal characteristic, rather becoming a characteristic of a person's relationship with the context around them. It is thus important to distinguish between two concepts which, while related, should not be confused: "vulnerability" and "risk". "Vulnerability" relates to the capacity for resilience in the face of threats. "Risk" refers to exposure to hazards which may lead to different types of harm. Threats may come from internal or external factors and perils and may occur not only as part of personal life events (*e.g.,* grief, divorce, drug addiction), but also linked to socioeconomic circumstances (dismissal, insolvency, funding cuts motivated by austerity policies) or even to natural occurrences (*e.g.* illness, drought, fires, earthquakes). These risks can exploit a vulnerability that was latent. Consequently, risk prevention is an important mechanism for integrating vulnerabilities and preventing harmful consequences.

Vulnerability thus appears as a transversal and universal phenomenon that can affect any person, episodically or permanently. Factors of vulnerability may vary, from personal circumstances (age or disability) to situations and contexts (migration, deprivation of liberty),

and from temporary to permanent conditions, thus leading to different typologies of vulnerability. Ippolito and Iglesias — although with regard to the European human rights protection framework — use the following typology: *inherent vulnerability* (encompassing groups "whose innate or physical characteristics make them socially perceived as 'inherently' vulnerable", such as children, elderly people, disabled people and women), *minorities* (encompassing "groups whose vulnerability derives from their status as a minority by reference to the dominant cultural, social, ethnical or sexual orientation positions of their society of reference"), *non-nationals* (considering vulnerability "from the point of view of the legal position awarded by States to non-nationals — ranging from those deprived of any nationality and those who cannot avail themselves of the protection of their State of nationality, to those awarded the highest level of protection as citizens of the European Union"), *victims of illegal acts* (encompassing "situations of vulnerability that arise out of intentional human conduct, turning an individual into a victim") and *circumstantial vulnerability* (covering prisoners/detainees, irregular migrants and socially vulnerable people, who have in common the fact that "their vulnerability is contingent upon circumstantial elements that may well be temporary, and which are often imposed by state-created or social conditions" and additionally whose "need for protection is sometimes countered in the political and legal discourses by the perception that individual choice has somehow contributed to their own position") [1].

Reflection on vulnerability must therefore be carried out both within vulnerable groups and beyond their boundaries, considering several possible levels. Vulnerability depends, on the one hand, on individual sensitivity to dangers and, on the other hand, on the ability to adapt to them, which varies according to personal factors (e.g., physical, mental, intellectual or sensory factors). These factors increase or reduce a person's tendency to suffer harm.

1.2. Theoretical approaches

Constitutional reflection and intervention on vulnerability is justified as a way of respecting human dignity (enshrined in most constitutionals texts) and promoting values such as autonomy, health, physical or mental integrity and the rights to individual identity, development

[1] Ippolito & Iglesias, 2015, pp. 5-6.

of personality and civil capacity, with a requirement of legal protection against any form of discrimination [2].

In line with these perspectives, a medical model of vulnerability is gradually and progressively being replaced by a social model of vulnerability, although expressions of both models can still be found today. For example, in the areas of consumer relations or labour relations, vulnerability takes the form of relational asymmetry or disparity of power (economic, informational, negotiating). In fact, these two branches of Law became separate branches precisely because they relate to a subjective category of people who are considered to be the weaker parties in contractual relations — consumers, in the first case and workers, in the second — and with the purpose of protecting these groups of subjects. Their weakness is reflected in the limited possibility they have, in factual terms, of contributing to shape the terms of the contract they will enter into. The existence of different levels of bargaining power between individuals gives rise to doubts as to whether there is substantive freedom, which is essential for entering into a contract.

Within this framework, we may recall the work of Amartya Sen who, when discussing the idea of "capability", emphasises the importance of "positive freedoms" or "substantial freedoms", in contrast to "negative freedoms" based only on abstention from intervention [3]. Highlighting the moral significance of human existence, he emphasises the quality of life that each individual is specifically capable of achieving, considering differences between individuals. The assessment of people's well-being must take into account these differences, and not only primary goods or resources. Capabilities for functioning must be distributed equitably. This also forms the basis for the reasoning behind Martha Nussbaum's theory of justice, in which predominance is given to the notion of human dignity, from which Nussbaum derived a list (open and revisable) of what should be considered fundamental human capabilities [4].

In other cases, the concept of vulnerability calls for a more detailed dimension linked to various factors, such as age (children, elderly people), physical, mental, intellectual, or sensory impairments (disabled people, people with illnesses), gender (protection of women), place of birth (traditional groups or descent), religion, political or

[2] On this topic, see Neto, 2022.
[3] Sen, 2010, pp. 195 et seq.
[4] Nussbaum, *2011, passim*.

ideological convictions, education, economic situation, social condition, gender status or sexual orientation. Thus, the obligation to protect fundamental rights in a context of diversity is clear.

The adoption of a concept of vulnerability (Association Henri Capitant, 2020) within human rights theory has several consequences in terms of a constitutional *acquis* [5]. On the one hand, the concept requires not simply refraining from discrimination, but also a substantive approach of equality as a question of justice, with necessary consequences for the design of legal institutions and public policies [6]. On the other hand, it requires, rather than an absent State, a State committed to protecting vulnerable people and groups, *i.e.* a *responsive* State [7]).

Notwithstanding, the adoption of a vulnerability approach, and its application in Law, is not without criticism, as several authors have noted. Defining relevant vulnerabilities and vulnerable groups remains controversial as the concept of group vulnerability may stigmatise and marginalise vulnerable groups and their members [8]. Furthermore, vulnerability theory, at least in some forms, can lead to paternalistic approaches that disrespect the person's autonomy [9].

1.3. From vulnerable individuals to vulnerable groups

As seen above, vulnerability calls for consideration of both individual and group dimensions.

Although some recent authors, such as Fineman [10], suggest a "post-identity" theory that moves away from group-centred analysis to focus on the individual, the so-called specific problems of vulnerable groups have called for specific consideration of the principle of equality and of a possible generic duty of protection by the State. It is necessary to define the minimum threshold of this protection offered by the State, and to consider whether a duty to fulfil this protective function can be imposed on other entities (beyond the public entities).

---

5 Association Henri Capitant, 2020.

6 As proposed by Fineman in her work, see *e.g.* Fineman, 2008, 2010 and 2013. See also Kohn, 2014.

7 Fineman, 2008, pp. 19-22. Discussing the role of the State, see *inter alia* Leão, 2022b.

8 *Inter alia,* Timmer & Peroni, 2013.

9 On this issue, see *inter alia* Kohn, 2014.

10 Fineman, 2008, p. 21.

Some groups are frequently identified as being vulnerable due to age, disability, disease, gender, place of birth, culture, nationality, religion, social and economic condition, including poverty, or the gender status or sexual orientation of their members. Children and adolescents, elderly people, disabled people, women and girls, LGBTQ, migrants, asylum seekers, indigenous communities, religious minorities, Roma, and also the poor, detainees or victims of domestic violence, are frequently considered vulnerable groups in literature and in universal human rights and regional systems of protection.

Specific constitutional enshrinements have considered the concept of vulnerable groups used by the European Court of Human Rights (ECtHR) since *Chapman vs. UK* (2001) [11]. In this case, the Court recognised Roma as a cultural minority and a vulnerable group and accepted the existence of positive obligations of the State towards them (§ 96), despite dismissing the applicant's claim concerning the protection of her minority lifestyle under Art. 8 of the European Convention of Human Rights (ECHR). Since then, other particularly vulnerable groups have been identified (although the concept remains open), with substantive consequences in the Court's case law concerning positive obligations of the State, proportionality analysis and application of the margin of appreciation doctrine [12]. In fact, while State invention has been broadly accepted, recent case law from the ECtHR has focused on Art. 14 of the ECHR to determine whether there were grounds for identifying a group as vulnerable — predominantly relating to Gender/Sex, Ethnic Origin/Race, Disability or LGBTI status — leading to negative stereotypes or social exclusion of its members, even if this approach must not exclude the discussion of other grounds [13].

Lastly, not only is it sometimes difficult to establish that a group is vulnerable *per se,* but also identifying a group as vulnerable should not preclude identification of particular vulnerabilities *within* the

[11] *Chapman v UK*, no. 27238/95, ECtHR (18 January 2001). https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59154.

[12] Peroni &Timmer, 2013, pp. 1074-1082.

[13] Protocol no. 12 to the ECHR (ETS 177), adopted on 4 November 2020 and in force since 1 April 2005 (with 10 ratifications), provides for a general prohibition of discrimination. https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=177 On Article 14 ECHR, see *inter alia* Gerards, 2013, Arnardóttir, 2014 and Fredman, 2016.

group, requiring nuanced or even context-based approaches to vulnerability.

The ECtHR case law on asylum seekers illustrates both these aspects. The definition of asylum seekers as a vulnerable group was discussed in the well-known partially dissenting opinion of Judge Andras Sajo in *M.S.S. v Belgium and Greece* (2011) [14]. Asylum seekers are generally recognised as a vulnerable group, but specific vulnerabilities are considered, namely those of minor asylum seekers [15] for instance, in *Takarel v Switzerland* (2014) [16] (ECtHR).

The special protection of certain asylum seeker categories also has parallels in European Union law governing asylum and subsidiary protection, *e.g.* in Art. 21 of Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 [17]. This Directive lays down standards for the reception of applicants for international protection, and requires Member States to take into account the specific situation of some types of vulnerable people while implementing the Directive, such as "minors, unaccompanied minors, disabled people, elderly people, pregnant women, single parents with minor children, victims of human trafficking, persons with serious illnesses, persons with mental disorders and persons who have been subjected to torture, rape or other serious forms of psychological, physical or sexual violence, such as victims of female genital mutilation".

While constitutional recognition of a group or category of persons is, in itself, a form of protection, there are many other forms and extensions of this protection. Different means or instruments of protection appear to be possible, also reflecting different protection needs [18] and pointing to differentiated models of recognition. Cultural minorities and disabled people may share the common interest of not being discriminated against, but they will also have different claims concerning, for example, State financial support.

As seen above, vulnerability is not a homogeneous category. The same is true for vulnerable groups. Typologies of vulnerable groups

[14] *M.S.S. v Belgium and Greece*, no 30696/09, ECHR (21 January 2011). https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-103050

[15] See Boyle, 2016, p. 4.

[16] *Takarel v Switzerland,* no 20217/12, ECtHR (4 November 2014). https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-148070

[17] At http://data.europa.eu/eli/dir/2013/33/oj

[18] On this, see Castellá, 2016.

reflect the relative indefiniteness and complexity of the concept of vulnerability and, consequently, the diversity and possible combination and intersection of different vulnerability causes or grounds. While the shared characteristic of vulnerability allows common claims for recognition, inclusion and equal treatment to be identified for different vulnerable groups, identifying a group as vulnerable must not overshadow the importance of context-based approaches and the identification of specific individual protection needs.

2. GROUNDS FOR PROTECTION AND RECOGNITION OF VULNERABLE GROUPS

2.1. Models of constitutional recognition

Even though it is frequently addressed from an international law or even criminal or administrative law perspective [19], vulnerability also requires specific consideration from a constitutional law perspective [20]. At State level (or constitutional level *proprio sensu*), the question of whether or not a constitutional text protects vulnerability or vulnerable subjects/groups seems closely linked to the determination of the design of the political community. Also, when a constitution recognises a group or person as vulnerable and assigns the State a duty of protection, it is expressing a decision that regards vulnerability as a matter of constitutional justice.

The way constitutions approach vulnerability differs [21], with specific understandings of vulnerable groups or subjects, and the intertwined roles of State and society. Different understandings of the role of a constitution may, therefore, influence the type and level of recognition of vulnerability-related demands. In "responsive" constitutions [22], this model of recognition seems inevitably open and dynamic, reflecting the society they aim to constitute and represent and giving visibility to different or even new protection needs, not merely

[19] See Castellá, 2016, p. 3.

[20] Exploring vulnerability as a constitutional concept and its potential for constitutional analysis, see Canotilho, 2022.

[21] On this, see Castellá, 2016, pp. 3-6.

[22] On the concept of a responsive State and responsive institutions, see Fineman, above.

linked to the value of equality but mainly to the value of solidarity or fraternity [23].

Constitutions committed to a substantial understanding of equal treatment replace the purely abstract individual of the liberal tradition with a more contextual approach to rights, sensitive to the real circumstances of the life of individuals, in line with the so-called "specification movement" of human rights mentioned below. A more substantial understanding of equality complements the dimension of non-discrimination, typical of the liberal State, open to multiple and new grounds of non-admissible differentiation, from gender to disability, age, or cultural identity [24], and even justifies specific protections, the promotion of equality of opportunities and positive discrimination of individuals and groups [25]. The commitment to a more substantial understanding of equality may lead to specific forms of recognition of different vulnerable subjects and groups, but also to different types of vulnerability, reflecting the above-mentioned complexity of vulnerability itself.

Finally, the development and enforcement of a constitutional model of protection of vulnerability does not rely solely on formal constitutional norms and principles. It requires legislative, but also judicial and administrative enforcement (with specificities determined by each constitutional system). The role of the judiciary and constitutional adjudication deserves special mention. The judiciary can operate as a protector of the marginalised and vulnerable, as constitutional disputes involving equal protection of men and women or the rights of sexual minorities demonstrate, even if sometimes with setbacks [26].

This article aims to address the constitutional protection of vulnerable groups in dialogue with relevant instruments of international

[23] On solidarity and fraternity in this context, see Castellá, 2016, p. 4.

[24] Castellá, 2016, p. 5.

[25] Exploring a multidimensional approach to substantive equality, see Fredman, 2016. The author adopts a "four-dimensional conception of substantive equality": redressing disadvantage (distributive dimension), addressing stereotypes, prejudice, humiliation and violence (recognition dimension), facilitating participation (participative dimension), and accommodating difference (transformative dimension).

[26] See, for example, Yoshino & Kavey, 2012. The specific role played by the concept of vulnerability in determining constitutional questions may also vary, as the examples provided by Weithorn (2017) on the use of constructions of children's vulnerability by the United States Supreme Court demonstrate.

protection, although relevant, infra-constitutional developments of this protection are not specifically addressed. Whether and how constitutional provisions serve as a tool for social change and human rights advocacy is debatable and should be further explored [27].

Constitutional recognition and protection of vulnerability will be dealt with in detail in the next section [28], in dialogue with regional and universal systems of human rights protection. We shall focus on the patterns of constitutional international law (or international constitutional law), in line with the current perspective of a multilevel approach.

2.2. Specific enshrinement

It is important to set out the categories that are sound tendencies in the constitutional protection of vulnerable groups, further developing the general principle of non-discrimination.

2.2.1. Children

Children are generally presented as a constitutionally protected vulnerable group. O'Mahony [29] notes that while it is true that the UN Convention on the Rights of the Child (1989) [30] has been ratified by many States, the protection afforded by constitutions varies in terms of the visibility of children in the text of the constitutions, the relevance accorded to their agency and the enforceability of their rights. According to the author, of the 46 (out of 47) member states of the Council of Europe that have codified constitutions, 45 include provisions making express reference to children [31].

Some categories of children also warrant special protection in some constitutional texts, as an especially vulnerable category of (vulnerable)

---

[27] Considering gender equality, see Lambert & Scribner, 2020. The role of the judiciary in recognising the circumstances of vulnerable persons and groups remains under scrutiny, namely considering criticism for judicial activism. See, for example, the discussion provided in Southern Africa Litigation Centre, 2015.

[28] A comprehensive database of constitutional texts in English can be found at Constitute — https://www.constituteproject.org

[29] O'Mahony, 2019, pp. 401-402.

[30] Adopted on 20 November 1989 by General Assembly Resolution no 44/25. https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child.

[31] O'Mahony, 2019, pp. 401-402.

children, requiring even more intense protection. Orphans are a case in point (see Art. 34(7) of the Constitution of the Republic of Uganda (1995) [32] or Art. 69 of the Constitution of the Portuguese Republic (1976) [33]).

2.2.2. Elderly people

When referring to the social construction of vulnerability of the elderly, we must consider discrimination that affects them as a group, often with very little social awareness and which is strongly embedded in daily life. This social discrimination, when directed at the elderly, is known as "ageism". Because of the negative stereotypes that shape the perception of old age, elderly people suffer discrimination from society because of their advanced age. Furthermore, we may note the discriminating functioning of the dominant models of economic and social policy concerning old age.

From the point of view of fundamental rights, protection of elderly people is obviously related to prohibition of discrimination on the grounds of age. In fact, we can speak of a physical and biological condition that, as happens with children, places them in a situation of social inferiority.

Unlike for other groups traditionally considered vulnerable (*e.g.*, women and children), there is still no International Convention on the human rights of elderly people. An International Convention could mean a change in attitudes towards elderly people, increasing the visibility of the issues that concern them and their specific needs and certainly encouraging a "paradigm shift" that would replace the historically predominant conception of elderly people as "objects of rights" with them starting to be seen as "subjects of rights" [34].

At the global level, some steps have already been taken in this direction. In 1991, the United Nations General Assembly adopted the United Nations Principles for Older Persons [35]. These principles are closely related to the main orientations of the branch of law known

[32] Adopted on 8 October 1995 (as Amended to 2017).
[33] Adopted on 2 April 1976 (as Amended to 2005).
[34] Rodriguez-Piñero, 2010, p. 17.
[35] Adopted on 16 December 1991 by General Assembly Resolution no 46/91. https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/united-nations-principles-older-persons

as *Elder Law* [36]. Thus, the issue of age-based discrimination, vulnerability and legal capacity should be linked to the principle of self-determination. The orientation related to autonomy is linked to the principle of independence. On the other hand, participation rights are related to the principle of participation, and social rights are connected to the principle of care that can be seen as a human rights issue [37].

In fact, the international community met twice during the course of twenty years to study the issue of aging worldwide: at the First World Assembly on Aging in Vienna in 1982 and at the Second World Assembly on Aging, held in Madrid in 2002. The first International Plan of Action on Aging was approved at the Vienna Assembly. It included sixty-two recommendations that were important to the signatory states of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

Discussions around the possibility of enacting an International Human Rights Convention for the elderly should not be an impediment to the development of regional instruments. In fact, with regional instruments it would be possible to address regional and cultural differences more adequately. In addition, the monitoring and legitimacy of pressure to apply the Conventions are usually better accepted by member states when they come from regional frameworks closer to those of the United Nations.

While discussions were taking place regarding the possibility of approving a global instrument at the United Nations, the OAS (Organization of American States) led a process to seek agreement to, within a short space of time, prepare and adopt an American regional instrument on this matter. This process led to the Inter-American Convention on Protecting the Human Rights of Older Persons [38].

At the level of the Council of Europe, the rights provided for in the ECHR must be considered applicable to elderly people. According to Article 14 of the ECHR, the enjoyment of the rights and freedoms recognised in the ECHR must be guaranteed "without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language,

[36] On this issue see, *inter alia* Davobe, 2016.

[37] On this issue see Gracia, 2022.

[38] Adopted on June 2015 by Ordinary General Assembly of the Organization of American States (OAS), resolution A-70. https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp.

religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status". However, this article is not free-standing and can only be invoked in conjunction with other articles of the Convention. In addition, Protocol no. 12 has already enshrined a specific and autonomous ban on discrimination.

At the European level, there is also a specific reference to elderly people in Article 23 of the European Social Charter that enshrines the right of the elderly to social protection.

Recommendation CM/Rec (2014) 2 of the Committee of Ministers to member States on the promotion of human rights of older persons aims to promote, protect and ensure the full enjoyment of all human rights by this group and promote respect for their inherent dignity, on equal terms with others. This Recommendation consists of a set of 54 measures (grouped in seven chapters), which are accompanied by an explanatory report that serves as a guide for their implementation. Some lines of action regarding the rights of elderly people enshrined in this recommendation are as follows: *a)* Non-discrimination, particularly on the grounds of age; *b)* Promotion of autonomy and participation; *c)* Protection from violence and abuse; *d)* Social protection and employment *e)* Care; *f)* Administration of justice.

Notwithstanding this lack of a mandatory international standard, aging has become an increasingly important issue, which is reflected in the Constitutions and in how they address the rights of the elderly.

The Constitution of Spain (1978) [39] specifically mentions elderly people, who it refers to, in a somewhat old-fashioned way, as the "third age". Art. 50 states that the public authorities will guarantee, through adequate and periodically updated pensions, the economic sufficiency of citizens during the third age. Likewise, and regardless of family obligations, they will promote their well-being through a system of social services that will address their specific needs in health, housing, culture, and leisure. It is, however, a Directive Principle of Economic Policy and not a Fundamental Right, which implies a lower degree of protection. Although Directive Principles are not enforceable in the same way as Fundamental Rights, it is an accepted rule that they must be considered when state policy is being framed.

[39] Adopted on 27 December 1978 (as Amended to 2024).

Similarly, the Constitution of India (1949) [40] includes in its Art. 41 the right to public assistance, including in cases of old age. Art. 38 (1) enjoins the State to strive to promote the welfare of the people by securing and protecting as effectively as it may a social order in which justice, social, economic, and political, shall inform all the institutions of the national life. In particular, the State shall endeavour to eliminate inequalities in status, facilities, and opportunities. To achieve these goals, the State provides pensions as a monetary benefit to former employees so that they can live a meaningful life with dignity. Keeping these Directive Principles in mind, legislation to protect the interests of the elderly has been enacted in both Spain and India.

Focusing on Latin America, the Constitution of the Federal Republic of Brazil (1988) [41], in its rules on social order and, in particular, social assistance, lays down that social assistance will be provided to all those who need it, regardless of their contribution to social security, and specifically mentions protection of old age among the objectives of such assistance (Art. 203). Furthermore, Art. 230 of the Brazilian Constitution, in a similar way to the Spanish Constitution, establishes a duty of the family, society, and the State to protect the elderly, ensuring their participation in the community, defending their dignity and well-being, and guaranteeing their right to life, and even contains very specific measures such as the preference for implementing support programmes for the elderly in their own homes (Art. 230(1)) or the free public transport services (Art. 230(2)).

According to an analysis undertaken by the Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC) [42] the new Constitutions of countries such as Bolivia (2009), Ecuador (2008) or the Dominican Republic (2015) contain much more extensive provisions on the rights of elderly people. These constitutions include both a general recognition of the rights of the elderly and an obligation on the part of the State to promote and guarantee specific economic, social, and cultural rights. Article 67 of the Constitution of the Plurinational State of Bolivia (2009) [43] recognises the right to a dignified old age, with quality and human warmth" but also that the

[40] Adopted on 26 November 1949 (as Amended to 2023).
[41] Adopted on 5 October 1988 (as Amended to 2024).
[42] ECLAC (2011).
[43] Adopted on 7 February 2009.

"State will provide an old-age pension, within the framework of the comprehensive social security system, in accordance with the law". The Constitution of the Dominican Republic (2015) [44] (Art. 57) indicates that "the family, society and the State will come together for the protection and assistance of the elderly and will promote their involvement in economic and community life", and that "the State will guarantee comprehensive social security services and food subsidies in cases of extreme poverty". Lastly, the Constitution of the Republic of Ecuador (2008) [45], in Art. 36, defines older adults as those who have reached 65 years of age and establishes that "they will receive priority and specialised attention in the public and private spheres, especially in the fields of social and economic inclusion and protection against violence". It also establishes a series of rights that the State must guarantee (Art. 37) and indicates the need for public policies and programmes directed towards the elderly, including some specific examples that must address intersectional perspectives and take into account specific differences between rural and urban communities, gender inequality, and ethnic and cultural diversity (Art. 38).

As pointed out in a report compiled by the United Nations Population Fund and HelpAge International [46] (2011, 10) focusing on the progress of legislation and polices relating to older persons since the Madrid Assembly, constitutions often play an important role in the adoption of further policy instruments. Inclusion of old age in the constitutions provides a framework for legislation and resourced policy instruments. At that time evidence of the inclusion of older persons or age in national constitutions was provided for the following 24 countries: Cambodia, Cameroon, Egypt, Ethiopia, Finland, Ghana, Haiti, Honduras, Hungary, Iran, Italy, Kenya, Kyrgyzstan, Mozambique, Paraguay, Qatar, Senegal, South Africa, Syrian Republic, Thailand, Uganda, United Arab Emirates, Vietnam and Yemen.

2.2.3. Disabled people

"[Disability] is one of all the possibilities of the human being and hence should be considered, even if its causes and consequences change,

[44] Adopted on 13 June 2015.
[45] Adopted on 28 September 2008 (As Amended to 2021).
[46] United Nations Population Fund and HelpAge International, 2011, p. 10.

as a natural fact (…) that we speak of in the same way as we do in relation to all other human potentialities" [47], determined UNESCO in 1977.

"Disability" naturally falls within the concept of specific and addressable vulnerability. In 1980, the World Health Organization (WHO) used the term "impairment", defining it as any loss or abnormality of psychological, physiological, or anatomical structure or function. "Persons with disability", on the other hand, may refer to those who, having a congenital or acquired loss or abnormality of psychological, intellectual, physiological, or anatomical structure or function — which may lead to limitations of capacity —, can be considered to be at a disadvantage when performing activities considered normal taking into account age, gender and dominant sociocultural factors. These concepts, when considered in the strict sense, must be distinguished today from other terms, in line with the applicable international rules and nomenclature. One such term is "handicap", which the World Health Organisation defined as a disadvantage for a given individual, resulting from an impairment or a disability, that limits or prevents the fulfilment of a role that is normal (depending on age, sex, and social and cultural factors) for that individual.

The above distinction arose from the 1980 International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps (ICIDH), which was replaced by the more recent International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF) adopted by the General Assembly of the World Health Organization in May 2001 [48].

However, protection should be afforded to disability in its broadest sense, also including situations of mere disadvantage.

The desired result here is not to adopt a logic of normalisation i.e. where people with disabilities should follow social and community options that are the least restrictive and the closest possible to what is normal for people of their age and surroundings. Rather, their differences and the understanding of their needs should be respected precisely to enable total fulfilment of their right to free development of their personality.

---

[47] UNESCO, 1977.

[48] International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF) at https://www.who.int/standards/classifications/international-classification-of-functioning-disability-and-health

Protection now takes the form of integration, following Soder's [49] classification that integration can be primarily physical, functional, social, and societal — or Meijer's [50], which distinguishes physical, terminological, functional, administrative, social and psychological integration.

In fact, what seems to be essential is to avoid segregation — through the provision of a variety of alternatives, making it necessary to differentiate and diversify intervention, streamlining and adapting learning methods, strategies and activities, human and material resources, and spaces for self-realisation — and to promote the right to participate in society in an integrated environment, with advantages for people who are not disabled, insofar as they can develop sensitivity to individual differences that is part of being (and learning to be) a person.

In the social community this leads to the establishment of a culture of understanding, respect, and acceptance of the other, the building of a society of solidarity, and the development of support and mutual assistance and preparation for a supportive community that encourages decisive participation and provides for self-sufficiency.

Based on the political and ethical foundations of the Universal Declaration of Human Rights, and the International Covenant on Civil and Political Rights, and following the United Nations General Assembly Resolution of 9 December 1975 (which adopted the Declaration on the Rights of Disabled Persons, in the last decades of the 20th century), the rights of disabled persons have gained the attention of several international organisations, including the United Nations.

The orientation presented by Resolution 1990/26 of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights was condensed, systematically, into the Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities, adopted by a United Nations General Assembly Resolution on 4 March 1994.

These rules — and the constitutions that have embodied them — enlightened and welcomed a new concept of disability, reflecting the evolution of ideas in this area. In fact, as indicated above, the term "handicap" was understood as "the loss or limitation of opportunities to take part in the life of the community on an equal level with others", and the term itself implicitly referred to the relationship

[49] *Apud* Swedish National Board of Education, 1980.
[50] In Abbring, Hegarty, Meijer & Pijl, 1994, pp. 5 et seq.

between the person with the disability and their environment. The term highlights the inadequacies of the physical environment and of many organised activities in society, such as information, communication and education, which prevent disabled people from participating in the life of society on equal terms. The new rules, on the other hand, stressed the importance of promoting quality of life and the full participation of the disabled in the surrounding society.

Consequently, the adoption of the "Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities" in 1994, was instrumental in (i) on the one hand, replacing an individual-centred medical definition with a social definition of "disability", highlighting the interaction between the social context and the capacities of the individual and (ii) on the other hand, modifying the way the issue was dealt with.

Although the Standard Rules lacked mandatory legal force, they guided the subsequent development of (legal) protection for disabled people, which, at an international level, led to the adoption of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (New York, 30 March 2007) [51], Articles 5, 12 and 13 of which are of particular importance.

These rights have two essential dimensions. On the one hand, there is a negative aspect, which consists of the right of persons with disabilities not to be deprived of rights or exempt from duties, and which is therefore equivalent to a specific right to equality. On the other hand, there is also a positive aspect, which consists of the right to demand that the State provides the conditions of fact to enable the effective exercise of rights and the fulfilment of duties.

In the second half of the twentieth century these international trends in promoting equity and non-discrimination for persons with disabilities were reflected in several constitutions as geographically different as the Constitution of Canada (Canadian Constitution Acts, 1867 to 1982) [52], the Constitution of the Federal Republic of Brazil, the Constitution of Ireland (1937) [53], the Constitution of Japan (1946) [54], the Basic Law for the Federal Republic

[51] Adopted on 12 December 2006 in the Sixty-first session of the General Assembly by resolution A/RES/61/106. https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities

[52] 1 January 1982 (as amended to 2011).

[53] Adopted on 1 July 1937 (as amended to 2019).

[54] Adopted on 3 November 1946.

of Germany [55], the Constitution of the Portuguese Republic and the Constitution of Spain.

Furthermore, some constitutions follow the New York Convention and have ruled on certain specific circumstances, such as health protection or grounds for deprivation of liberty. Examples are the Constitution of Thailand (2017), the Constitution of Montenegro (2007) [56], the Constitution of the Republic of Maldives (2008) [57], the Constitution of the Republic of Cabo Verde, the Constitution of the Republic of Angola (2010) [58], the Constitution of the Republic of Latvia (1922) [59], the Constitution of the Plurinational State of Bolivia, the Constitution of Zambia (1991) [60], the Constitution of the Kingdom of Morocco (2011) [61], the Constitution of the Arab Republic of Egypt (2014) [62], the Constitution of the Republic of Tunisia (2022) [63] and the Constitution of the Dominican Republic.

2.2.4. Vulnerable persons on grounds of gender, sexual orientation, and gender identity

Women are among the most generally recognised vulnerable groups. Besides general provisions, specific gender equality and non-discrimination provisions can be found in several constitutions. According to UN Women Policy Brief no. 8 (2017) on gender equality and constitutions, "since the 1980s, constitutional content has evolved from the quintessentially gender-neutral to the gender-specific. Africa, Asia and the Americas account for the majority of identifiable gender-related constitutional reforms across this timeframe". However, not only are gender equality principles sometimes coupled with other provisions that limit their scope (for example exempting customary law [64]), but

[55] Adopted on 23 May 1949 (as amended to 2024).
[56] Adopted on 19 October 2007 (as amended to 2013).
[57] Adopted on 7 August 2008 (as amended to 2024).
[58] Adopted on 21 January 2010 (as amended to 2021).
[59] Adopted on 15 February 1922 (as amended to 2018).
[60] Adopted on 24 August 1991 (as amended to 2016).
[61] Adopted on 17 June 2011.
[62] Adopted on 15 January 2014 (as amended to 2019).
[63] Adopted on 25 July 2022.
[64] As noted, regarding the Constitution of Botswana, by Lambert & Scribner, 2020, p. 234.

also, as Mackinnon [65] noted, there is often a gap between the widespread inclusion of sexual equality and non-discrimination clauses in constitutions and the actual existence of sexual equality in real life. Once again, the role of international law, for example the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) [66], and its influence in national law can be highlighted.

The Constitution of the Republic of South Africa (1996) [67] is generally regarded as being progressive in recognising and promoting gender equality. According to Lambert and Scribner, the Constitution "includes the right of human dignity and a principle of nonsexism, a strong and substantive equality-protection clause, and detailed rights for women, including rights to freedom and security of the person and bodily autonomy, freedom from violence, reproductive choice, a prohibition against any expression that amounts to advocating gender hatred" [68].

Specific vulnerability protection needs may arise, also suggesting consideration of multiple and overlapping causes of vulnerability. The Constitution of the Republic of South Africa, generally regarded as an example of substantial and progressive equality, establishes in Art. 9 that neither the State nor any person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, and includes gender, sex, pregnancy, marital status, and sexual orientation, among a longer list of such grounds. Specifically on the protection of female workers in relation to pregnancy, see, for example, Art. 59 (2) *c)* of the Constitution of the Portuguese Republic.

The specific recognition, in 2004, of "sexual orientation" as a prohibited ground of discrimination in Art. 13 (2) of the Constitution of the Portuguese Republic, even though the constitution already prohibited discrimination on the grounds of sexual orientation, served to strengthen the protection against discrimination. Other constitutions in different locations across the globe expressly prohibit discrimination on the grounds of sexual orientation, namely Art. 14.II of the Constitution of Bolivia, Art. 11 of the Constitution of the Republic of Ecuador, Section. 21(1)1(m) of the Human Rights Act of New Zealand (1993)

[65] Mackinnon, 2012, pp. 401-402.

[66] Adopted on 18 December 1979 by the United Nations General Assembly. https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women

[67] Adopted on 18 December 1996 (As Amended to 2023).

[68] Lambert & Scribner, 2020, p. 237.

(listing among the prohibited grounds of discrimination "sexual orientation, which means a heterosexual, homosexual, lesbian, or bisexual orientation"), Art. 9 of the Constitution of the Republic of South Africa, Chapter 1 Art. 2 and Chapter 2 Article 12 of the Instrument of Government of Sweden (1974) [69], Art. 42 of the Constitution of the Republic of Cuba (2019) [70] and Art. 26 (3) of the Constitution of the Republic of Fiji [71]. However, several constitutional texts exclude same-sex couples from marriage (as is the case of Art. L-1 of the Constitution of Hungary (2011), defining the "institution of marriage as the union of one man and one woman established by voluntary decision").

Some constitutions specifically protect gender identity, such as Art. 42 of the Constitution of the Republic of Cuba, Art. 14.II of the Constitution of the Plurinational State of Bolivia, Art 11 of the Constitution of the Republic of Ecuador and Art. 26 (3) of the Constitution of the Republic of Fiji (considering "gender identity and expression"). Since 2020, the constitution of Hungary (2011) establishes in Art. XVI (1) that "Hungary shall protect the right of children to a self-identity corresponding to their sex at birth (…)".

2.2.5. Indigenous peoples and persons belonging to cultural and religious groups

Some constitutions also recognise specific ethnic and cultural groups, such as indigenous peoples, national minorities, and cultural and religious minorities. That is the case of some Latin American constitutions such as the Constitution of the Plurinational State of Bolivia (Arts. 30 to 32), the Constitution of the Republic of Ecuador (Arts. 56 to 60), the Constitution of the United Mexican States [72] (Art. 2) and the Constitution of the Federal Republic of Brazil (Arts. 231 and 232, among others), which specifically recognise indigenous/native peoples. Among other constitutional texts, the Constitution of the Republic of South Africa also protects the rights of persons belonging to cultural, religious, or linguistic communities (Art. 31).

General protection clauses against discrimination on the grounds of culture, language and religion are important in the protection of cultural

[69] Adopted on 1974 (as amended to 2020).
[70] Adopted on 10 April 2019.
[71] Adopted on 6 September 2013.
[72] Adopted on 5 February 1917 (as amended to 2024).

and religious groups [73]. Some constitutions specifically refer to protection against discrimination on the grounds of caste and tribe. By way of example, the Constitution of India lists "caste" among its prohibited discrimination clauses (Arts 15 and 16) and expressly determines that "Untouchability" is abolished and its practice in any form is forbidden (Art. 17).

However, as seen above, a cultural minority is not necessarily a vulnerable group or treated as a vulnerable group. It seems important to determine whether and when the constitutional protection of a group or category of persons is indeed addressing some type of vulnerability, implicitly or explicitly assumed.

2.3. The demand for a multilevel approach

International human rights law can play a significant role, both establishing important standards of protection at national level and promoting the formal recognition of vulnerability in legal texts. Therefore, it is necessary to address the universal patterns — updated paradigms and international treaty obligations — that are binding on constitutions, mainly due to the perspective adopted by the Venice Commission [74]. In fact, and notwithstanding the formal recognition of vulnerable groups and subjects in constitutional rules, in the absence of a specific mention, general principles or rights can be mobilised to protect dimensions of vulnerability, namely in court adjudication. This is the main reason why the selected cases we present are from the ECtHR, since these are the core *ratio decidendi* of national constitutional courts adjudication.

Building on a pluralistic constitutional understanding that will help to consolidate an inclusive society, the protection of fundamental rights today is thus faced with challenges arising from tensions between unity, diversity, and increased protection requirements in the event of multiple and often overlapping vulnerabilities and intersecting grounds of discrimination. This is further compounded when taking into account the complex network of standards and the production of law at national and supranational, regional and universal levels. As has frequently been pointed out, fundamental rights play a decisive role

[73] For further developments on constitutional recognition of cultural diversity, see *inter alia* Leão, 2022a.

[74] As also pointed out by Lord & Stein, 2008, *passim*.

in expanding constitutionalism beyond the State towards a "global constitutionalism". Primarily adopted for constitutional texts, the concept of fundamental rights currently describes other structures of protection beyond State-centred ones.

Within the European scope, and with regard to the specific situation of the terms of employment and work, we must refer to the European Pillar of Social Rights, proclaimed in 2017 and which aims to promote equal opportunities and access to the labour market, fair working conditions and social protection and inclusion. The protection that is supported under this pillar is in addition to the existing international and national protection. The combined action of Member States, social partners, civil society, and the institutions of the European Union can guarantee a higher level of protection in the above-mentioned dimensions. Mention should be made of the legislative and non-legislative initiatives presented by the Commission, addressing work-life balance, information for workers, access to social protection and working time.

However, the judgment of the European Court of Justice in the case of *Sonia Chacón Navas vs Eurest Colectividades SA* (2006) [75] was the first decision in which this Court ruled on the use of the concept of "disability", within the meaning of Directive 2000/78/EC of 27 November 2000, establishing a general framework for equal treatment in matters of employment and occupation. In this emblematic judgment, the Court adopted a very narrow definition close to the medical model mentioned above, although it warned against treating the concepts of "disability" and "sickness" as being the same. In fact, according to this judgment, the concept of "disability", within the meaning of the directive, should be understood as "a limitation which results in particular from physical, mental or psychological impairments and which hinders the participation of the person concerned in professional life". This approach — reaffirmed in other judgments of the same Court — has been the subject of much criticism, in particular because it is far removed from the broader concept of "disability" enshrined in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. In fact, according to Art. 1 of the Convention: "Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation

[75] *Sonia Chacón Navas vs Eurest Colectividades SA* (C-13/05) (2006) ECLI:EU:C:2006:456. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62005CJ0013.

in society on an equal basis with others". This last part of the definition gives greater amplitude to the term "disability", in accordance with a social model of this concept of vulnerability.

Consequently, an upheaval took place, as can be seen from the judgment of the European Court of Justice (Second Chamber) in the *HK Danmark case* (C-335/11 and C-337/11) (2006) [76]. In this case, the European Court of Justice adopted a broader concept of "disability", also taking into account the standards of the Convention. Thus, the Court recognised the role of society in the creation of disability barriers.

The influence of the case law of the Court of Justice — not only the judgment in the *Sonia Chacón Navas vs Eurest Colectividades SA*, but also subsequent judgments — is clear insofar as the internal legal order can only be interpreted in accordance with Union law, in particular by virtue of the principle of consistent interpretation regarding internal rules relating to the protection of disabled people.

The international community not only has to deal with the issue of providing valid guarantees for rights, but also has the obligation to continually improve the content of the Universal Declaration of Human Rights, making it more specific, or updating it, in order to prevent its content from becoming rigid and empty. Norberto Bobbio [77] referred to this process as specification of rights, seeing it as a gradual change, but always aimed at a new determination of the subjects of rights. Therefore, the protection of vulnerable groups and persons in international human rights law is based on the coexistence of both universal instruments and particular instruments aimed at the protection of specific vulnerabilities, at universal and at regional level.

3. TRENDS AND PATTERNS OF PROTECTION

3.1. The State duties of protection

As frequently pointed out in ECtHR case law, vulnerability requires specific duties of protection from States.

A general duty to protect the most vulnerable is enshrined in some constitutional texts, with varying levels of detail on identifying the

[76] ECLI:EU:C:2013:222 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62011CJ0335

[77] This process is detailed by Bobbio, 1991, *passim*.

causes of vulnerability or specifically protected vulnerable groups. Art. 21 (3) of the Constitution of Kenya (2010) [78], providing for the implementation of rights and fundamental freedoms, establishes that "[a]ll State organs and all public officers have the duty to address the needs of vulnerable groups within society, including women, older members of society, persons with disabilities, children, youth, members of minority or marginalised communities, and members of particular ethnic, religious or cultural communities". The Political Constitution of Colombia [79], establishes in Art. 13 (3) that "The State shall especially protect those individuals who on account of their economic, physical, or mental condition are in obviously vulnerable circumstances and shall punish abuses or ill-treatment perpetrated against them". On this point, the Constitution of the Republic of Ecuador provides an interesting contribution: Art. 35, dedicated to rights of "priority persons and groups", establishes that "[e]lderly persons, girls, boys and adolescents, pregnant women, persons with disabilities, persons deprived of their liberty and those suffering from catastrophic or highly complex diseases shall receive priority and specialised care in the public and private sectors. The same priority care shall be received by persons in situations of risk, and victims of domestic and sexual violence, child abuse, and natural or manmade disasters. The State shall provide special protection to persons who are doubly vulnerable". Specific references to the protection of vulnerable groups, vulnerable persons, or both, can also be found in other constitutional texts, such as in the Preamble of the Constitution of the Central African Republic (2023) [80] and of the Fundamental Law of Hungary (2011) [81] or in Art. 32 of the Constitution of Côte d'Ivoire (2016) [82], in Art. 61 of the Constitution of the Dominican Republic, in Arts 39 and 51 of the Constitution of Nepal (2015) [83], concerning children and women, and in Art. 51 of the Constitution of the Republic of Rwanda [84].

[78] Adopted on 27 August 2010.
[79] Adopted on 1 July 1991 (as amended to 2023).
[80] Adopted on 30 July 2023.
[81] Adopted on 18 April 2011 (as amended to 2024).
[82] Adopted on 8 November 2016 (as amended to 2020).
[83] Adopted on 20 September 2015 (as amended to 2020).
[84] Adopted on 26 May 2003 (as amended to 2023).

Even where there is no specific mention of vulnerability or vulnerable subjects, general principles or rights can be mobilised to protect dimensions of vulnerability, namely in court adjudication. A case in point are the principles of human dignity, equality and non-discrimination (see below) and the principle of proportionality, but also the principles of solidarity and fraternity [85].

Also, rights such as the free development of personality, privacy and autonomy or even the right to cultural identity or religious freedom may play a significant role. The recognition of the horizontal effect for fundamental rights provisions is also relevant. However, the protection of vulnerability, itself a matter of rights, also faces limits, namely those arising from the protection of human dignity and personal autonomy, as frequently highlighted by critics (see above). Human dignity therefore plays a significant role both in the recognition and shaping of the protection of vulnerable groups and subjects.

While some vulnerabilities are generally recognised, others are a reflection of specific social and historical circumstances of vulnerability.

This protection of vulnerable groups and persons at a constitutional level may entail special duties of protection from States or impose and frame specific public policies, for example concerning social rights such as education, health, or housing. General provisions on education are common in constitutional texts, and these may be combined with mandatory requirements for the special accommodation of vulnerable persons in education. Art. 74 of the Constitution of the Portuguese Republic on the right to education charges the State with the duties of "promoting and supporting disabled citizens' access to education and supporting special education when necessary" (g) and "ensuring that immigrants' children receive adequate support in order to enable them to effectively enjoy the right to education" (j). Among others, the Constitution of the Federal Republic of Brazil also guarantees special educational treatment for disabled persons (Art. 208 III). Specific provisions on gender equality and access to education can also be found in some texts, such as Art. 8 of the Federal Constitution of the Swiss Confederation (1999) [86], Art. 33 of the Constitution of the Republic of

[85] On the latter, see *inter alia* Castellá, 2016, p.4.
[86] Adopted on 18 April 1999 (as amended to 2024).

Poland (1997) [87] and Art. 149F of the Constitution of the Co-operative Republic of Guyana (2016) [88].

Moreover, despite the specific role of the State and its specific duties of protection, dimensions of solidarity and cooperation between the State and society also appear to be important means for tackling vulnerability. For example, the Constitution of the Portuguese Republic establishes in Art. 69 that children have the right to protection from society and the State; the Constitution of Mozambique [89] establishes in Arts 121, 124 and 125 that children, elderly people and disabled people have a right to special protection from the family, society and the State; the Constitution of the Republic of Cabo Verde (1992) [90] establishes that children, youth, elderly people and disabled people are entitled to special protection from the family, society and the State (Arts 73 to 76).

3.2. The specific role of equality and non-discrimination

Considerations of vulnerability require a substantial and not merely formal understanding of equality [91] as a claim for equal treatment and against discrimination, encompassing direct and indirect discrimination, and including, among other forms of discrimination, past discrimination [92], but also for the accommodation of differences and for the removal of structural inequalities.

Equality and non-discrimination clauses can be found in several constitutions, with variations in meaning and scope, from the minimalistic wording of the Fourteenth Amendment (1868) to the Constitution of the United States of America (1787) [93], proclaiming that no State shall "deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws", to more exhaustive provisions coupling a general equal treatment clause with specific non-discrimination provisions

[87] Adopted on 2 April 1997 (as amended to 2009).
[88] Adopted on 14 February 1980 (as amended to 2016).
[89] Adopted on 21 December 2004 (as amended to 2023).
[90] Adopted on 4 September 1992 (as amended to 2010).
[91] In general, on vulnerability and non-discrimination, considering specific fields of protection (e.g. gender, race and ethnicity, sexual orientation, ageing and disability, childhood, religion), see Rey & Neto, 2021.
[92] Mentioning past discrimination, see Constitution of Kenya, Art. 27(6).
[93] Adopted on 17 September 1787 (as amended to 1992).

or even with affirmative action clauses [94]. This is the case of the Constitution of the Republic of Ecuador, which has a broad equality and non-discrimination clause, including a non-exhaustive list of prohibited grounds of discrimination ("ethnicity, place of birth, age, sex, gender identity, cultural identity, marital status, language, religion, ideology, political affiliation, criminal record, socio-economic condition, migratory status, sexual orientation, state of health status, HIV positive status, disability, physical difference or any other distinguishing feature whether personal or collective, temporary or permanent") coupled with affirmative action (Art. 11 (2)), and also recognising and guaranteeing a right to formal equality, material equality and non-discrimination (Art. 66 (4)).

Non-discrimination provisions frequently include more or less lengthy lists of prohibited grounds of discrimination which equate to causes of individual or collective vulnerability.

Art. 3 of the Basic Law for the Federal Republic of Germany, after proclaiming that "All persons shall be equal before the law", establishes that "Men and women shall have equal rights. The state shall promote the actual implementation of equal rights for women and men and take steps to eliminate disadvantages that now exist" and that "No person shall be favoured or disfavoured because of sex, parentage, race, language, homeland and origin, faith, or religious or political opinions" or "because of disability". Art. 9 of the Constitution of the Republic of South Africa establishes that everyone is equal before the law and enjoys equal protection and benefit of the law, that "[e]quality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken" and that neither the State nor any person may "unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth".

The Constitution of the Republic of Uganda, drawing on the concept of marginalised groups, establishes in Art. 21 (2) that "a person shall not be discriminated against on the ground of sex, race,

[94] On this, see Baer, 2011.

colour, ethnic origin, tribe, birth, creed or religion, or social or economic standing, political opinion or disability", while Art. 21 (4) establishes that the Parliament is not prevented from enacting laws that are necessary for "implementing policies and programmes aimed at redressing social, economic or educational or other imbalance in society" and Art. 32 provides specifically for affirmative action in favour of marginalised groups ("notwithstanding anything in the Constitution, the State shall take affirmative action in favour of groups marginalised on the basis of gender, age, disability or any other reason created by history, tradition or custom, for the purpose of redressing imbalances which exist against them", stipulating also that the Constitution prohibits "[l]aws, cultures, customs and traditions which are against the dignity, welfare or interest of women or any other marginalised group to which clause (1) relates or which undermine their status"). The Canadian Charter of Rights and Freedoms (1982) [95] also forbids discrimination while admitting "it does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability" (Art. 15). Affirmative action is also expressly admitted in several other constitutional texts, and has been accepted in the constitutional case law, although not without discussion [96].

3.3. The objective and subjective dimensions

On the other hand, the protection of vulnerable groups and people may be by means of rules of a more objective or subjective nature. For example, in the Constitution of the Portuguese Republic the increased protection of elderly people (Art. 72) stands as a fundamental *right*, while the Constitution of Spain addresses this protection in Art. 50 as a *principle,* one of the "principles governing social and economic policy".

In addition, still considering the subjective dimension, constitutional protection may entail not only specific fundamental rights,

[95] Adopted on 17 April 1982.

[96] See, for example, US Supreme Court decision on *Grutter vs. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003) on the constitutionality of affirmative action in university admission policies.

but also specific fundamental duties. According to the Constitution of the Federal Republic of Brazil, "[p]arents have a duty to assist, raise and educate their minor children, and children of age have a duty to help and support their parents in old age, need or sickness" (Art. 229). According to Section 4 of Art. XV of the Constitution of the Republic of the Philippines (1987) [97], of 2 February 1987, "the family has the duty to care for its elderly members, but the State may also do so through just programs of social security". More widely, Article 17 (1) *c)* of the Constitution of the Republic of Uganda states that it is the duty of every citizen of Uganda to "protect children and vulnerable persons against any form of abuse, harassment or ill-treatment" and the Constitution of the Republic of Croatia (1990) [98] stipulates both that "**children** shall be bound to take care of their old and helpless parents" (Art. 63 (4)) and that "[e]veryone shall have the duty to protect children and helpless persons" (Art. 64 (1)).

3.4. The ultimate scope of autonomy and agency issues

In a nutshell, constitutional provisions aimed at protecting vulnerable groups or persons can favour more or less paternalistic approaches and acknowledge different degrees of autonomy and agency for vulnerable persons and groups [99].

According to O'Mahony [100], constitutional recognition of children's rights ranges from paternalistic provisions that view children solely in terms of vulnerability and being in need of protection to rules that acknowledge their capacity as rights-holders. Art. 21 (1) of the Constitution of Greece (1975) [101] belongs to the first group, while Art. 104 of the Constitution of Norway (1814) [102] or Art. 64 of the Constitution of the Republic of Serbia (2006) [103] are examples of the latter. It is also worth mentioning that some constitutions establish participatory rights for children in matters pertaining

[97] Adopted on 2 February 1987.
[98] Adopted on 22 December 1990 (as amended to 2013).
[99] For agency as a relevant dimension of protection, see also Teixeira, 2019.
[100] O'Mahony, 2019, p. 419.
[101] Adopted on 11 June 1975 (as amended to 2008).
[102] Adopted on 16 May 1814 (as amended to 2024).
[103] Adopted on 30 September 2006 (as amended to 2022).

to them, as is the case of the Constitution of Finland (1999) [104] in Section 6 (3) [105].

Still considering agency as an important dimension of protection, we may note that some constitutions establish participatory rights for cultural groups such as indigenous groups when national policies are being prepared (see, for example, Art. 2 A. XIII and Art. 2.B.XIV and XV of the Constitution of the United Mexican States).

Also, gender-based mechanisms to improve gender diversity, equality between women and men or specifically the representation of women in political life, have been adopted by several constitutions [106], such as Arts. 17-1 and 31-1-1 of the Constitution of the Republic of Haiti (1987) [107], Art. 67 (3) of the Constitution of Belgium (1831) [108], Arts 83 and 84 of the Constitution of Afghanistan (2004) [109], Art. 27 (8) of the Constitution of Kenya, Art. 37 of the Constitution of Argentina (1853) [110], and Art. 109 of the Constitution of the Portuguese Republic [111].

4. FINAL ASSESSMENT

Vulnerability can be used as a tool to critically assess social institutions and practices, including legislation, and to identify how these create and help maintain inequality [112]. As stated by Peroni and Timmer [113], the bridge between the descriptive and the prescriptive dimension of vulnerability is not easy to build.

[104] Adopted on 11 June 1999 (as amended to 2018).
[105] O'Mahoney, 2019, pp. 418-424.
[106] On this, see Mackinnon, 2011. For an exhaustive account see UN Global Gender Equality Constitutional Database at https://constitutions.unwomen.org/
[107] Adopted on 10 May 1987 (as amended to 2012).
[108] Adopted on 4 February 1831 (as amended to 1994).
[109] Adopted on 4 January 2004. After the Taliban took control of Afghanistan in 2021, the constitution was disregarded, although not officially repealed, as stated by Sethi, Chaterjee, Phalnikar, Sheth and Zai, 2024, p. 17, who speak of an "unwritten constitution".
[110] Adopted on 1 May 1853 (reinst. 1983, as amended to 1994).
[111] From 1999 to 2008, also art. 3 of the Constitution of France (1958) as modified by Constitutional Law no. 99-569 of 1999.
[112] See the work of Fineman, 2008, 2010, 2013, 2017 and Peroni &Timmer, 2013, pp. 1059-1061.
[113] Peroni &Timmer, 2013, p. 1059.

The concept of vulnerability remains open and somewhat erratic, both in literature and in legal practice. Criteria are still being decided on to identify vulnerable persons and groups. This can, however, be seen as a positive feature, allowing for the progressive identification of new types of vulnerability, new vulnerable groups of persons and new protection needs.

Besides establishing criteria to assess vulnerability, the combination of both general and specific dimensions of vulnerability requires further discussion on how to best combine general and specific forms of protection. Protecting the vulnerable while respecting their autonomy (itself, a contested concept) also seems challenging.

The normative dimension of vulnerability, namely in constitutional law and, more broadly, in human rights law, seems evident, yet open to further development and theoretical analysis.

REFERENCES

Arnardóttir, Oddný Mjöll (2014). The Differences that Make a Difference: Recent Developments in the Discrimination Grounds and the Margin of Appreciation under Article 14 of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Law Review*, 14, 647-670.

Association Henri Capitant (2020). *Vulnerabilité,* 2018, Journées Québécoises, Tome LXVIII. Bruylant et LB2V.

Baer, Susan (2012). Equality. Rosenfeld, Michel & Sajó, Andràs (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (982— 1001). OUP.

Bobbio, Norberto (1991) *El tiempo de los derechos,* 1 ed. Madrid, Editorial Sistema, 1991.

Boyle, Michael (2016). *The notion of vulnerable groups in the case law of the European Court of Human Rights (Report)* (CDL-LA (2016)003. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-LA(2016)003-e

Canotilho, Mariana (2022). Vulnerability as a constitutional concept. *Oñati Socio-Legal Series*, 12(1), pp. 138-163. doi: 10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1262.

Castellá Andreu, Josep Maria. (2016). *Protegiendo personas y grupos vulnerables en Europa: desafíos constitucionales* (CDL-LA(2016)006). European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-LA(2016)006-spa

SWEDISH NATIONAL BOARD OF EDUCATION (1980). *School integration of mentally retarded — analysis of concepts, research and research needs.* In NBE. *Research and development concerning integration of handicapped pupils into the ordinary school system.* Stockholm

Davobe, Maria Isolina (2016). Derechos humanos de las personas mayores en la nueva Convención Americana y sus implicancias bioéticas. *Revista Latinoamericana de Bioética,* 16(1), 38-59.

ECLAC (2011). *Los derechos de las personas mayores*. CEPAL.

Fineman, Martha Albertson (2008). The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition. *Yale Journal of Law & Feminism*, 20(1), 1-23.

Fineman, M. A., 2010. The vulnerable subject and the responsive State. *Emory Law Journal*, 60, 251-275. Available at https://scholarlycommons.law.emory.edu/elj/vol60/iss2/1

Fineman, Martha Albertson (2013). Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics. Fineman, Martha Albertson & Grear, Anna, *Vulnerability: Reflections on a new Ethical Foundation for Law and Politics* (13-27). Ashgate.

Fineman, Martha Albertson (2017). Vulnerability and Inevitable Inequality. *Oslo Law Review*, 4, 133-149. https://doi.org/10.18261/issn.2387-3299-2017-03-02

Fredman, Sandra (2016). Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Law Review*, 16 (1), 273-301. https://doi.org/10.1093/hrlr/ngw001

Gerards, Janneke (2013). The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Law Review*, 13 (1), 99-124.

Gracia Ibáñez, J. (2022). The right to care: A (human) rights approach. *Oñati Socio-Legal Series*, 12(1), pp. 179-210. doi: 10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1231.

Abbring, Inge M., Hegarty, Seamus, Meijer, Cor J. W. & Pijl, Sip J. (1994). *New Perspectives in Special Education. A Six-country Study of Integration.* Routledge, Edit 1994, ebook 1995.

Ippolito, Francesca & Iglesias Sánchez, Sara (eds.) (2015). *Protecting Vulnerable Groups: The European Human Rights Framework*. Hart Publishing.

Kohn, Nina A. (2014). Vulnerability Theory and the Role of Government' (2014). Yale *Journal of Law & Feminism,* 26 (1), 1.

Lambert, Priscilla A. & Scribner, Druscilla L. (2018). Constitutions and women's rights advocacy: strategic uses of gender provisions in Argentina, Chile, Botswana, and South Africa. *Politics, Groups, and Identities*, 8(2), 228-247. https://doi.org/10.1080/21565503.2018.1449759

Leão, Anabela Costa (2022a). Cultural Diversity. *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*. https://oxcon.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e745

Leão, Anabela Costa (2022b). State and vulnerability. *Oñati Socio-Legal Series*, 12(1), pp. 86-107. doi: 10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1240.

Lord, Janet E. & Stein, Michael Ashley (2008). The Domestic Incorporation of Human Rights Law and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *Washington Law Review*, 83, 449—479.

Mackinnon, Catharine A. (2012). Gender in Constitutions. Rosenfeld, Michel & Sajó, Andràs (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (397-416). OUP.

Neto, Luísa (2022). Vulnerability and ability to exercise one's rights: The right to free development of personality constitutionally enshrined, *Oñati Socio-Legal Series*, 12(1), pp. 164-178. doi: 10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1201.

Nussbaum, Martha (2011). *Creating capabilities: the human development approach. The Belknap Press of Harvard University Press.*

O'Mahony, Conor (2019). Constitutional Protection of Children's Rights: Visibility, Agency and Enforceability. *Human Rights Law Review*, 19 (3), 401-434.

Peroni, Lourdes & Timmer, Alexandra (2013). Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law. *International*

Journal of Constitutional Law, 11(4), 1056-1085. https://doi.org/10.1093/icon/mot042.

Rey Martínez, Fernando & Neto, Luísa (coord.) (2021). *Direito antidiscriminatório*. AAFDL.

Rodriguez-Piñero, Luis (2010). *Los desafíos de la protección internacional de los derechos humanos de las personas de edad*, Serie Documentos de proyectos, N.º 305 (LC/W.305), Santiago de Chile, CEPAL.

Sen, Amartya (2010). Igualdade de quê? In MacMurrin, Sterling M. (ed), *The Tanner dá palestras sobre valores humanos* (195 ss.). Cambridge University Press.

Sethi, Amal; Chaterjee, Sumit; Phalnikar, Aditya; Sheth, Aditio Vishwas & Zai, Sofia Seddiq (2024). Afghanistan. In Barroso, Luis Roberto & Albert, Richard, *The 2023 International Review of Constitutional Reform* (17-21). U of Texas Law, Legal Studies Research Paper, Published by the Constitutional Studies Program at the University of Texas at Austin in collaboration with the International Forum on the Future of Constitutionalism 2024. https://ssrn.com/abstract=4971295 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4971295

SOUTHERN AFRICA LITIGATION CENTRE (2015), *Using the Courts to Protect Vulnerable People: Perspectives from the Judiciary and Legal Profession in Botswana, Malawi, and Zambia*. Judiciary of Malawi, National Association of Women Judges and Magistrates of Botswana (NAWABO). http://www.southernafricalitigationcentre.org.

Teixeira, Camila (2019). *Priority, agency and cooperation: how international human rights law helps fulfil the economic and social rights of the most vulnerable. The International Journal of Human Rights*, 24(8), 1031-1056.

UNESCO (1977). Table ronde international sur le thème: 'Images du handicapé proposées au grand public'. Paris: UNESCO (OPI-77/WS/10).

UNITED NATIONS POPULATION FUND & HELP AGE INTERNATIONAL (2011). *Overview of Available Policies and Legislation, Data and Research, and Institutional Arrangements Relating to Older Persons — Progress Since Madrid* (New York 2011). https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Older_Persons_Report.pdf.

UNWOMEN Policy Brief nr. 8 (2017). *Why and how constitutions matter for advancing gender equality: Gains, gaps and policy implications*. https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2017/2/why-and-how-constitutions-matter-for-advancing-gender-equality.

Weithorn, Lois A. (2017). A constitutional jurisprudence of children's vulnerability. *Hastings Law Journal*, 69, 179-274.

Yoshino, Kenji & Kavey, Michael (2012). Immodest claims and modest contributions: sexual orientation in comparative constitutional law. Rosenfeld, Michel & Sajó, Andràs (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (1079-1098). OUP.

SELECTED CASES FOR FURTHER READING

Nachova and Others v Bulgaria, nos. 43577/98 and 43579/98, ECtHR [GC] (6 July 2005) (racial or religious based discrimination).

D.H. and Others v Czech Republic, no 57325/00, ECtHR [GC] (13 November 2007) (racial discrimination in education).
E.B. v France, no 43546/02, ECtHR [GC] (22 January 2008) (the right to adopt by single lesbian persons).
Opuz v Turkey, no 33401/02, ECtHR (9 June 2009) (gender-based discrimination)
Alajos Kiss v Hungary, no 38832/06, ECtHR (20 May 2010) (State's margin of appreciation).
Kiyutin v Russia, no 2700/10, ECtHR (10 March 2011) (disability-based discrimination).
M.S.S. v Belgium and Greece, no 30696/09, ECHR (21 January 2011) (asylum seekers).
Konstantin Markin v Russia, no 30078/06, ECtHR [GC] (22 March 2012) (gender-based discrimination).
McDonald v. the United Kingdom, no 4241/12, ECtHR (20 May 2014) (right to respect for private and family life).
Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another; Lesbian and Gay Equality Project and Others v Minister of Home Affairs and Others (2005) ZACC 19 (S Afr) (sexual orientation discrimination).
Guberina v Croatia, no 23682/13, ECtHR (22 March 2016) and *Çam v Turkey,* no 51500/08, ECtHR (23 February 2016) (reasonable accommodation as part of the non-discrimination guarantee in Article 14 of ECHR).
Biao v Denmark, no 38590/10, ECtHR [GC] (24 May 2016) (immigration law)
Carvalho Pinto de Sousa Morais v Portugal, no 17484/15, ECtHR (25 July 2017) (gender based discrimination).
Poblete Vilches y otros vs. Chile, no 48622, Corte Interamericana de Derechos Humanos (8 March 2018) (right to health and medical assistance).

Data de entrega: 4 de fevereiro de 2025.

REINVENTAR A RODA
O DIREITO À HONRA ENQUANTO LIMITE CIVIL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO.

António Graça Moura *

Abstract: The rules regarding damages on reputation, in the Portuguese Civil Code, remain untouched since 1966. However, they continue to generate doubts and debate, namely when confronted with freedom of expression. This text will explore those outstanding doubts, as well as relevant national and European case law. Finally there will be a brief incursion into particularly interesting areas in the context of the collision between the right to honor and freedom of expression.

Resumo: O regime da ofensa do crédito ou do bom nome, no Código Civil, mantém-se intocado desde 1966. Contudo, continua a suscitar dúvidas, nomeadamente na sua articulação com a liberdade de expressão. Este texto vai explorar as dúvidas que subsistem, assim como a jurisprudência relevante, nacional e europeia. Finalmente será feita uma breve incursão em domínios particularmente interessantes no âmbito da colisão entre o direito à honra e a liberdade de expressão.

Keywords: Right to honor; reputation; freedom of expression; Internet; social networks; press.

Palavras-chave: Direito à honra; reputação; liberdade de expressão; Internet; redes sociais; imprensa.

1. O CC é um admirável monumento no ordenamento jurídico português, mas não está isento de críticas. Para alguns, nasceu desactualizado "*e até rura[l]*". Para outros, nasceu avançado e ainda é muito actual [1].

* Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

1 Raul Guichard, 2016, p. 69. Por ex., a *culpa in contrahendo* (art. 227.º) só foi expressamente consagrada no BGB já no século XXI.

A verdade está entre os dois: dependerá do preceito. Com a entrada em vigor da CRP de 1976, as alterações socioeconómicas, os novos usos e costumes, os novos padrões éticos e morais, o desenvolvimento da tecnologia e a adesão à União Europeia, foi sendo necessário proceder à sua alteração.

Ora, o artigo 484.º, relativo à "*Ofensa do crédito ou do bom nome*", é um dos preceitos que subsiste na sua versão original. Sistematicamente, após a cláusula geral de responsabilidade civil do artigo 483.º, surgem dois artigos relativos a situações particulares de responsabilidade civil: este e o artigo 485.º ("*Conselhos, recomendações e informações*").

O preceito é exíguo, o que oferece muitas dúvidas ao intérprete. Curiosamente, conservando a redacção, é um dos preceitos que lida com um dos temas em maior desenvolvimento desde a entrada em vigor do CC: a difusão de informação. Desde 1966, desenvolveu-se — e entrou em crise — a imprensa, inventou-se a *internet*, os jornais passaram a ter uma forte presença *on-line*, forjaram-se as redes sociais, estudou-se profundamente o significado e os limites da liberdade de expressão [2].

2. Em rigor, o preceito pouco se justifica, salvo por motivos históricos [3].

O CC baseou-se bastante no homólogo alemão. Contudo, ao contrário do BGB, o Direito português determina a aplicação do instituto

---

[2] Entre nós, cf., por ex., no Direito Constitucional, Jónatas Machado, 2002; no Direito Penal, Jorge de Figueiredo Dias, 1983, e Manuel da Costa Andrade, 1995.

[3] Afirmando que o artigo 484.º visa "*factos*", enquanto "*juízos de valor depreciativos*" estão abrangidos pela tutela geral de personalidade do artigo 70.º, o que leva a crer que o legislador considerou que "*a imputação de factos tem um potencial lesivo superior*", cfr. Rui Mascarenhas Ataíde, 2023, pp. 200-201, e Jorge Sinde Monteiro, 2005, p. 386. Curiosamente, o legislador português inspirou-se no § 824 BGB relativamente às ofensas ao crédito e ao bom nome, mas não o fez relativamente ao § 825 BGB relativamente ao constrangimento sexual de uma mulher (desde a reforma do BGB de 2001/2002, de qualquer pessoa). Segundo António Menezes Cordeiro, 2017, p. 552, encontra guarida no actual artigo 29.º do Código do Trabalho e a sua generalização não oferece dúvidas, "*com base no direito à integridade moral*". Acreditamos que esta discussão não é líquida e que a redacção do § 825 BGB — que abrange o engano (*Hinterlist* — expressão utilizada no BGB uma única vez) é muito mais ampla do que a nossa.

Note-se ainda que este preceito corresponde parcialmente ao artigo 2389.º do Código Civil de Seabra.

de responsabilidade civil em caso de violação ilícita do "*direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios*": uma formulação bastante ampla. Não existe um exacto paralelo na Alemanha: o legislador do BGB circunscreveu "*o ilícito fundador de responsabilidade a* determinadas hipóteses de facto", apesar de não prescindir completamente do recurso a disposições gerais. Segundo Vaz Serra, foi um meio-caminho para consagrar o possível, sem "*tolher a ulterior evolução*" [4].

Por isso, Direito alemão tinha de prever o § 824 BGB, que tem a seguinte redacção:

> «1. Quem, contra a verdade, afirmar ou divulgar um facto susceptível de pôr em risco o crédito de outrem ou outros prejuízos para a sua aquisição ou prosperidade deve indemnizá-lo dos danos daí resultantes, também quando não conheça, mas deva conhecer a sua inveracidade.
>
> 2. Uma notícia cuja inveracidade seja desconhecida para o autor da notícia não o obriga a pagar uma indemnização, caso ele ou o destinatário da notícia tenha um interesse legítimo na mesma». (n.t.)

Note-se que o § 824 (2) BGB prevê dois requisitos cumulativos para exclusão de ilicitude, nomeadamente (i) interesse legítimo (n.º 2) e (ii) desconhecimento não-culposo (n.º 1, parte final, *a contrario*).

Esta redacção é próxima do artigo 180.º, n.º 2, do Código Penal português quando dispensa a punição se a imputação se fundar em: "*interesses legítimos*" [al. *a)*] <u>*ou*</u> "*fundamento sério para, em boa-fé, a reputar [a imputação] verdadeira*" [al. *b)*]. Estas regras não se aplicam perante imputações relativas "*à intimidade da vida privada e familiar*" (n.º 3). Relativamente à al. *b)*, note-se: se "*o agente não tiver cumprido o dever de informação, que as circunstâncias do caso impunham, sobre a verdade da imputação*", o desconhecimento será culposo, por não se encontrar preenchido o pressuposto de boa-fé (n.º 4). O preenchimento deste dever de informação define uma bitola de diligência, a estabelecer mediante as circunstâncias do caso, na busca de informação. Segundo Luís Brito Correia, "*a utilização de fontes fidedignas, preferivelmente mais do que uma e,* <u>*sendo possível*</u>*, a audiência do visado*" [5].

[4] Adriano Vaz Serra, 1960, pp. 43 e 44.

[5] Luís Brito Correia *apud* Ac. da RL de 22/01/2009 (Ezaguy Martins), Proc. n.º 372/2008-2.

3. Relativamente à tutela do direito à honra, VAZ SERRA criticava a doutrina alemã então maioritária, que «*não considera a honra como um direito subjectivo*» — afirmando, contudo e a jusante de KARL LARENZ, que, "*na verdade, a honra não parece que mereça menor protecção do que a propriedade*" [6]. De facto, LARENZ assume ser possível a tutela da personalidade através dos seguintes expedientes, funcionando o raciocínio plenamente para o nosso Direito:

> (i) Em regra, o § 823 II BGB, conciliado com o Código Penal alemão, seria suficiente para acautelar situações de "rebaixamento" (*Herabsetzung*). À maneira do nosso artigo 483.º CC, o BGB prevê a ilicitude por violação de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios. Paralelamente ao Código Penal alemão, o homólogo português inclui disposições que criminalizam a difamação (artigo 181.º) e a injúria (181.º).
>
> (ii) *Excepcionalmente*, caso não se encontrem preenchidos os pressupostos do Código Penal, o direito à honra deve ser protegido através do direito geral de personalidade, na linha do nosso artigo 70.º CC, relativo à tutela geral da personalidade. Este expediente seria utilizado sobretudo para juízos de valor em que o respectivo autor não reconheceu carácter difamatório por negligência, assim como afirmações factuais falsas por negligência que não podem ser abrangidas pelo § 824 BGB, porque não protegem os interesses jurídicos aí mencionados.
>
> (iii) Pelo contrário, o § 824 visa um bem jurídico específico — o património (*Vermögen*) enquanto tal —, pelo que o seu âmbito de aplicação é distinto [7].

VAZ SERRA propugna que o direito à honra — citando HECK e ENNECCERUS-NIPPERDEY —, enquanto *direito de personalidade suficientemente delimitável*, poderia ser tutelado pela cláusula geral do § 823 [8]. Paralelamente, entre nós, o direito à honra encontrará reflexo no artigo 70.º CC.

4. No seu anteprojecto, VAZ SERRA fez uma proposta de artigo — que não foi acolhida. O seu n.º 8 tinha a seguinte redacção:

> «*Quem, contra a verdade, afirma ou difunde um facto susceptível*

---

[6] ADRIANO VAZ SERRA, 1960, pp. 91 e 92.
[7] KARL LARENZ, 1994, pp. 500 e 501; p. 463 ss.
[8] ADRIANO VAZ SERRA, 1960, p. 96.

de pôr em perigo o crédito de outrem ou de causar outros prejuízos à sua aquisição ou prosperidade, é obrigado a reparar o dano daí resultante, se conhecia ou devia conhecer a inexactidão. ***Se a inexactidão da notícia é ignorada pelo autor dela****, não é este obrigado a indemnizar, caso a comunicação constitua, objectivamente, segundo o seu conteúdo, forma e circunstâncias, o meio necessário para a realização de um fim juridicamente aprovado do autor dela ou do receptor. Entre vários meios possíveis, deve, então, ser escolhido o que menos prejudique o lesado.*» (n. s.)

Como se sabe, esta disposição foi quase integralmente suprimida. Vejamos algumas diferenças:

— O bem jurídico protegido é (?) distinto: "*pôr em perigo o crédito de outrem ou de causar outros prejuízos à sua aquisição ou prosperidade*";
— São estabelecidas *nuances* no regime da inexactidão;
— Faz-se referência expressa a *fins juridicamente aprovados*, paralelos dos "*interesses legítimos*" do BGB;
— Há uma bitola de proporcionalidade na escolha dos meios de comunicação ("*o que menos prejudique o lesado*").

O artigo proposto e o artigo 484.º tutelam bens jurídicos distintos: este refere o crédito e o bom nome. Ora, Vaz Serra utilizou uma redacção análoga ao BGB: na esteira de Larenz, afirmava que o preceito defendia "*o crédito, a aquisição ou a prosperidade, que podem não ser lesivas da honra, mas lesam a situação financeira, o círculo da actividade negocial, a qualidade das mercadorias produzidas ou vendidas, a preparação profissional ou os êxitos profissionais*".

Qual é a relevância da redacção? Segundo o Autor, seria a "*vantagem em esclarecer que o crédito, a aquisição e a prosperidade são direitos subjectivos ou, pelo menos, interesses juridicamente protegidos contra falsas afirmações susceptíveis de os prejudicar*": no mínimo, seria duvidoso considerá-los direitos de personalidade. Termina laconicamente: "*Quanto ao direito à honra, já atrás se propôs que se admitisse*" [9].

São expressões enigmáticas — crédito, aquisição, prosperidade —, nomeadamente perante a conclusão, por Vaz Serra, de que podem

[9] Adriano Vaz Serra, 1960, pp. 129 e 130.

ser considerados direitos subjectivos. A expressão "*crédito*" conservou-se na redacção actual, sendo muitas vezes confundida com uma dimensão económica da honra: na lógica do Autor, isso seria dispensável. Pode igualmente estar relacionado com um *direito à empresa* — matéria extensamente estudada pela doutrina e que, por economia de espaço e restrição de âmbito, não podemos atentar com merecida atenção. Trata-se de um direito de cariz *dinâmico*, criado pela jurisprudência alemã a partir da referência a "*outros direitos*" no § 823 BGB: a empresa celebra contratos e lucra. Esta dinâmica deveria estar protegida por um direito absoluto, de contornos semelhantes ao direito geral de personalidade [10]. Contudo, esta figura não foi, em geral acolhida pela doutrina e não lhe conhecemos referências na jurisprudência [11].

5. A ténue relação do preceito acolhido com o seu anteprojecto, por motivos pouco claros, levou a confusão na doutrina sobre o seu significado. Discute-se se o *crédito* e o *bom nome* são bens jurídicos distintos ou se, pelo contrário, são duas manifestações da honra dita *social*, como "*representação que os outros têm sobre o valor de uma pessoa*" [12]. Vejamos.

Para uns, o bom nome é um direito de personalidade com guarida nos artigos 26.º CRP e 70.º CC — o que torna o artigo 484.º dispensável, uma vez que já estaria abrangido pelo artigo 483.º Pelo contrário, a noção de crédito é mais complexa e pouco clara. Segundo Pessoa Jorge, integra a *solvabilidade* — ou seja, a confiança que se pode depositar num sujeito enquanto devedor —, mas também um *juízo ético sobre a respectiva* "*honorabilidade ou honestidade*" [13].

---

[10] Fazemos referência aos famosos *cable cases*. Sobre o tema, cfr. Jorge Sinde Monteiro, 2005, pp. 363-365. Sobre o tema dos danos puramente patrimoniais, na perspectiva da existência de um direito à empresa, cfr. Jorge Sinde Monteiro, 2018, pp. 125 ss. Sobre o tema do direito à empresa, *idem*, pp. 137 ss.

[11] Na nossa opinião, correctamente. Cf. Manuel Carneiro da Frada & Maria João Pestana de Vasconcelos, 2015, pp. 161 e 162. Sobre o tema dos danos económicos puros, Adelaide Menezes Leitão, 2009; Daniel Melo Bessa, 2022.

[12] Manuel Costa Andrade, *apud* Elsa Vaz Sequeira (2019) pp. 285 e 286.

[13] Fernando Pessoa Jorge, 1995, pp. 308 e 309; Ana Prata, 2017, p. 631. Note-se que, segundo Pessoa Jorge, a vertente da honestidade é secundária: alguém imoral pode ter amplo crédito. Igualmente, não está em causa apenas o seu património: pense-se em alguém que paga sempre, mas sem pontualidade, ou que, podendo pagar, não o faz voluntariamente.

Já Elsa Vaz Sequeira defende que o artigo 484.º apenas tutela a *dimensão social da honra* — "a avaliação de respeito e deferência que os outros fazem de uma pessoa". O artigo 483.º seria o expediente correcto a aplicar perante (i) violações da *dimensão pessoal* ou *interior da honra — vulgo*, a "*representação que cada pessoa tem de si própria, da sua auto-estima*" — e (ii) emissões de juízos de valor potencialmente lesivos (em geral) [14]. Por outro lado, Antunes Varela defende que (i) o prejuízo do *crédito* envolve a diminuição da "*confiança na* capacidade *e na* vontade *da pessoa para cumprir as obrigações*", enquanto (ii) o prejuízo do *bom nome* consiste na diminuição do "prestígio *de que a pessoa goze ou o* bom conceito *em que ela seja tida*" [15].

A origem da confusão é evidente: o significado do preceito perdeu-se entre o anteprojecto e o produto final. Na nossa opinião, a discussão torna-se estéril, uma vez que o legislador removeu referências à aquisição e à prosperidade e qualquer *nuance* de regime. Notamos apenas que, quando se refere "*crédito*", está em causa a *honra económica* enquanto uma das esferas de honra do lesado [16] — o que legitima, em particular, a indemnização por danos patrimoniais indirectos em caso de violação do direito à honra (e consequente diminuição, comprovada, do potencial lucro) [17].

6. A simplicidade do preceito deixou em aberto vários pontos de regime que o legislador legou para o intérprete.

6.1. Existe responsabilidade por ofensa do crédito ou do bom nome caso alguém afirme um facto *verdadeiro*? Ou seja: é relevante, em Direito Civil, a *exceptio veritatis*? No Direito Penal, a resposta está vertida no artigo 180.º/2, al. *b)*, CP: a conduta não é punível quando (i) o agente provar a verdade da imputação ou quando (ii) tiver tido fundamento sério para, em boa-fé, a reputar verdadeira. De um ponto de vista subjectivo, esta boa-fé consiste na convicção de que os factos

[14] Elsa Vaz Sequeira, 2023, pp. 12 e 13.
[15] J. Antunes Varela, 2008, pp. 548 e 549.
[16] Sobre as quatro esferas da honra (honra propriamente dita, honra deontológica e profissional, honra económica e decoro), v., por ex., Ac. da RL de 15/06/2023 (Gabriela de Fátima Marques), Proc. n.º 18851/22.3T8LSB.L1-6.
[17] Sobre este tipo de danos, por ex., Ac. da RC de 27/04/2017 (Maria João Areias), Proc. n.º 289/14.8T8FND.C1.

são verdeiros. Contudo, de um ponto de vista objectivo, consiste no cumprimento das *leges artis* relativamente à obtenção de informação — as quais variam de acordo com as circunstâncias do caso (grau de urgência, gravidade da imputação, entre outros). Em particular, pode ser necessário ouvir a pessoa visada sobre a imputação (nomeadamente quando estão em causa os deveres dos jornalistas) [18].

No Direito Civil, a discussão existe desde cedo — com posições completamente antagónicas.

Segundo Pessoa Jorge, *nunca* existe responsabilidade por afirmação de factos verdadeiros [19]. No seu simétrico oposto, Pires de Lima e Antunes Varela julgam ser *indiferente* se o facto é verdadeiro ou falso: há responsabilidade, de qualquer forma [20].

Exemplificando: *António* afirma publicamente que *Beatriz*, médica, é negligente no seu trabalho, tendo-lhe provocado danos consideráveis numa intervenção cirúrgica minimamente invasiva. A imputação de *António* é verdadeira.

Para Pessoa Jorge, *António* nunca poderia ser responsável, uma vez que imputou a *Beatriz* um facto verdadeiro. Para Pires de Lima e Antunes Varela, *António* seria responsável civilmente perante *Beatriz*, apesar de a imputação ser verdadeira.

A manutenção de qualquer uma das duas posições é inviável. Hoje existem plataformas dedicadas à avaliação de restaurantes e hotéis — como o Tripadvisor, o Zomato, o OpenTable, o Yelp e o booking.com. Em qualquer uma das plataformas, os utilizadores são convidados a avaliar e ler avaliações de restaurantes e hotéis.

Por exemplo, no Tripadvisor, um dos restaurantes mais caros de Paris, com três estrelas Michelin, tem uma avaliação de 4.5 em 5, com 883 avaliações, 631 das quais são "Excelente". 19 avaliações indicam que a experiência foi "Terrível".

Um dos utilizadores comentou: "I have never felt so unwelcome or offended in a restaurant. […] When we asked if they could match that price the sommelier informed us that they don't usually but that they could since it was a special occasion. A few minutes later the chef who owns the restaurant came out and shook both our

[18] Pedro Pinto de Albuquerque, 2015, p. 727. Sobre os deveres de audição no contexto da actividade do jornalista, cf., por ex., Ac. da RP de 26/03/2014 (José Carreto), Proc. n.º 5149/12.4TDPRT.P1.

[19] Fernando Pessoa Jorge, 1995, p. 310.

[20] A. Pires de Lima & J. Antunes Varela, 2011, pp. 485 e 486.

hands then started to insult us. He was complaining about the fact that he had to pay his rent and his employees and that he would not accept anything less than his 200 euros corking fee. He also insulted us by saying that he doesn't know how things are done in the US […]."

O restaurante respondeu: "Dear Mrs and Mr X, To reply to your dishonest comment […]."

No Século XXI, é patentemente inviável a posição de Pires de Lima e Antunes Varela: a utilização massificada de plataformas em linha para transmitir texto e conteúdo, em termos práticos, nunca o consentiria e, como veremos *infra*, a delimitação entre verdade e mentira é apenas um entre vários problemas aplicáveis às redes sociais.

Por isso, a maioria das posições relativamente à *exceptio veritatis* são mais cautelosas. Por ex., Albuquerque Matos aponta que "*o Direito não deve tratar indistintamente a mentira e a verdade*" [21]. Igualmente, segundo Larenz, a afirmação de factos verdadeiros por definição *não pode ser considerada difamatória*, devendo qualquer reacção perante a imputação basear-se no direito à autodeterminação informacional (*informationelle Selbsbestimmung*) — o qual, entre nós, encontra particular guarida no Regulamento Geral de Protecção de Dados (RGPD) e no direito à reserva da intimidade de vida privada [22].

6.2. Discute-se, também, a fronteira entre o facto e a opinião — e a diferença de regime que tal acarreta. É pacífico que o artigo 484.º apenas abrange factos [23]. Contudo, isso é pouco importante [24]: tal como na Alemanha, é possível que (em condições muito limitadas, é certo) a emissão de juízos de valor seja ilícita ao abrigo do artigo 70.º, relativo à tutela geral de personalidade — ou seja, ao abrigo da cláusula geral de responsabilidade civil do artigo 483.º.

[21] Filipe Albuquerque Matos, 2011, p. 718.

[22] Karl Larenz, 1994, pp. 501 e 508.

[23] Cf., por ex., Jorge Sinde Monteiro, 2005, p. 385; Filipe Albuquerque Matos, 2011, pp. 263 e ss.

[24] Em sentido contrário — de que o interesse lesado depõe no sentido de uma interpretação ampla da noção de "facto" e o respeito pela liberdade de expressão por uma noção restritiva —, Jorge Sinde Monteiro, 2005, p. 385. Como defendemos, é quase irrelevante: o artigo 484.º não estabelece (na redacção que veio a ser consagrada) um regime especial e apenas se explica por motivos de Direito comparado.

A distinção entre estes dois tipos de juízos foi aquela que a doutrina convencionou utilizar, apesar de não ter consagração na lei [25]. Neste âmbito, há *nuances*. Desde logo, entre os *factos* e os *juízos de valor*, há *opiniões*, cujo enquadramento pode não ser certo — por ex., prognósticos ou relatórios periciais. São casos em que não há a mera representação de um facto, mas também não há qualquer *valoração*. Assim, *todo o juízo de valor implica uma opinião, mas nem toda a opinião implica um juízo de valor* [26].

Entre o facto e a opinião, há um espectro. Por um lado, há poucas *puras afirmações de facto*: a esmagadora maioria das afirmações têm uma componente subjectiva. Por ex., se é dito de um estabelecimento «*Isto é um restaurante*», afirmamos que o *encaramos* como um restaurante. Por outro lado, a esmagadora maioria das opiniões acarreta a *afirmação de factos*, ou seja, uma componente objectiva. Por ex., se afirmo que «*O restaurante* A *é terrível*», tal implica que (i) quem afirma a frase sentiu que teve uma má experiência no restaurante (sensação que, em si, é um facto) e deixa implícito que (ii) o restaurante tem características que o tornam *terrível*, por ex. mau ambiente, mau serviço ou insalubridade [27]. Na Alemanha, esta distinção tem uma enorme relevância, uma vez que o artigo 5.º, § 1, da constituição alemã afirma: "*Todos têm o direito a afirmar livremente a sua* ***opinião*** *(*Meinung*) […]*". Apesar da distinção abstracta entre factos (*Tatsachen*) e opiniões (*Meinungen*), o Tribunal Constitucional alemão já afirmou que, em concreto, estes podem ser *incindíveis*. Nesse sentido, defendeu o alargamento da protecção constitucional a «*elementos* [que]*, como sucede frequentemente, se combinam ou misturam com elementos de uma* [declaração de facto]*, pelo menos quando forem incindíveis e o conteúdo factual estiver em segundo plano em relação ao valorativo*.» [28].

---

[25] Na esteira da doutrina alemã. V., por todos, Jorge Sinde Monteiro, 2005, p. 385.

[26] Sobre este ponto, abordando a doutrina alemã, Filipe Albuquerque Matos, 2011, pp. 270, 271 e 275.

[27] Quanto a esta matéria, Umberto Eco distinguia (como ponto de partida) (i) o *significante* ou *signo* (a palavra: por ex., "cavalo"), (ii) o *significado* (por ex., o que se compreende por "cavalo") e (iii) o *referente* (por ex., o próprio cavalo). Sendo "*terrível*" um *significante* ou *signo*, as circunstâncias podem ditar um diferente *significado*: tudo depende da combinação entre o texto e o seu contexto. V. Umberto Eco, 2017, pp. 30 ss.

[28] BVerfG, acórdão de 22/06/1982 — 1 BvR 1376/79 — BVerfGE 61, 1, 9. Cf. ainda BVerfG, acórdão de 13/04/1994 — 1 BvR 23/94 — BVerfGE 90, 241-254. Neste arresto, estava em causa a negação da perseguição a judeus no III Reich.

Além disso, sendo o juízo de valor (por definição) insusceptível de prova, a sua exigência constitui violação da liberdade de expressão [29].

Segundo Sinde Monteiro, numa formulação conservadora: "*se o conteúdo do facto, numa consideração objectiva, é tão diminuto que como que desaparece por detrás do intencionado juízo de valor, ele deve ser considerado irrelevante*" [30]. Contudo, segundo Albuquerque Matos, recorrendo às regras gerais da interpretação, será possível concluir, em cada caso, se estamos perante *Tatsachen* ou *Meinungen* — e evitar incerteza jurídica. Na esteira do Tribunal Constitucional alemão, considera que a afirmação de qualificação insanavelmente ambígua será um *juízo de valor* (*Werturteil*) [31].

Parece-nos razoável esta última posição: na dúvida, a afirmação merece o tratamento jurídico de um juízo de valor — o que, nos termos expostos, merecerá um tratamento *prima facie* mais favorável ao abrigo do art. 70.º Contudo, já não parece possível afirmar *sempre* que dada afirmação é sobretudo *Tatsache* ou *Meinung*: é um caso em que a incerteza jurídica — o facto de uma afirmação não ser nem um, nem outro — se torna uma exigência de justiça, cabendo ao intérprete desvendar o regime a aplicar ao caso concreto.

6.3. É comum ler que a existência de um *interesse legítimo* na divulgação da informação afastaria a ilicitude. Entre nós, isto foi proposto por Vaz Serra e encontra consagração no artigo 180.º/2, al. *a)* CP. Segundo esta perspectiva, seria intolerável que a afirmação de um facto *verdadeiro* ao abrigo de um *interesse legítimo* fosse susceptível, em si, de gerar obrigação de indemnizar. Na doutrina e na jurisprudência portuguesas, é uma exigência relativamente unânime [32]. Com efeito, se o interesse é *legítimo*, isto implica que é *lícito*.

---

[29] *Jerusalém c. Áustria*, n.º 26958/95, de 27 de Fevereiro de 2001.

[30] Jorge Sinde Monteiro, 2005, pp. 385 e 386.

[31] Filipe Albuquerque Matos, 2011, pp. 283 a 285. Em sentido idêntico, Elsa Vaz Sequeira, 2019, pp. 286 e 287. O Autor considera ainda, com toda a pertinência, que a determinação de se algo é um juízo de facto ou de valor depende das "*regras dominantes em determinada área*", segundo "*destinatários com conhecimentos específicos*".

[32] Utilizando a nomenclatura "*interesses legítimos*", por ex., M. J. Almeida Costa, 2009, p. 564; Elsa Vaz Sequeira, 2019., p. 287. Utilizando a locução "*socialmente útil ou relevante*" (o que nos parece excessivo), António Menezes Cordeiro, 2010, p. 558.

É mais complexo entender *o que é* este interesse legítimo. Em todo o caso, na doutrina, é corrente afirmar-se que a divulgação de factos *falsos* é sempre ilícita [33]. Isto merece correcção: é lícita a afirmação de factos falsos, ao abrigo de um interesse legítimo, se feita na (legítima) convicção da sua verdade (por ex., um jornalista diligente). Note-se ainda que interesse legítimo é uma figura que não se confunde com *interesse público*: um interesse particular pode ser um interesse legítimo [34].

O STJ já considerou que não havia "*interesse público*" na divulgação de uma notícia sobre a retenção indevida de créditos fiscais por um clube de futebol, em incumprimento do acordo estabelecido no âmbito de um plano de regularização das dívidas. No caso, o Tribunal criticou ainda a narração dos factos: não os considerando falsos, exigiu dos jornalistas "*maior diligência prévia à divulgação dos factos*" [35]. Nessa sequência, o Estado português foi condenado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, nomeadamente porque «*o artigo litigioso relevava, manifestamente, do interesse geral*" (*sic*) [36].

A dificuldade em estabelecer o que é um "interesse legítimo" parece ligar-se a uma certa confusão com a reserva sobre a intimidade da vida privada (artigo 79.º). Ou seja, se uma notícia aborda a vida privada de alguém, isto seria um problema de *interesse ilegítimo* — e assim fundamentaria uma pretensão indemnizatória. Isto explica ressalvas na doutrina perante a ofensa à honra a certas categorias de pessoas — por ex., figuras públicas e políticos, «*censurando-se apenas os casos de flagrantes ofensas*» [37]. Esta confusão é escusada, nomeadamente porque a vida privada é um bem jurídico protegido autonomamente: são planos diferentes. De todo o modo, como dita a regra geral, o critério para avaliar se uma ofensa gera obrigação de indemnizar é através da bitola de gravidade do artigo 496.º [38].

---

33 Por ex., Luís Menezes Leitão, 2019, p. 287.

34 Por ex., Elsa Vaz Sequeira, 2019, p. 287.

35 Ac. do STJ de 08/03/2007 (Salvador da Costa), Proc. n.º 07B566.

36 *Público c. Portugal*, n.º 39324/07, de 7 de Dezembro de 2010.

37 Elsa Vaz Sequeira, 2019, p. 287.

38 Em sentido contrário, afirmando que é possível fazer um juízo de oportunidade além da protecção da intimidade privada, António Menezes Cordeiro, 2010, p. 556. Não parece que seja assim. De facto, os exemplos que o Autor oferece — por ex., divulgação das contas da mercearia ou de insucessos escolares passados — cabem na protecção da intimidade da vida privada.

7. Antes de analisarmos o método utilizado pelos tribunais portugueses na solução destes casos, cremos ser pertinente a divisão desta matéria em casos típicos — nomeadamente a *(i) liberdade de expressão nas Internet, em particular nas redes sociais*, e a *(ii) liberdade de expressão na imprensa*. Além destas, temos outros contextos — como *(iii) liberdade de expressão em relações de trabalho subordinado*, tema de grande interesse, que extravasaria o nosso âmbito [39]. Além de outros casos, em que nenhum dos anteriores está em causa. Esta divisão é feita para efeitos puramente expositivos, mas permite estabelecer relações úteis entre grupos de casos: na jurisprudência, o contexto assume grande centralidade na resolução dos casos. Será feita *infra* uma análise breve a *(i)* e *(ii)*.

8. Um aspecto incontornável no nosso contexto é o recurso à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) [40]. Devido à inexistência de um recurso de amparo em Portugal, a possibilidade de apresentar queixa ao TEDH assumiu particular relevância [41] — o que explica a escassa relevância da jurisprudência do TC nesta matéria [42].

Tem singrado na doutrina a visão de Francisco Teixeira da Mota, segundo a qual há duas correntes, em Portugal: a "conservadora" ou "paternalista" e a "moderna", de cariz europeísta [43]. Segundo o critério, sem dúvida: triunfou a dita jurisprudência "moderna". Mas é necessário entender em que termos.

De facto, há pouco tempo, existiam decisões que hoje seriam improváveis. É o caso, por exemplo, de acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa que, em 1994, afirmou no sumário que o direito à

[39] V., por ex., Sónia Kietzmann Lopes, 2014, p. 21. Sobre a jurisprudência do TEDH nesta matéria, Júlio Vieira Gomes, 2019, pp. 1740 e ss.

[40] Anteriormente Tribunal Europeu dos Direitos *do Homem*, agora com a "expressão universalista «*Direitos Humanos*»", no cumprimento da Resolução do Conselho de Ministros n.os 21/2019, de 29 de Janeiro, e da Resolução da Assembleia da República n.º 39/2013, de 3 de Abril.

[41] Neste sentido, Francisco Teixeira da Mota, 2017, p. 183. Sobre o recurso de amparo, v., por ex., José de Melo Alexandrino, 2010, p. 41.

[42] Francisco Teixeira da Mota, 2016.

[43] Francisco Teixeira da Mota, 2016, p. 16. Expressão utilizada, por ex., por João Tornada, 2018, p. 143; Valentina Correia, 2023, p. 33. Igualmente no sentido de que houve uma evolução cronológica mais ou menos linear, Elsa Vaz Sequeira, 2019, pp. 288 e 289.

liberdade de expressão, como todos os outros, tem limitações: «*relevância social, convicção séria de verdade, contenção, moderação, urbanidade*». No caso concreto, entendeu-se que os factos noticiados por um semanário não tinham relevância social e consubstanciavam um "*ataque jornalístico*" — em concreto, a Relação entendeu (com alguma razão) revelarem "*intenção de achincalhamento*" [44].

Em Janeiro de 1994, o mesmo semanário é condenado na mesma Relação por detalhar a vida de um (outro) ministro. O Relator escalpeliza vários artigos ou crónicas e determina se ofendem o direito à honra. Por ex., conclui que um artigo de opinião de um conhecido cronista ofende o direito ao bom nome e reputação do autor, por imputar "*ao autor, através de linguagem irónica, satírica e hilariante, a autoria de factos ilícitos*" [45].

No âmbito penal, é conhecido o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra que, em 2006, considerou que chamar "*cromos*" a militares da GNR era suficiente para se subsumir ao crime de injúria. De facto, pode-se ler no sumário: «*A gravidade da ofensa ou do perigo de ofensa não é elemento constitutivo dos crimes de difamação e de injúri[a]*» [46].

Isto levou a sucessivas condenações do Estado Português no TEDH, por violação do artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) [47].

A primeira condenação portuguesa fundada neste artigo foi o caso *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*: um conhecido diário português publicou um editorial do director, no qual era ferozmente criticado um

---

[44] Ac. da RL de 29/10/1994 (Silva Salazar), Proc. n.º 0066526. Estava em causa a aquisição de uma casa por um político proeminente através de um empréstimo do seu partido político, com recurso a um benefício fiscal — noticiado sob o título, por ex., "Casa Nostra".

[45] Ac. da RL de 20/01/1994 (Moreira Camilo), Proc. n.º 085805. O cronista afirmou que a conduta do autor "*corresponde à típica maneira de ser do português e do jeito que tem para ser espertalhão*" e criou um neologismo com o seu nome ("*cadilhar*", de Cadilhe), cujo significado representa essa "*maneira de ser*".

[46] Ac. da RC de 11/10/2006 (Jorge Dias), Proc. n.º 833/04.9GAVNO.C1. Apesar de formar um precedente abstruso, admite-se que outros factos podem ter contribuído para reforçar a convicção dos juízes: em concreto, o arguido terá afirmado «*Eu participo de vocês e saem da Guarda num instantinho*», além de outras considerações que o tribunal não considerou provadas.

[47] Segundo José Renato Gonçalves, 2019, p. 1667: "*habituámo-nos a notícias de decisões do TEDH a condenar o Estado português*».

candidato à presidência da Câmara Municipal de Lisboa: "*Será inverosímil e grotesco — mas é verdadeiro. Nem nas arcas mais arqueológicas e bafientas do salazarismo seria possível desencantar um candidato ideologicamente mais grotesco e boçal*". A Relação condenou o director, por entender que "*grotesco*", "*boçal*" e "*alarve*" não se referiam apenas ao pensamento político do candidato, mas também à sua pessoa: «*o limite onde termina a liberdade de expressão e começa o insulto pessoal*». O Tribunal Constitucional (TC) negou provimento ao recurso do director, que dirigiu queixa ao TEDH. Na sua decisão, o TEDH relembrou que a liberdade de expressão é fundamento de uma sociedade democrática, mas o seu exercício "*está sujeito a formalidades, condições, restrições e sanções que todavia devem ser estritamente interpretadas*". Os limites — no caso, a "*protecção da reputação*" — são distintos na esfera política, atenta a ponderação do "*interesse da livre discussão das questões políticas*". Em concreto, considerou que as expressões utilizadas no editorial "*não contêm um ataque pessoal gratuito, porque o autor dá neles uma explicação objectiva*". O TEDH considerou relevante a existência de base factual: ao lado do editorial, foram reproduzidas excertos de artigo de opinião publicados pelo próprio candidato [48]. Além desta, há muitas outras condenações por motivos semelhantes [49].

De facto, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) tem seguido cada vez mais a corrente "moderna" ou "europeísta", "*mais permissiva à livre circulação de ideias e factos, em linha com o TEDH*" [50].

Há décadas, havia jurisprudência que afirmava que, perante uma colisão de direitos (artigo 336.º CC), o direito à honra deveria, em princípio, prevalecer sobre a liberdade de expressão, por ser um direito de personalidade [51] (o que estranhamos: o direito à liberdade de expressão e de opinião é, ele próprio, um direito de personalidade! [52]).

[48] *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, n.º 37698/97, de 8 de Junho de 2000. Cf. Ac. do TC n.º 113/97 (Bravo Serra).

[49] Por ex., recentemente, *Ferreira Victorino de Queirós c. Portugal*, n.º 26063/18, de 11 de Junho de 2024, na sequência de uma decisão na qual um jornalista foi condenado a quinze meses de prisão (pena suspensa) por falta de rigor.

[50] João Tornada, 2018, p. 143.

[51] Ac. do STJ de 08/03/2007 (Salvador da Costa), Proc. n.º 566/07.

[52] Por ex., neste sentido e no contexto de um mais amplo direito à liberdade, positiva e negativa, compreendendo liberdades físicas e morais, Orlando de Carvalho, 2017, p. 265.

Posteriormente, o STJ entendeu que não existira nenhuma hierarquia, em abstracto, visto terem ambos o mesmo valor jurídico [53]. Deve existir uma concordância prática — sendo aí acompanhado pelo TEDH, que admite uma margem de apreciação ao Estado, dentro de um justo equilíbrio (*fair balance*), em particular utilizando o critério da *necessidade numa sociedade democrática* ou se for considerado uma "*pressing social need*" [54].

De um certo ponto de vista, estas decisões seriam consequência de «[*u*]*ma mentalidade portuguesa de "respeito" fruto de uma herança civilizacional de um "igualitarismo aristocrático" transversal à Europa Ocidental*», ou — quem sabe — «*a cultura do* "respeitinho é muito bonito"» (*sic*), em que um sujeito, quando atinge «*certos lugares, entend[e] que t[e]m uma reputação acima de qualquer suspeita e recus[a]-se ao escrutínio público*» [55]. Estranhamos este raciocínio, porque deixa subentendido que as alterações na jurisprudência se deveram a factores pré-jurídicos — o que não é o caso.

No plano estritamente jurídico, esta transição não tem motivo. Os tribunais estão vinculados à CEDH há décadas. Há outro motivo. Como aponta António Henriques Gaspar, "*os Supremos Tribunais são órgãos de ajustamento do direito nacional à CEDH, tal como interpretada pelo TEDH; as decisões do TEDH têm, pois, e deve ser-lhes reconhecida, uma autoridade interpretativa*". Acrescenta o Autor: dá-se a "*perda de soberania judicial*", uma vez que há uma instância superior que põe em causa as decisões da jurisdição suprema nacional [56].

Ou seja, não houve uma alteração no perfil dos juízes, mas uma alteração no método utilizado pelos tribunais em matéria de liberdade de expressão, que passam a recorrer a directrizes do TEDH em detrimento da independência do juiz, da mesma forma que um juízo local cível recebe (por vezes acriticamente) jurisprudência do Tribunal da Relação, ou um intérprete a lei [57]. Até chegar ao cúmulo,

---

[53] Ac. do STJ de 31/01/2017 (Roquei Nogueira), Proc. n.º 1454/09.5TVLSB.L1.S1.

[54] Ac. do STJ de 20/04/2022 (Jorge Arcanjo), Proc. n.º 28126/17.4T8LSB.L1.S1; *PIHL c. Suécia*, n.º 74742/14, 7 de Fevereiro de 2017. Domingos Farinho & Rui Lanceiro, 2019, p. 1711.

[55] João Tornada, 2018, pp. 143 e 144; Francisco Teixeira da Mota, 2017, p. 184.

[56] António Henrique Gaspar, 2009, pp. 39 e 40.

[57] Admitindo tensões, mas rejeitando que está em causa "*uma limitação anti-soberanista a independência*", cfr. António Henrique Gaspar, 2009, p. 45.

da mais recente orientação do STJ. Por ex., em Acórdão de 2020, afirmou que a sua "*mais recente orientação jurisprudencial [...] tem entendido ser de exigir um juízo de prognose sobre a hipotética decisão que o TEDH adoptaria*" [58]. Segundo outro arresto, existiu uma "*inflexão da jurisprudência nacional*" que, dada "[*a*] *vinculação dos juízes nacionais à CEDH e á jurisprudência consolidada do TEDH*", passam a encarar a relação entre o direito ao bom nome e reputação e a liberdade de expressão e/ou informação de forma necessariamente diferente [59].

O que se pode apreender da evolução da jurisprudência do STJ?

Em primeiro lugar, a jurisprudência do STJ tem feito vindo a valorizar cada vez mais a liberdade de expressão, reclinada nas decisões do TEDH.

Em segundo lugar, ao contrário do que se poderia imaginar, não existe propriamente um novo método *português*: a solução destes casos passa ao lado da tradição do Direito pátrio, nomeadamente do Direito Civil. Repetimos: a jurisprudência portuguesa está para a jurisprudência do TEDH como o Tribunal da Relação está para o STJ, sendo aquela permeável (naturalmente) ao sentido das decisões europeias. O método não assenta num *logos*, mas num positivismo jurisprudencial (europeu). Não se pode coadunar o papel *criador* do intérprete (aliás: do juiz nacional) com um método de *prognóstico*, baseado nas decisões pretéritas do TEDH. Caso apareçam novas decisões do TEDH, a jurisprudência pode mudar — e apenas aí. Resumindo: o Direito Civil sai a perder. Já não se cria: apenas se recria. Cumpre-se literalmente a formulação realista do Juiz Oliver Wendell Holmes Jr., quando afirmava: "*The prophecies of what the court will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by law*" [60].

Em terceiro lugar, os diferentes sentidos decisórios põe a tónica em normativos distintos. A jurisprudência dita "*conservadora*" acentua o direito à honra, de uma perspectiva civil (artigo 70.º CC) e constitucional (artigo 26.º CRP); enquanto a jurisprudência "*europeia*" acentua o direito à liberdade de expressão (artigo 10.º CEDH).

---

[58] Ac. do STJ de 02/12/2020 (Fátima Gomes), Proc. n.º 24555/17.1T8LSB.L1.S1; no mesmo sentido, por ex., Ac. do STJ de 22/06/2023 (Fernando Baptista), Proc. n.º 156/21.9T8OLR.C1.S1.

[59] Ac. da RL de 23/05/2013 (Ondina Carmo Alves), Proc. n.º 5394/08.7TBOER.L1-2.

[60] Oliver Wendell Holmes, Jr., 1897, pp. 461.

Ora, a CEDH não consagra (expressamente, no mínimo) um direito subjectivo à reputação, mas apenas o direito à liberdade de expressão, tendo a "*protecção da honra*" como mera restrição.

De outra forma, é um limite imanente — o qual, segundo jurisprudência uniforme do TEDH (e, agora, do STJ), deve ser interpretado de forma restritiva [61]. Pelo contrário, nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira, a CRP consagra um "*direito a não ser ofendido ou lesado na sua honra, dignidade ou consideração social mediante imputação por outrem*" [62].

Esta diferença de paradigma fica mais clara quando analisamos o direito à reserva de intimidade de vida privada na jurisprudência do TEDH, em que já a liberdade de expressão carece de preponderância *a priori* [63]: o "*direito ao respeito pela vida privada e familiar*" encontra guarida no artigo 8.º CEDH, enquanto direito subjectivo autónomo.

Esta situação não é alheia ao próprio TEDH, que reconheceu a omissão, por ex. no acórdão *A. c. Norway* [64]. A omissão foi, aliás, deliberada [65]. Contudo, o TEDH já usou este artigo 8.º como base legal para um direito à reputação: afirma que "*vida privada*" deve ser interpretado de forma ampla, abrangendo a integridade física e moral da pessoa. Esta protecção apenas existe caso (i) o "*ataque à reputação de uma pessoa*" tenha suficiente gravidade e (ii) de forma a causar "*prejuízo*" para o gozo "*do direito ao respeito pela vida privada*" [66] (n.t.). O conceito de *vida privada* foi discutido e, por vezes, o TEDH já considerou que abrange a *reputação* [67]. Noutras ocasiões, não: por ex., em 2009, afirmou que "*a reputação apenas tinha sido considerada um direito independente esporadicamente […] e principalmente quando as alegações factuais eram de tamanha ofensa que a sua publicação tinha um inevitável efeito directo*

---

61 Por ex., Ac. do STJ de 22/06/2023 (Fernando Baptista), Proc. n.º 156/21.9T8OLR.C1.S1.

62 J. J. Gomes Canotilho & Vital Moreira, 2007, p. 466.

63 Segundo Elsa Vaz Sequeira, 2023, p. 17.

64 *A. c. Noruega*, n.º 28070/06, 9 de Abril de 2009, § 63, 1.ª parte.

65 Conselho Europeu, 1956, p. 3.

66 Entre outros, *GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus c. Suíça*, n.º 18597/13, 9 de Abril de 2018.

67 *Pfeifer c. Áustria*, n.º 12556/03, 15 de Novembro de 2007. Ainda, *v. g., Petrina c. Roménia*, n.º 78060/01, 14 de Outubro de 2008, e *Axel Springer AG c. Alemanha* [GC], n.º 39954, de 7 de Fevereiro de 2012.

na vida privada do requerente" (n.t.) — e esta jurisprudência não foi isolada [68]. As dificuldades na sua aplicação exponenciam-se quando se trata da reputação de *pessoas colectivas* ao abrigo do artigo 8.º [69]. Em síntese, o TEDH possui jurisprudência contraditória e confusa sobre o artigo 8.º (o que é natural), o que põe em causa um prognóstico de decisão [70].

9. <u>Internet: redes sociais, *blogs e memes*</u>. A Internet pode actualmente ser o desafio mais interessante que a liberdade de expressão enfrenta. A sua diferença face à imprensa escrita tornou grande parte da jurisprudência com mais de 10 a 15 anos virtualmente inútil. Em 1998, Ira Magaziner, consultor da administração Clinton, afirmou: "*A Internet é uma força para a promoção da democracia, porque a ditadura depende do controlo do fluxo de informação. A Internet torna isto muito mais difícil no curto prazo e impossível no longo prazo*" [71]. No mesmo discurso, propôs um modelo de internet livre de regulação — impostos, responsabilidade ou censura [72]. É um grande contraste face ao relatório de 2021 do Serviço de Estudos do Parlamento Europeu, sobre riscos-chave das redes sociais para a democracia: "*a difusão de informação falsas nas redes sociais pode prejudicar a capacidade dos cidadãos para formar e expressar as suas visões políticas*" [73]. Parece que o tempo tornou evidente não ser recomendável uma Internet absolutamente desregulada.

A difusão de informação na Internet é mais simples: ao contrário da imprensa escrita, não acarreta um custo marginal — ou seja, enviar para um ou para mil tem o mesmo custo — e o leque de potenciais destinatários é muito maior. Igualmente, as fronteiras nacionais são praticamente irrelevantes. Tudo isto é novo [74].

---

[68] *Karako c. Hungria*, n.º 39311/05, 28 de Abril de 2009, reafirmado em *Polanco Torres e Movilla Polanco c. Espanha*, n.º 34147/06, 27 de Setembro de 2010.

[69] Cf. a jurisprudência recente (mas dúbia, ainda que, na nossa opinião, correcta) do *OOO Regnum c. Rússia*, n.º 22649/09, de 8 de Setembro de 2020, § § 62 a 66. Sobre casos anteriores a este, David Archeson, 2018.

[70] Tanya Aplin/Jason Bovland, *apud* David Archeson, 2018.

[71] Jack Goldsmith, 2018.

[72] Com a relevante ressalva dos direitos de propriedade intelectual no comércio electrónico, que careciam de "forte protecção". David Pozen, 2018.

[73] European Parliamentary Research Service, 2021, p. I.

[74] Robert Post, 2023. Não obstante, as fronteiras são relevantes do ponto de vista jurídico, tendo em conta a ausência de harmonização de Direitos substantivo e

Ao longo do tempo, o próprio TEDH já se deu conta desta circunstância e, nos últimos 15 anos, teve uma grande evolução.

Por exemplo, no acórdão *Animal Defenders International c. Reino Unido* (2013), estava em causa (i) a proibição da exibição de uma publicidade política na televisão e (ii) a sua posterior partilha na internet. Foi alegado que existia uma contradição entre a proibição e a possibilidade de partilha na internet, uma vez que esta ganhava um alcance que a televisão não tinha. A questão foi lateral e 9 contra 8 juízes consideraram que a proibição em causa era compatível com o artigo 10.º CEDH. Contudo, em voto de vencido, três juízes concordavam que a evolução da internet e das redes sociais punha em causa a adequação daquelas medidas restritivas [75].

A questão colocou dúvidas interessantes. De facto, se as redes sociais são um instrumento mais "*poderoso*", segundo o TEDH, para difundir informação, isto justificaria restrições *mais gravosas* para a internet do que para a imprensa escrita ?[76] Só há duas respostas possíveis.

A resposta afirmativa esbarra com uma limitação práctica: a regulação da internet nos mesmos termos que a imprensa escrita é, por vários motivos, inverosímil. O TEDH já teve a possibilidade de afirmar que ela "*não está e potencialmente nunca estará sujeita às mesmas regulações e controlo*" que a imprensa escrita, apesar dos riscos mais elevados que acarreta [77].

Aliás, a escala da Internet torna-a incompatível com a lei: enquanto a aplicação de uma norma jurídica dependeria do exercício da inteligência humana, o volume de denúncias atinge os vários milhões. Por ex., no último quartel de 2024, apenas o Facebook removeu 6,4 milhões de conteúdos por discurso de ódio. O recorde foi atingido entre Abril e Junho de 2021, com 31 milhões de conteúdos removidos. Nenhum tribunal conseguiria aguentar este tipo de volume, nem a inteligência humana consegue funcionar a esta escala [78].

---

processual em questões plurilocalizadas. Neste sentido, Domingos Farinho & Rui Lanceiro, 2019, p. 1711.

[75] *Animal Defenders International c. Reino Unido* [GC], n.º 48876, 22 de Abril de 2013.

[76] Domingos Farinho & Rui Lanceiro, 2019, p. 1701.

[77] *Conselho Editorial do Pravoye Delo e Shtekel c. Ucrânia* [GC], n.º 33014, 5 de Agosto de 2011.

[78] Niva Elkin-Koren, *apud* Robert Post, 2023.; Statista Research Department, 2025.

Estas limitações práticas implicam uma tutela mais limitada do direito à honra — e uma liberdade de expressão simetricamente mais ampla? No acórdão *Delfi* (2015), o TEDH considerou que, por princípio, não: "*a possibilidade de impor responsabilidade por discurso difamatório ou de outra forma ilícito deve, em princípio, ser retida, constituindo um remédio efectivo para a violação de direitos de personalidade*" [79] (n.t.). Relativamente à reserva de vida privada (art. 8.º), teve oportunidade de defender que as características particulares da Internet implicavam um risco de ofensas *mais graves* [80].

Não obstante, tendo em conta a bitola mínima de gravidade para considerar a violação, o TEDH já relembrou que são diariamente publicados "*milhões de comentários*" em redes sociais e que muitos podem ser "*vistos como ofensivos ou até difamatórios. Contudo, a maioria destes comentários deve ser demasiado trivial em carácter, e/ou a extensão da sua publicação deve ser demasiado limitada, para*" o dano ser considerado suficientemente grave para a reputação. Por isso, a maioria dos comentários será considerado "*vulgar abuse*", "*comum na comunicação de muitos portais da Internet*" [81]. Nesse sentido, as violações do direito à honra devem ser consideradas *especialmente graves* no contexto de redes sociais — ilação com que, nomeadamente por motivos práticos, tendemos a concordar [82].

Contudo, no último arresto citado, estavam em causa *juízos de valor*. Na nossa opinião, não seria aceitável idêntica conclusão relativamente a *afirmações falsas*, uma vez que, nesses casos, em princípio, não há que falar de gravidade: caso provoquem danos à reputação (o que pressupõe a sua difusão), não existem mentiras irrelevantes [83].

Em todo o caso, o tribunal deve ter cautela: o TEDH já considerou que os *bloggers* e utilizadores de redes sociais populares têm um papel essencial em sociedades democráticas — como a imprensa —, enquanto vigilantes públicos (*public watchdogs*) [84]. Nesse sentido, a protecção excessiva do direito à honra pode inibir os vigilantes.

---

79 *Delfi AS c. Estónia* [GC], n.º 64569/09, de 12 de Junho de 2015, § 110.

80 *Idem*, § 133. *Arnarson c. Islândia*, n.º 58781/13, de 13 de Setembro de 2017, § 37.

81 *Tamiz c. Reino Unido*, n.º 3877/14, de 19 de Setembro de 2017, § § 80 e 81.

82 Recentemente, foi mediático o Acórdão do STJ de 05.12.2024 (Ana Cristina Cardoso), Proc. n.º 1633/22.0T9LSB.L1-5, em que o arguido publicou um *tweet* advogando a "*prostituição forçada*" de mulheres de determinado grupo político.

83 Em sentido semelhante, Domingos Farinho & Rui Lanceiro, 2019, p. 1719.

84 *Rebechenko c. Rússia*, n.º 10257/17, de 16 de Abril de 2019.

Parece-nos que, no plano civil, isto deve ser assim inclusivamente no que toca à qualificação de um juízo como sendo *de facto* ou *de valor*. Mas notamos a desconfortável contradição entre (i) a preocupação generalizada com desinformação nas redes sociais e (ii) a consideração (pelo próprio TEDH) de utilizadores de redes sociais e *bloggers* como vigilantes públicos.

Qual é o papel das plataformas digitais? Tradicionalmente, plataformas são isentas de responsabilidade pelo que os utilizadores publicam, o que apoiou a enorme expansão da Internet [85]. Recentemente, o artigo 6.º do Regulamento dos Serviços Digitais abordou este tema no Direito europeu, com a novidade de resolver o chamado "Paradoxo do Bom Samaritano" (segundo o qual a isenção de responsabilidade cessava em plataformas digitais que procurassem fiscalizar conteúdos ilegais — o que já não é o caso) [86]. Essencialmente, apenas caso tenha *conhecimento da ilicitude* é que as plataformas digitais podem ser responsáveis pela actividade ou conteúdo ilegal dos utilizadores (n.º 1, *a contrario*).

A questão coloca-se quando a plataforma não é neutra ("*puramente técnico, automático e passivo*") perante a afirmação que se lhe coloca [87].

Aqui é paradigmático o caso *Delfi*: um portal *online* de notícias da Estónia permitia que os utilizadores adicionassem comentários às notícias. O TEDH considerou que grandes plataformas de notícias online, geridas com base comercial, que publicava notícias e convidava utilizadores a comentar, não era neutra — não se lhe aplicando a isenção. Ora, vinte comentários a uma notícia continham "*ameaças pessoais e linguagem ofensiva*", sendo "*discurso claramente ilegal*". A Delfi apenas os removeu seis semanas depois, no dia em que recebeu uma comunicação do visado acerca dos comentários. O TEDH considerou que a Delfi os devia ter prevenido e, após a sua descoberta, retirado (por iniciativa própria, e não do lesado) [88].

Posteriormente, no caso *MCE*, foi diferente: o discurso foi apenas "*ofensivo e vulgar*" e não o "*claramente ilegal*". Nesse contexto, o TEDH determinou cinco critérios para avaliar a proporcionalidade

---

[85] Sobre o tema no Direito americano, nomeadamente a famosa *Section 230* do *Communications Decency Act*, cf. Jeff Kosseff, 2019.

[86] Nuno Sousa e Silva, 2021, pp. 87 e ss.

[87] Ac. de 23 de Março de 2010, *Google*, C-236/08 e C-23/08, ECLI:EU:C:2010:159, § 114.

[88] *Delfi AS c. Estónia* [GC], n.º 64569/09, de 12 de Junho de 2015, § 110.

de uma interferência à liberdade de expressão. A saber: (i) o contexto e o conteúdo dos comentários, (ii) a responsabilidade dos autores dos comentários, (iii) medidas tomadas pelo requerente e conduta do lesado, (iv) consequências dos comentários para o lesado e (v) consequências para o requerente [89]. Estes critérios têm vindo a ser reutilizados pela jurisprudência do TEDH.

10. Conflito de direitos: *a liberdade de expressão; a liberdade de imprensa*. Jornais, tablóides e revistas cor-de-rosa. Do ponto de vista jurídico, há um tratamento *distinto* da liberdade de *imprensa*. Num artigo relevante, Figueiredo Dias mencionava a "função pública" da imprensa, a qual merecia tutela constitucional em determinado âmbito — que não se aplicaria "*em domínios como os do simples entretenimento*". A actividade continuaria lícita, mas deixaria de assumir esta função *pública* — e, por isso, de merecer o mesmo nível de tutela constitucional [90]. Tem o mesmo significado que acima, quando o TEDH regularmente fala em "vigilantes públicos". O STJ já a utilizou a propósito de notícias (evidentemente), mas também artigos de opinião [91].

O direito de informação — nesta perspectiva *funcional pública* — não serve, *tout court*, como justificação de uma violação do direito à honra: segundo Figueiredo Dias, exige-se determinado *conteúdo*, mas também *condições concretas do seu exercício*.

Não obstante, o jornalismo não é teórico: existe em condições reais. Seria uma ficção, por ex., querer um jornalismo neutro: entre o puro *relato* dos factos e o *comentário* a seu propósito (no sentido de uma tomada de posição), existe uma natural *análise dos factos* que os coloca em perspectiva: "*por que ocorreram, por que aconteceram*", "*consequências possíveis*". É natural que os vários jornais sigam critérios editoriais, ditados por factores temporais, geográficos, sociais e culturais, mas também (em certa medida) comerciais [92]. A liberdade de expressão do jornalista está protegida até nos casos em que "*ofenda, choque ou perturbe o Estado ou qualquer secção da comunidade*" [93].

---

89 *TEM* c. *Hungria*, n.º 22947/13, de 2 de Fevereiro de 2016.
90 Jorge de Figueiredo Dias, 1983, pp. 136 e 137.
91 Ac. do STJ de 13/07/2017 (Lopes do Rego), Proc. n.º 3017/11.6TBSTR.E1.S1.
92 J.-M. Nobre Correia, 2018, pp. 24 e ss. Neste sentido, Ac. do STJ de 10.12.2019 (Ilídio Sacarrão Martins), Proc. n.º 16687/16.0T8PRT.L1.S1.
93 *Prager e Oberschlick c. Áustria*, n.º 15974/90, 26 de Abril de 1995, § 38.

Contudo, a actividade do jornalista está sujeita a uma malha normativa mais ou menos densa: desde logo, o Estatuto do Jornalista (Lei n.º 1/99, de 13 de Janeiro, *maxime* art. 14.º), a Lei da Televisão (Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho) e a Lei da Imprensa (Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro) [94]. Os seus deveres serão relevantes para o intérprete, na avaliação da diligência exigível [95] e o TC já considerou admissível a interpretação segundo a qual basta "*culpa inconsciente ou abaixo da mediania do jornalista*" para gerar uma obrigação de indemnizar [96]. Por isto, não parece *prima facie* aceitável que o jornalista utilize critérios de urgência na publicação da notícia para justificar o incumprimento dos seus deveres. Já se um jornal utilizar uma grande agência noticiosa ou um jornal de ampla tiragem como fonte, dificilmente poderá ser solidariamente responsável com este/esta.

Notamos, em especial, que a empresa jornalística é solidariamente responsável pelos factos ilícitos civis causados pelo autor (artigo 29.º/2 do Lei da Imprensa), sendo discutido se esta responsabilidade é objectiva [97].

Por fim, o TEDH tem vindo a defender (e bem) que é necessária cautela na atribuição de indemnizações: caso sejam de elevado valor (como já sucedeu em Portugal), criam facticamente um entrave à liberdade de expressão, por dissuadirem economicamente a imprensa. Por isso, já considerou que a mera procedência da queixa pode ser compensação suficiente relativamente a danos não-patrimoniais [98].

BIBLIOGRAFIA

Albuquerque, Pedro Pinto de (2015). *Comentário do Código Penal* (3.ª Ed). UCE.

Alexandrino, José de Melo (2010). Sim ou não ao recurso de amparo? *Julgar*, *11*. Almedina.

Andrade, Manuel da Costa (1995). *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal — Uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra Editora.

[94] Complementados ainda pelo Regulamento (UE) 2024/1083 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Abril de 2024 (Regulamento Europeu relativo à Liberdade dos Meios de Comunicação Social, ou *Media Freedom Act*).

[95] Por ex., Ac. da RL de 25/06/2009 (Ondina Carmo Alves), Proc. n.º 486/2002.L1-2.

[96] Ac. do TC, n.º 292/2008 (Ana Guerra Martins).

[97] Em sentido negativo, Ac. do STJ de 15/03/2022 (António Barateiro Martins), Proc. n.º 405/14.0TBSTS.P1.S1.

[98] *Lingens c. Áustria*, n.º 9815/82, 8 de Julho de 1986, e *Almeida Fernandes e Almeida Fernandes c. Portugal*, n.º 31566/13, 17 de Janeiro de 2017.

Archeson. David (2018). Do companies have a right to reputation under the European Convention of Human Rights, Part 1. *Inform's Blog*. inform.org.

Ataíde, Rui Mascarenhas (2023). *Direito da Responsabilidade Civil* (1.ª Ed.). Gestlegal.

Bessa, Daniel Melo (2022). *Da ressarcibilidade dos danos puramente patrimoniais no Direito Delitual Português*. Dissertação de Mestrado, FDUP.

Canotilho, J. J. Gomes & Moreira, Vital (2007). Constituição da República Portuguesa Anotada (4.ª Ed., vol. *I)*. Coimbra Editora.

Cordeiro, António Menezes (2010). *Tratado de Direito Civil português* (Livro II, Tomo III). Almedina.

Cordeiro, António Menezes (2017), *Tratado de Direito Civil* (1.ª Ed., vol. VIII). Almedina.

Correia, J.-M. Nobre (2018). *Teoria da Informação Jornalística*. Almedina.

Correia, Valentina Correia (2023). A *Tutela da Honra e a Liberdade de Expressão*. Dissertação de mestrado. UCP.

Costa, M. J. Almeida (2009). *Direito das Obrigações* (12.ª Ed.). Almedina.

Dias, Jorge de Figueiredo (1983). Direito de Informação e Tutela da Honra no Direito Penal da Imprensa Português. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, *115*.

Eco, Umberto (2017). O *Signo* (1.ª Ed.). Presença.

European Parliamentary Research Service (2021). *Key social media risks to democracy*. União Europeia.

Farinho, Domingos & Lanceiro, Rui (2019). Liberdade de expressão na Internet. Albuquerque, Paulo Pinto de (Org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*" (Vol. II). UCE.

Frada, Manuel Carneiro da; Vasconcelos, Maria João Pestana de (2018). Danos económicos puros — Ilustração de uma problemática. *Forjar o Direito* (pp. 161 e 162). Almedina.

Gaspar, António Henriques (2009). A influência da CEDH no diálogo interjurisdicional. *Julgar*, *7*. Almedina.

Goldsmith, Jack (2018). The Failure of Internet Freedom. Columbia. *Knight First Amendment Institute*. Knight University. knightcolumbia.org.

Gomes, Júlio Vieira (2019). Liberdade de expressão do trabalhador subordinado. Albuquerque, Paulo Pinto de (Org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais* (Vol. II). UCE.

Gonçalves, José Renato (2019). Liberdade de imprensa. Albuquerque, Paulo Pinto de (Org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais* (Vol. II). UCE.

Guichard, Raul (2016). A elaboração do Código Civil de 1966. Sua génese, sistematização e técnica legislativa. Em especial, a adoção de uma Parte geral. Sequeira, Elsa Vaz, & Sá, Fernando Oliveira e (Coords.), *Edição comemorativa do cinquentenário do Código Civil* (p. 69-110), UCE.

Holmes, Jr., Oliver Wendell (1897). The Path of the Law. *Hardvard Law Review*, *10(8)*.

Jorge, Fernando Pessoa (1995). *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Almedina.

Larenz, Karl (1994). *Lehrbuch des Schuldrechts* (13.ª Ed., vol. II). Beck.

Leitão, Adelaide Menezes (2009). *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais* (1.ª Ed.). Almedina.

Leitão, Luís Menezes Leitão (2008). *Direito das Obrigações* (7.ª Ed., vol. *I)*. Almedina.
Lima, Pires de; Varela, J. Antunes (2011). *Código Civil Anotado* (4.ª Ed., vol. *I)*, Coimbra Editora.
Lopes, Sónia Kietzmann (2014). Direitos fundamentais e direitos de personalidade do trabalhador à luz do Código do Trabalho. CEJ, *Direitos fundamentais e de personalidade do trabalhador* (2.ª Ed.). CEJ. cej.justica.gov.pt
Machado, Jónatas (2002). *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra Editora.
Matos, Filipe Albuquerque (2011). *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome* (1.ª Ed.). Almedina.
Monteiro, Jorge Sinde (2005). Rudimentos da responsabilidade civil. *RFDUP*, *2*. FDUP.
Monteiro, Jorge Sinde (2018), Os danos puramente patrimoniais: A propósito do caso ACP v. Casa da Música/Porto 2001, S.A. Paz, Margarida; Rodrigues, Gabriela Cunha; & Costa, Patrícia, *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*. CEJ.
Mota, Francisco Teixeira da (2016*). A Liberdade de Expressão em Tribunal (1.ª* Ed.). Fundação Francisco Manuel dos Santos.
Mota, Francisco Teixeira da (2017). Liberdade de Expressão — Jurisprudência do TEDH e os Tribunais Portugueses. *Julgar*, *32*. Almedina.
Post, Robert (2023). Democracy and the Internet. *Balkinization*. balkin.blogpost.com.
Pozen, David (2018). The De-Americanization of Internet Freedom. *Lawfare*. lawfaremedia.org.
Prata, Ana (2017). Artigo 484.º *Código Civil Anotado* (1.ª Ed., vol. *I)*, Almedina.
Sequeira, Elsa Vaz (2019). Artigo 484.º Proença, José Brandão (Coord.), *Comentário ao Código Civil — Direito das Obrigações*. UCE.
Sequeira, Elsa Vaz (2023). Responsabilidade civil por lesão da honra e da vida privada. CEJ/Revista de Direito da Responsabilidade (Org.), *Seminário de Responsabilidade Civil em Revista 2021/2022*, CEJ/Revista de Direito da Responsabilidade.
Serra, Adriano Vaz (1960). Requisitos da responsabilidade civil". *BMJ, 92*.
Silva, Nuno Sousa e (2021). Novas regras para a Internet: notas breves sobre iniciativas europeias de regulação de plataformas digitais. *Revista de Direito Intelectual*, *1*. APDI.
Statista Research Department (2025). Actioned hate speech content items on Facebook worldwide from 4th quarter 2017 to 3rd quarter 2024. *Statista*. statista.com.
Tornada, João (2018). "Liberdade de expressão ou "liberdade de ofender"? — o conflito entre a liberdade de expressão e de informação e o direito à honra e ao bom nome. O *Direito*, *150*. CIDP.
Varela, J. Antunes (2008). *Direito das Obrigações*, (10.ª Ed., vol. *I)*. Almedina.

DIREITO, COMPUTAÇÃO QUÂNTICA E IA
DA INVESTIGAÇÃO À REGULAÇÃO

Cláudia Lima Costa *

"I hope you can accept Nature as she is — absurd".

RICHARD FEYNMAN

Abstract: *The purpose of this article is to critically examine the evolution of quantum computing and its intersection with artificial intelligence, as well as to evaluate the lessons that can be drawn from artificial intelligence regulation for the future governance of quantum computing.*
To achieve this, we begin in the first part by explaining what quantum computing is, then proceed to discuss its intersection with artificial intelligence, its primary applications, and its current state of development. Next, we highlight the key legal risks and challenges identified by scholars, and finally, we conclude with a critical analysis of how artificial intelligence regulation can be applied.

Resumo: O objeto do presente artigo é acompanhar de forma crítica a evolução da computação quântica e a sua interseção com a Inteligência Artificial e verificar que lições se podem retirar do Regulamento da Inteligência Artificial para a regulação futura da computação quântica. Para tal, na primeira parte, começamos por explicar o que é a computação quântica, depois passamos à sua interseção com a inteligência artificial, as suas principais aplicações e estado de desenvolvimento. De seguida, elencamos os principais riscos e desafios jurídicos que têm sido apontados pela doutrina, e por fim, terminámos com uma análise crítica de aplicação do Regulamento da Inteligência Artificial.

* CIJ-FDUP, LIACC-FEUP e Bolseira FCT.

Keywords: Quantum computing; artificial intelligence; AI ACT; cryptography; superposition; quantum artificial intelligence.

Palavras-chave: Computação Quântica; Inteligência Artificial; Regulamento da Inteligência Artificial; criptografia; superposição; Inteligência Artificial Quântica.

Introdução: A Inteligência Artificial (IA) tem estado no centro do debate jurídico atual. Desde a aprovação e entrada em vigor do Regulamento para a IA (RIA) que as entidades europeias, empresas, cidadãos têm tentando perceber de que forma é que este regulamento poderá ser aplicado aos sistemas de IA por ele abrangidos. A dificuldade deve-se, sobretudo, ao grau de complexidade técnica que estes sistemas apresentam, por serem opacos, imprevisíveis e difíceis de supervisionar por humanos. Existe uma outra tecnologia para a qual devemos voltar a nossa atenção, a computação quântica e a sua interseção com a IA. O que fazer? Ignorar e deixar que estas tecnologias quânticas avancem sem a nossa supervisão, ou aprender com o RIA e ir monitorizando este desenvolvimento para que possamos entender se o elevado grau de complexidade, opacidade e imprevisibilidade que estas podem apresentar poderão ser devidamente cobertas pelo RIA ou se já antecipámos uma necessidade de revisão futura. Este estudo está longe de ser um estudo completo. Por um lado, estamos perante tecnologias difíceis de compreender e que ainda apresentam um elevado grau de instabilidade, por outro lado, ainda estamos a tentar perceber como é que o RIA se aplica a uma tecnologia em constante desenvolvimento, pelo que, mais meses ou anos terão que passar, para entendermos o verdadeiro impacto da Computação Quântica e da interseção da IA e da Computação Quântica em termos regulatórios. Para já, ficam breves notas que nos possam guiar no que aí virá.

1. DA QUÂNTICA À COMPUTAÇÃO QUÂNTICA

A computação quântica é um campo multidisciplinar que implica, entre outras, uma relação entre a física quântica e a computação. O cruzamento de ambos os saberes tem demonstrado um enorme potencial para resolver alguns problemas complexos, como a fatoração de inteiros, a otimização combinatória ou a resolução de equações diferenciais [2]. Além disso, recentemente tem demonstrado que também ajuda na evolução e aperfeiçoamento da IA e vice-versa [3].

A mecânica quântica é a área da física que estuda o comportamento de partículas microscópicas, tais como, os eletrões e os fotões, e o modo como estas interagem e como interagem com o meio

[2] Grabowska e Gunia, 2024, p. 2.
[3] Xiao, Zhai, Huang, *et al*., 2024, p.1.

ambiente [4]. O modo de comportamento destas partículas não obedece às regras dos objetos com os quais contactamos diariamente (e objeto de estudo da quântica clássica); aliás, as regras da física quântica parecerão estranhas ao ser humano, entrando no mundo diferente de probabilidades e fenómenos que para nós são contraintuitivos [5].

Quântica significa "quantidade de algo" (do inglês, *chunks*), pode dizer-se que são as "mais pequenas partes em que podemos dividir algo", e cada uma dessas partes pode ainda subdividir-se em partes mais pequenas [6].

As partículas microscópicas têm propriedades específicas que à partida são difíceis de compreender, mas que são cruciais para que possamos perceber o que está na base da conceção e funcionamento do computador quântico. Para o estudo destas propriedades contribuíram grandes nomes, como, Albert Einstein, Max Planck, Niels Bohr, Erwin Schrodinger e Werner Heinsenberg.

Comecemos pelo princípio da incerteza e avancemos com uma explicação simples, sem pretender abarcar aqui a complexidade do princípio, mas apenas cumprindo o propósito deste artigo. Este princípio traduz-se na ideia de que é fisicamente impossível conhecer o mundo físico com total precisão. Existe uma qualidade antagónica que expressa este princípio: quanto mais precisamente se mede uma coisa, menos precisa será a medição da outra porque a medição é um ato físico e, portanto, medir um objeto requer interagir com esse objeto, o que influencia o seu estado quântico [7].

As partículas quânticas não têm uma localização específica. A mesa que está no nosso escritório e que observámos quando lá entrámos, esteve sempre na mesma localização, porque ninguém interagiu com ela e não a mudou de local, mesmo quando não estávamos a observá-la diretamente. O mesmo não se passa com as partículas quânticas, estas partículas não têm uma localização específica até as observarmos. Elas só passam a ter uma localização específica quando são medidas ou observadas por nós, sendo obrigadas a interagir com quem a mede e a fixa naquele momento preciso. Portanto, até que seja medida num dado momento específico, a sua localização será

[4] Clegg, 2021, pp. 49 e ss.
[5] Clegg, 2021, pp. 49 e ss.
[6] Clegg, 2021, pp. 49 e ss.
[7] Jay e Garfinkel, 2022, p. 26.

sempre uma probabilidade [8]. A probabilidade não pode aqui ser entendida no seu sentido comum. Nos exemplos de moedas lançadas ao ar, normalmente pensamos numa probabilidade de 50%, mas até vermos se saiu cara ou coroa, a probabilidade de uma ou de outra será de 100% em termos quânticos [9].

A superposição significa que a partícula quântica tem probabilidades simultâneas de estar em todas as suas diferentes posições [10]: o que muitas vezes é referido como "estar em dois lugares ao mesmo tempo". Como até ser medida, nós não sabemos a localização exata da partícula, ela tem várias probabilidades de estar em diferentes posições ao mesmo tempo até ser medida [11]. Atentemos ao seguinte exemplo: o estado de uma moeda lançada ao ar por um árbitro num evento desportivo. A moeda pode cair com a face para cima ou para baixo. Até que o árbitro e os jogadores saibam o resultado, ambos os desfechos são igualmente possíveis. No entanto, um lançamento de moeda não é verdadeiramente um exemplo de superposição quântica, pois há maneiras de o mundo exterior conhecer o estado da moeda antes que o árbitro o revele. Um lançamento de moeda quântico e aleatório teria que ser verdadeiramente imprevisível e imune a quaisquer tentativas de observação por parte do espetador ou de um árbitro corrupto. No entanto, esse processo imporia certas restrições ao árbitro. Seria necessário isolar o lançamento quântico da moeda do ruído e da energia do universo, para que nenhuma interferência pudesse afetar a aleatoriedade. Vamos trocar a moeda para uma partícula de urânio e dois contadores Geiger dentro de uma sala especial e selada. À medida que o urânio emite espontaneamente e de forma aleatória quanta individuais de radiação, um contador Geiger regista um clique. Um dos contadores é rotulado como "cara", o outro como "coroa". O árbitro liga ambos os contadores Geiger exatamente ao mesmo tempo e regista qual deles clicou primeiro. O urânio, o árbitro e os contadores Geiger estão numa superposição de dois estados: um em que o contador Geiger de "cara" clica primeiro e outro em que o de "coroa" clica primeiro. Até que o árbitro saia da sala e interaja com o resto do universo, ambos os resultados continuam igualmente possíveis,

8 Clegg, p. 47 e ss.
9 Clegg, 2021, pp. 47 e ss.
10 Clegg, 2021, pp. 59 e ss.
11 Clegg, 2021, pp. 59 e ss.

mesmo muitos segundos (ou até horas) depois de os contadores Geiger terem sido ativados [12].

O *spin* quântico significa que a partícula só pode ser medida para cima e para baixo na direção em que é medida. Isto sucede porque a partícula "vem em pedaços" (do inglês, *chunks*) [13]. Juntando as duas propriedades já referidas, antes da medição, a partícula estaria na superposição dos seus estados, para cima e para baixo ao mesmo tempo [14].

A polarização está associada a uma determinada direção de um fotão que tende a estar num estado de superposição [15].

O emaranhamento (do inglês, *entanglement*) reflete a capacidade de as partículas emaranhadas estarem, de alguma forma, ligadas a nível quântico, mesmo estando separadas no espaço físico e sem qualquer meio conhecido de comunicação entre si [16]. Em resultado disso, a mudança de uma partícula reflete-se imediatamente na outra, embora estejam distantes uma da outra [17]. Aliás, a medição de uma partícula afeta, de alguma forma, outra partícula distante [18]. O emaranhamento é uma técnica utilizada na metrologia e deteção, para coordenar conjuntos de qubits e a distribuição segura de chaves de encriptação [19].

Estas propriedades são relevantes para entendermos o que se chama de computação quântica.

Em 1980, Paul Benioff idealizou o conceito teórico de um computador quântico. Mais tarde, Richard Feynman propôs que os problemas quânticos fossem resolvidos num computador baseado na mecânica quântica, em vez de um baseado na física clássica, nascendo assim em 1981, num evento que teve lugar no MIT Endicott House Conference Center, a computação quântica [20].

Antes de prosseguirmos com a explicação do computador quântico, atentemos ao computador clássico que conhecemos desenhado por John von Neumann. O computador tradicional é composto

[12] Exemplo retirado Jay e Garfinkel, 2022, p. 29.
[13] Clegg, 2021, pp. 95 e ss.
[14] Clegg, 2021, pp. 95 e ss.
[15] Clegg, 2021, pp. 95 e ss.
[16] Jay e Garfinkel, 2022, p. 27.
[17] Clegg, 2021, pp. 95 e ss.
[18] Jay e Garkinkel, 2022, p. 27.
[19] Jay e Garkinkel, 2022, p. 27.
[20] Jay e Garkinkel, 2022, p. 122.

pela unidade de processamento central (CPU), a memória, para manipular e armazenar dados, respetivamente. O CPU divide-se ainda entre a unidade de controlo que diz às outras partes do computador o que fazer e assegura que as operações ocorrem na ordem correta e a unidade lógica e aritmética que trata das funções matemáticas básicas e lógicas. Existe ainda um dispositivo de entrada através do qual os dados entram na memória e o dispositivo de saída onde os resultados produzidos durante a computação são mostrados ao utilizador [21].

A unidade básica da informação no computador clássico é o bit e representa-se por dois estados binários, 0 ou 1. Os processadores e as memórias dos computadores tradicionais são compostos por transístores que podem ter carga elétrica e que representam esses números binários. A informação entra através de operadores lógicos nas portas de AND, NOT e OR, circula, fica armazenada ou é depois processada e dá origem a um *output*.

Os computadores clássicos estão de certa forma baseados na mecânica quântica porque utilizam o fluxo de electrões para a quantização da carga elétrica. Porém, tudo é feito para que estes electrões se comportem como se fossem objetos clássicos, sujeitos às regras clássicas da física. Sucede que, novas soluções teriam que ser pensadas, por um lado, o tamanho das estruturas na litografia de semicondutores se tornava cada vez menor, as paredes dos canais começaram a ficar cada vez mais finas, correndo-se o risco de que os electrões pudessem escapar, e por outro lado, haveria o risco do abrandamento do avanço da Lei de Moore [22].

É neste contexto que a ideia de Feynman se torna verdadeiramente revolucionária sugerindo que se abrace as propriedades destas partículas. Até então, em vez de se criarem computadores regidos pela probabilidade, construíam-se máquinas determinísticas. No computador clássico, este gera sempre o mesmo resultado para a mesma entrada, caso contrário, existirá um erro. Este tipo de computadores determinísticos são o ideal para executar folhas de cálculo ou escrever documentos, mas não analisam sistemas quânticos, como a química de uma molécula [23].

[21] Clegg, 2021, pp. 95 e ss.
[22] Jay e Garfinkel, 2022, p. 122.
[23] Jay e Garfinkel, 2022, p. 124.

No computador quântico o armazenamento e o processamento da informação que entra no computador é feito de forma diferente do computador clássico. A unidade básica de informação é o qubit. O qubit é constituído por mecanismos que "prendem" as partículas quânticas num determinado espaço, sendo que depois as propriedades destas partículas e que acima foram explicadas são usadas para armazenar e processar informação [24].

Como já referido, o bit armazena a informação através de carga elétrica que está nos transístores e traduz-se em 0 ou 1 [25], mas na física quântica o estado de um sistema é indeterminado até ser medido, pelo que, antes da medição, o estado de um sistema é expresso em termos da probabilidade de estar em cada um dos possíveis estados. Como resultado, o qubit não tem um valor fixo de 0 ou 1, mas sim uma combinação linear, ou seja, uma superposição, dos estados base $|0\rangle$ e $|1\rangle$, onde os estados $|0\rangle$ e $|1\rangle$ são os equivalentes quânticos dos estados 0 e 1 da física clássica. Esta probabilidade de estar em cada estado possível pode ser expressa de forma simples por uma função linear $|\psi\rangle = \alpha|0\rangle + \beta|1\rangle$, onde ψ é uma onda de probabilidade que indica a probabilidade de uma partícula estar num determinado estado após a medição, e os coeficientes α e β são números complexos que representam as probabilidades de a partícula estar nos estados $|0\rangle$ e $|1\rangle$, respetivamente [26].

Em 1946, Felix Bloch demonstrou que o qubit poderia ser representado como um ponto numa esfera tridimensional complexa a que se chama de esfera de Bloch. Como existe um número infinito de pontos na esfera de Bloch, teoricamente, um único qubit pode armazenar uma quantidade infinita de informação [27].

Os computadores quânticos não resolvem problemas complexos testando todas as soluções possíveis ao mesmo tempo. O que eles fazem é utilizar simultaneamente todos os qubits que tem, ou seja, todos os qubits calculam em paralelo [28].

A forma como acedemos à informação num computador clássico e num computador quântico é bastante distinta. Na computação clássica, cada bit possui um estado bem definido, sendo sempre 0 ou 1,

[24] Clegg, 2021, pp. 95 e ss.
[25] Clegg, 2021, pp. 95 e ss.
[26] Grabowska e Gunia, 2024, p.8
[27] Grabowska e Gunia, 2024, p.8
[28] Jay e Garfinkel, 2022, p. 123.

e pode ser lido a qualquer momento sem alterar a informação armazenada. Isso permite a extração de dados sem perturbar o sistema.

Nos sistemas quânticos, os qubits podem estar em superposição, logo, para obter informações de um sistema quântico, é necessário realizar uma medição de uma grandeza física observável, a partir da qual se determina um valor binário associado à base computacional. No entanto, este processo de medição provoca o colapso do sistema quântico para um dos seus estados possíveis, fenómeno conhecido como decoerência. Dito por outras palavras, até entrar em contacto com o ambiente, existem múltiplas possibilidades associadas a determinada partícula, mas depois de observada ela fixa-se num estado. Como este colapso ocorre de forma probabilística, não é possível prever com total precisão o resultado da medição, pois depende das amplitudes do estado quântico. Além disso, a própria medição altera irreversivelmente o estado do sistema, tornando impossível restaurar a sua superposição original após a observação [29].

Associado está o problema de estabilização dos qubits e a circulação de informação entre eles. "Prender" uma partícula quântica torna-se difícil, pois ela tem que ser mantida num determinado local, mas não pode interagir com o meio ambiente (pessoas, objetos ou outras partículas) pois deixará de estar de imediato no estado de superposição, entrando em decoerência [30].

Além do *hardware* devemos atentar ainda aos algoritmos quânticos, vamos referir três muito importantes. O algoritmo de Grover foi projetado para pesquisar um item específico numa base de dados não estruturada ou numa lista desordenada. O algoritmo de Shor consegue fatorizar números inteiros de forma quase exponencialmente mais rápida do que os melhores algoritmos clássicos conhecidos. O algoritmo HHL que permite estimar funções do vetor solução (Ax=b) oferecendo vantagens significativas para simulações e cálculos complexos, como os encontrados na aprendizagem automática e física quântica [31].

Apresentados os traços principais da computação quântica, veremos agora as suas aplicações práticas e outras linhas de investigação associadas.

---

[29] Klusch, Lässig, Müssig *et al*., 2024, pp. 2 e ss.
[30] Clegg, 2021, pp. 113 e ss.
[31] Rietsche, Dremel, Bosch, et al, 2022, pp. 2526 e ss.

1.1. Aplicações práticas da computação quântica

A computação quântica tem várias aplicações. Podemos apontar, pelo menos, três: *search and graph*, álgebra e simulação.

No caso do *search and graph,* o principal objetivo é encontrar a solução ótima para um problema complexo que envolva um número elevado de possíveis combinações de parâmetros. Isto pode ser usado para otimizar um portfólio no setor financeiro, encontrar rotas alternativas para otimizar o tráfego terrestre no caso dos transportes e fatorizar números primos para quebrar a encriptação ao nível das telecomunicações. No caso da álgebra, o objetivo é calcular arquiteturas de redes complexas e os pesos na aprendizagem de máquina. Isto envolve transformar e calcular matrizes de grande dimensão. Quanto à sua aplicação prática, é usado para transformar matrizes para encontrar objetos nas imagens de visão computacional e encontrar padrões no texto para entender semântica nos processos de linguagem natural. Por fim, quanto à simulação, o objetivo é calcular como é que os estados do sistema mudam através da manipulação dos parâmetros para analisar o comportamento de sistemas complexos. Isto é usado para simular os estados das moléculas e as suas mudanças, para entender as reações químicas na indústria farmacêutica e simular o comportamento de materiais para encontrar os materiais mais eficientes na indústria das baterias [32].

1.2. Novas áreas de investigação

1.2.1. Modelos híbridos

Atualmente, têm sido estudados os modelos híbridos de computação clássica e quântica, tais como, os algoritmos quânticos variacionais que ajudam na resolução de problemas de otimização. Os dados clássicos de entrada são inicialmente pré-processados num dispositivo clássico para determinar um estado quântico normalizado de entrada para o circuito quântico variacional, depois executa-se o algoritmo quântico variacional nas portas quânticas. Algumas das operações quânticas são compostas por uma sequência de portas quânticas concebidas para gerar um estado quântico que represente, da forma mais

[32] Rietsche, Dremel, Bosch, et al, 2022, p. 2530.

precisa possível, a entrada clássica. Este modelo híbrido é depois ajustado ao problema em causa, como por exemplo, um problema de otimização combinatória, ou à aprendizagem de máquina. No final, o resultado de medição é processado de uma forma clássica. Outro exemplo, seria o *Quantum Annealing* no âmbito do qual podem desenvolver-se algoritmos híbridos quântico-clássicos. Esta metodologia permite aproveitar a natureza probabilística dos sistemas quânticos para encontrar soluções aproximadas para problemas de otimização combinatória [33].

1.2.2. Inteligência Artificial Quântica

A Inteligência Artificial Quântica (IAQ) é o campo que estuda o modo como a IA pode ajudar na evolução e aperfeiçoamento da computação quântica e vice-versa [34].

Comecemos por dar nota de algumas áreas em que a computação quântica pode ajudar a solucionar problemas na IA.

Na aprendizagem de máquina quântica temos as redes neuronais quânticas. Este tipo de redes utiliza qubits para representar nós ou neurónios da rede neuronal, enquanto as operações com portas quânticas simulam as ligações e a transferência de informação dentro da rede. Ajustando as relações de emaranhamento entre os qubits e as operações das portas quânticas, o processamento é mais eficiente e a aprendizagem é mais eficiente nos problemas complexos. Isto aplica-se ao reconhecimento de padrões e ao processamento de imagem, resolução de problemas de classificação e reconhecimento em conjuntos de dados de grande escala, resolução de problemas de otimização de parâmetros e otimização combinatória [35].

Temos ainda o processamento de linguagem natural quântico que usa a superposição quântica para modelar as incertezas e as ambiguidades na linguagem e o emaranhamento quântico para descrever tanto a composição, como a distribuição da sintaxe e da semântica de forma eficaz [36].

[33] Klusch, Lässig, Müssig *et al*., 2024, pp. 5 e ss.
[34] Klusch, Lässig, Müssig *et al*., 2024, pp. 4 e ss.
[35] Kexuan Shen, 2024, p. 2.
[36] Klusch, Lässig, Müssig *et al*., 2024, pp. 20 e ss.

Os agentes quânticos e os sistemas multiagente traduzem-se na coordenação de ações entre vários agentes homogéneos ou heterogéneos para atingir objetivos comuns e realizar tarefas de forma flexível, autónoma e interativa, em ambientes complexos, tanto em cenários cooperativos como competitivos, dependendo da aplicação considerada [37].

Como referido, também pode ser feito o caminho inverso. A IA pode ajudar no design de algoritmos e experiências quânticas, na procura de parâmetros, nos circuitos quânticos, na correção de erros durante a execução e na calibração e conceção de dispositivos quânticos [38].

A Inteligência Artificial Explicável (XAI) para computação quântica aborda o uso de técnicas de XAI para explicar os algoritmos quânticos desenvolvidos, mas também circuitos quânticos em geral [39].

A IA também pode ajudar na correção e a mitigação de erros quânticos, corrigindo ativamente erros durante a execução de um circuito quântico [40].

A IAQ poderá ter impacto em vários setores. No setor financeiro, os algoritmos de otimização quântica podem ser utilizados para a otimização de carteiras de investimento e gestão de risco, enquanto o reconhecimento de padrões quânticos pode ser usado para previsão de mercado e análise de transações, melhorando a eficiência na tomada de decisões e a rentabilidade das instituições financeiras. Esta tecnologia pode ainda ser aplicada no setor da saúde, onde o reconhecimento de padrões quânticos pode ser utilizado para análise de imagens médicas e diagnóstico de doenças, e os algoritmos de otimização quântica podem ser aplicados no desenvolvimento de fármacos e no design de ensaios clínicos [41].

1.2.3. Criptografia, computação quântica e IA

A criptografia tem origem no grego e significa "escrita escondida". A criptografia moderna baseia-se em algoritmos criptográficos que desempenham um papel relevante ao nível da cibersegurança e segurança das comunicações. Os algoritmos de encriptação mais conhecidos são o 3DEA e a chave pública RSA. Um bom modelo criptográfico

[37] *Idem, pp.* 20 e ss.
[38] *Ibidem, pp.* 20 e ss.
[39] Klusch, Lässig, Müssig *et al.*, 2024, pp. 20 e ss.
[40] Klusch, Lässig, Müssig *et al.*, 2024, pp. 20 e ss.
[41] Kexuan Shen, 2024, p. 5.

depende da dificuldade do problema, da sua correta implementação, e a chave secreta que deve ser devidamente armazenada [42].

Como já foi mencionado, os computadores quânticos conseguem quebrar a criptografia tradicional, devido à superposição, porque permite avaliar múltiplas possibilidades simultaneamente, e do emaranhamento quântico, que possibilita correlacionar partículas separadas [43].

A criptografia quântica conheceu avanços significativos nos anos 70 e 80 com o conceito da chave quântica distribuída (Charles Bennet e Gilles Brassard) com o protocolo BB84. Este protocolo permite que as partes criem uma chave aleatória partilhada e secreta protegida pelas leis da física. Depois houve uma sucessiva expansão para incluir assinaturas digitais quânticas e comunicação direta segura, o que deu origem à sua aplicação na rede comunicações.

Note-se ainda que, os dados armazenados em estados quânticos não podem ser copiados ou acedidos sem que haja uma alteração em seu estado original, pelo que, é fácil perceber quando isto acontece.

Atualmente, tem sido estudada a ligação entre a criptografia quântica e a IA.

A criptografia quântica pode ser aplicada à IA para proteger os próprios sistemas de IA [44]. Por outro lado, a IA pode simular ataques quânticos em algoritmos criptográficos, ajudando a identificar e mitigar vulnerabilidades. Além disso, as técnicas de otimização baseadas em IA podem auxiliar na criação de algoritmos criptográficos pós-quânticos mais eficientes e seguros, garantindo a proteção contínua das informações digitais na era quântica. Os protocolos de criptografia quântica, como o BB84, podem ser otimizados por meio das capacidades de aprendizagem de máquina, a inteligência artificial pode ainda ajustar dinamicamente os parâmetros da distribuição quântica de chaves para melhorar a segurança na Distribuição Quântica de Chaves [45].

A aplicação prática da IAQ aplicada à criptografia tem sido aplicada no setor bancário para combater o uso de IA, *data poisoning*, roubo de modelos por parte de hackers, mas também no retalho para garantir transações mais seguras e eficientes [46].

---

42 Radanliev, 2024, pp. 2 e 3.
43 Radanliev, 2024, pp. 2 e 3.
44 Radanliev, 2024, pp. 5 e ss.
45 Radanliev, 2024, pp. 7.
46 Radanliev, 2024, p. 13.

1.3. Riscos e desafios legais

Nos pontos anteriores, conseguimos perceber as virtualidades da computação quântica e da sua combinação com a IA, contudo, não podemos deixar de identificar os riscos que estão associados. Devemos pensar nos riscos que cada uma tecnologias comporta e nos riscos que resultam da sua combinação. Os riscos que têm sido identificados, tais como, o enviesamento, a violação de privacidade dos dados, questões relacionadas com a cibersegurança, a opacidade dos modelos, a autonomia nos processos de tomada de decisão, os problemas com os direitos de autor e responsabilidade civil, podem ser amplificados e serem mais complexos na sua resolução.

Estas tecnologias devem ser estudados, monitorizadas, quer separadamente, quer em conjunto, para que possamos identificar os seus riscos, a complexidade dos mesmos e a eventuais formas de evitá-los, mitigá-los ou eliminá-los.

Podemos identificar diferentes tipos de risco: técnicos, económicos, sociais e éticos [47] que devem ser abordados de um ponto de vista regulatório.

Os riscos técnicos estão diretamente relacionados com a instabilidade dos qubits devido ao risco de decoerência o que provoca erros na computação quântica e os elevados níveis de erro. A escalabilidade dos computadores quânticos também exigem um maior número de qubits o que irá introduzir ainda mais erros. A IA pode ajudar a resolver algumas destas questões, mas introduz novos riscos, tais como, confiança excessiva nos processo baseados nos dados que podem não ser totalmente entendidos ou testados. Maior dependência da computação quântica da IA, fazendo com que quando os modelos de IA não estão corretos ou não são bem entendidos, pode provocar erros na computação quântica ou falha dos sistemas [48].

Os riscos económicos estão associados à possibilidade de observarmos comportamentos de mercado especulativos, os elevados custos associados ao seu desenvolvimento pode impedir uma adesão generalizada à tecnologia e um exacerbar das desigualdades económicas.

Estas tecnologias podem causar disrupção nas ciências da computação, área financeira e saúde.

[47] Boretti, 2024, p. 8.
[48] *idem*, p. 8.

Os riscos sociais estão associados à perda de emprego, principalmente, naquelas áreas mais dependentes de poder computacional, como a criptografia.

Os riscos éticos estão associados à possibilidade de uma invasão de privacidade sem precedentes, distribuição desigualitária dos benefícios das tecnologias quânticas aumentado as desigualdades sociais, opacidade e enviesamento [49].

Do ponto de vista jurídico, a questão pode ser vista por dois prismas. Por um lado, avaliar se as soluções jurídicas em vigor serão as mais adequadas para lidar com os desafios que a quântica coloca em matéria de proteção de dados e cibersegurança, com a capacidade que têm para quebrar os atuais sistemas de segurança [50]. Em matéria de propriedade intelectual, em sentido amplo, devido ao seu caráter multidisciplinar [51]e a uma potencial capacidade criadora de uma IA generativa, e exponenciação das capacidades de aprendizagem e autonomia da própria IA. Os problemas de governação dos dados, devido às questões do enviesamento e qualidade dos próprios dados (veracidade, completude, suficiência) podendo dar origem a outputs errados, incompletos ou enviesados, que podem provocar a falência dos sistemas quânticos ou aumento dos erros. As questões jurídicas levantadas pela responsabilidade civil serão mais agudizadas ao nível dos seus pressupostos e da prova, e ainda difícil resolução da transparência no processamento da informação por estes sistemas.

Por outro lado, alguns autores têm apontado algumas virtualidades na aplicação da quântica ao próprio Direito, ou seja, como pode a computação quântica auxiliar na aplicação do Direito, ultrapassando os obstáculos da computação clássica. De acordo com estas correntes, se assumirmos que a natureza de determinismo imperfeito da aplicação do, ou seja, a coexistência de contradições resultado de doutrinas que levam a resultados inconsistentes, a computação quântica poderá ajudar a ultrapassar problemas que a computação clássica não consegue devido ao seu caráter determinista, designadamente, através da superposição. Na dinâmica da regra e da exceção no Direito, bastante estudado no direito computacional, se a regra e a exceção tiverem sido definidas, a computação clássica lida bem com isso, mas não consegue identificar novas exceções porque

[49] *ibidem*, 2024, p. 8.
[50] Jeutner, 2021, pp. 9 e ss.
[51] Jeutner, 2021, pp. 9 e ss.

isso implicaria uma rutura no percurso determinístico estabelecido que a computação não consegue fazer, mas que a computação quântica poderá ultrapassar [52].

A quantidade e a qualidade da informação na aplicação do Direito também é relevante. Os tribunais têm acesso a uma fração da informação que tentam ultrapassar através de presunções que acabam por ser elas próprias incertas. Os computadores quânticos consideram um número vastamente superior de fatores numa única operação computacional do que a computação clássica, podendo ser mais eficaz na ajuda da aplicação do Direito [53].

Em suma, atualmente, existe um conjunto de benefícios, riscos e desafios que devem ser devidamente ponderados e geridos com cautela, aprendendo com a própria experiência adquirida com a regulação da IA, e monitorização o desenvolvimento e aplicação prática destas tecnologias.

2. DA INVESTIGAÇÃO À REGULAÇÃO DA COMPUTAÇÃO QUÂNTICA (E IA)

Atendendo ao estado em que se encontra o desenvolvimento da computação quântica e do seu cruzamento com a IA, talvez seja cedo para regulá-la de forma adequada. Será necessário ainda que esta desenvolva e amadureça para percebermos o seu modo de funcionamento e os riscos efetivos que esta comporta. Contudo, não é cedo para anteciparmos necessários e monitorizarmos a evolução da tecnologia e a própria evolução da aplicação prática do RIA para que possamos ajustar a realidade normativa à realidade fáctica de forma a prevenir ou minimizar os riscos associados e a compensar os danos causados.

2.1. A Computação Quântica no contexto europeu

À primeira vista, a regulação da IA e da computação quântica estão em diferentes fases. A IA já é regulada por um Regulamento Europeu, mas a política europeia está ainda focada no desenvolvimento e

[52] Atik e Jeutner, 2021, pp. 13 e ss.
[53] Atik e Jeutner, 2021, pp. 13 e ss.

investigação da computação quântica na U.E. e menos na regulação da tecnologia.

Em 2016 foi lançado o Manifesto Quântico que pretendeu chamar os Estados-Membros e a Comissão Europeia para uma iniciativa de grande escala na área da Tecnologia Quântica, no âmbito do Horizon 2020 [54].

Desde 2022 que o Comité Técnico conjunto do Comité Europeu de Normalização e Comité Europeu de Normalização Eletrotécnica (CEN/CLC/JTC 22) está a desenvolver normas relevantes para as tecnologias quânticas. Os trabalhos iniciaram-se tendo por base dois documentos produzidos pelo Grupo de foco em Tecnologias Quânticas do de ambas as entidades: o Roteiro de Normalização para Tecnologias Quânticas e os Casos de uso de Tecnologias Quânticas. As normas abrangerão, mas não se limitarão, às áreas da metrologia quântica, sensores e imagem avançada, computação e simulação quânticas, comunicação quântica e criptografia quântica [55].

Em dezembro de 2023, vários estados-membros, incluindo Portugal, assinaram uma declaração através da qual comprometeram-se a colaborar no desenvolvimento de um ecossistema de tecnologias quânticas de modo a fazer da Europa o "vale quântico" do mundo [56]. No documento pode ler-se que pretendem alinhar programas e iniciativas de I&D nacionais e regionais, definir normas quânticas com parceiros internacionais e organizações governamentais de normalização, preencher lacunas na cadeia de abastecimento europeia, criar agregados de competências quânticas para promover atividades de investigação e orientadas para a indústria nos Estados-Membros, apoio a empresas de em fase de arranque e em expansão, ações para financiar o investimento privado, apoiar investimentos públicos, entre outras.

A União Europeia lançou algumas iniciativas como a *Bandeira das Tecnologias Quânticas* que pretende colocar a Europa na segunda revolução quântica [57]. Integrado nesta iniciativa está o

[54] Disponível em https://ec.europa.eu/futurium/en/content/quantum-manifesto-quantum-technologies.html

[55] Disponível em https://www.cencenelec.eu/areas-of-work/cen-cenelec-topics/quantum-technologies/.

[56] Disponível em https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/european-declaration-quantum-technologies.

[57] Disponível em https://qt.eu/.

Quantum Flagship que pretende apoiar os investigadores quânticos europeus [58].

A estratégia Década Digital da UE prevê ainda que a Europa tenha o seu primeiro supercomputador com aceleração quântica até 2025, abrindo caminho para estar na vanguarda das capacidades quânticas até 2030 [59]. O European Chips Act também inclui medidas para fomentar a fabricação de chips quânticos de baixo custo e em grande escala na U.E. [60]

Por fim, de referir a parceria Europeia para a Computação de Alto Desempenho (European High Performance Computing Joint Undertaking) para desenvolver um ecossistema de supercomputação de classe mundial na Europa [61]. Criação de uma insfraestrutura de comunicação segura [62].

Sucede que, quanto à computação quântica em si, poderíamos dizer que não existe uma regulamentação específica à semelhança do RIA, mas isso poderá não ser inteiramente assim, como veremos de seguida.

2.2. O RIA e a Inteligência Artificial Quântica

O RIA dá-nos uma definição de sistema de IA, estará a Computação Quântica lá incluída?

A definição de sistema de IA está no número 1 do artigo 3.º e deve ser interpretada por recurso ao considerando 12 e às *guidelines* publicadas pela Comissão Europeia em 06.02.2025 [63].

O número 1, do artigo 3.º do RIA, define sistema de IA como: "um sistema baseado em máquinas concebido para funcionar com níveis de autonomia variáveis, e que pode apresentar capacidade de

[58] Disponível em https://qt.eu/.

[59] Disponível em https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030_en.

[60] Disponível em https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/european-chips-act.

[61] Disponível em https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2021/07/13/european-high-performance-computing-joint-undertaking-council-adopts-regulation/.

[62] Disponível em https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/future-quantum-eu-countries-plan-ultra-secure-communication-network.

[63] Disponível em https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/commission-publishes-guidelines-ai-system-definition-facilitate-first-ai-acts-rules-application.

adaptação após implantação e que, para objetivos explícitos ou implícitos, e com base nos dados de entrada que recebe, infere a forma de gerar resultados, tais como previsões, conteúdos, recomendações ou decisões que podem influenciar ambientes físicos ou virtuais".

O conceito de sistema de IA integra sete requisitos: (i) baseado em máquina, (ii) níveis de autonomia variáveis, (iii) capacidade de adaptação após implantação, (iv) capacidade de inferência de resultados a partir de dados de entrada que recebe, (v) para determinados objetivos explícitos e implícitos, (vi) previsões, conteúdos, recomendações ou decisões (vii) influência no ambiente físico ou virtual.

De acordo com as *guidelines,* no primeiro requisito, *baseado em máquina*, o termo *máquina* deve incluir os componentes de *hardware* e *software* que permitem o funcionamento do sistema de IA. Os componentes de *hardware* referem-se aos elementos físicos da máquina, tais como unidades de processamento, memória, dispositivos de armazenamento, unidades de rede e interfaces de entrada/saída, que fornecem a infraestrutura para a computação. Os componentes de *software* englobam código informático, instruções, programas, sistemas operativos e aplicações que determinam como o hardware processa os dados e executa tarefas.

Diz-se ainda que, o elemento *baseado em máquina* pretende destacar o facto de que estes sistemas devem ser impulsionados computacionalmente e baseados em operações de máquina. Estas *guidelines* acrescentam depois uma referência à computação quântica, dizendo expressamente, que inclui os sistemas emergentes mais avançados de computação quântica, apesar dos seus princípios operacionais únicos e da utilização de fenómenos da mecânica quântica, desde que proporcionem capacidade computacional.

A nosso ver, a Comissão Europeia já admite o uso da computação quântica aplicada à IA, tal como já explicamos acima, e já entende que se os sistemas de IA são baseados em computação quântica então este requisito está preenchido. Muitas dúvidas se levantarão a este respeito, mas fica já uma porta entreaberta para explorar o modo de aplicar o RIA à computação quântica. À partida, parece-nos irrelevante se estamos a referirmos à AI que se aplica à Computação Quântica ou a Computação Quântica que se aplica à IA como vimos anteriormente, mas deverá ser analisado caso a caso se será relevante ou não saber qual das duas tecnologias é dominante nesta interseção da IAQ.

Quanto ao segundo requisito, *níveis de autonomia variáveis*, o considerando 12 diz-nos que significa que têm um certo grau de

independência das ações efetuadas por intervenção humana e de capacidade para funcionarem sem intervenção humana. As *guidelines* da Comissão Europeia vêm explicar que o conceito de autonomia está intrinsecamente ligado à *intervenção humana* e ao *envolvimento humano*, e, portanto, à interação entre humanos e máquinas. Num extremo da interação humano-máquina, encontrar-se-iam os sistemas concebidos para realizar todas as tarefas por meio de funções operadas manualmente. No outro extremo, estariam os sistemas capazes de operar sem qualquer envolvimento ou intervenção humana, ou seja, de forma totalmente autónoma. De fora ficam os sistemas concebidos para operar exclusivamente com total envolvimento e intervenção humana manual. Nada é dito relativamente à Computação Quântica neste ponto, mas deixamos a nota de que a aplicação de computação quântica à IA poderá, sem sombra de dúvida, exacerbar o grau de autonomia da mesma.

No terceiro requisito, a capacidade de adaptação após implantação, as *guidelines* explicam que a adaptabilidade refere-se à capacidade de autoaprendizagem, permitindo que o comportamento do sistema se altere enquanto está em uso. O novo comportamento do sistema adaptado pode gerar resultados diferentes dos produzidos anteriormente para os mesmos dados de entrada. Também neste caso, a aplicação de computação quântica à IA poderá exacerbar o seu grau de adaptabilidade.

No quarto requisito, na capacidade de inferir, quer o considerando 12, quer as *guidelines*, referem que se encontram incluídas as abordagens de aprendizagem automática que aprendem a partir de dados como alcançar determinados objetivos que inclui a aprendizagem supervisionada, a aprendizagem não supervisionada, a aprendizagem por reforço e a aprendizagem profunda. E ainda, as abordagens baseadas em lógica e conhecimento, que incluem, por exemplo, a representação do conhecimento, a programação lógica indutiva, as bases de conhecimento, os motores de inferência e a dedução, o raciocínio simbólico, os sistemas especialistas e os métodos de pesquisa e otimização. Este requisito poderá ser bastante afetado pela ação da Computação Quântica porque, como vimos, abordagens como a aprendizagem de máquina quântica, as redes neuronais quânticas, a aprendizagem por reforço quântica, o processamento de linguagem natural quântico, estão a ser estudadas e desenvolvidas.

O quinto requisito — os objetivos implícitos ou explícitos — as *guidelines* explicam que os objetivos explícitos referem-se a metas claramente estabelecidas, diretamente codificadas por quem desenvolve

o sistema. Os objetivos implícitos, por sua vez, referem-se a metas que não são explicitamente declaradas, mas que podem ser deduzidas a partir do comportamento do sistema ou das suas premissas subjacentes. Esses objetivos podem emergir dos dados de treino ou da interação do sistema de IA com o seu ambiente. Também nos parece que isto pode ser influenciado pela aplicação da Computação Quântica.

No sexto requisito, o conteúdo refere-se à geração de novo material por um sistema de IA. Isto pode incluir texto, imagens, vídeos, música e outras formas de saída. As recomendações referem-se a sugestões de ações específicas, produtos ou serviços aos utilizadores, com base nas suas preferências, comportamentos ou outros dados de entrada. As decisões referem-se a conclusões ou escolhas feitas por um sistema. A IAQ também afetará estes resultados.

Por fim, a influência no ambiente físico e virtual, as *guidelines* explicam que isto indica que a influência de um sistema de IA pode ocorrer tanto sobre objetos físicos e tangíveis (por exemplo, um braço robótico) como em ambientes virtuais, incluindo espaços digitais, fluxos de dados e ecossistemas de software. Também não levanta questões específicas.

Nesta fase inicial, parece-nos que a IAQ estará coberta pelo conceito de sistema de IA, pelo que, o RIA poder-se-ia aplicar consoante a classificação de risco que receber. Quanto à computação quântica em si, sem aplicação da IA, já não estará coberta, porque nesse caso já se distingue claramente da IA. Contudo, será necessário perceber ao longo do tempo se bastará um alargamento do âmbito de aplicação do RIA ou se será necessário uma regulamentação autónoma para a Computação Quântica em si. Como referido anteriormente, a U.E. agora está mais focada na investigação e desenvolvimento, embora, as entidades de normalização já estejam a preparar algumas normas técnicas harmonizadas nesta matéria. Com o tempo, será necessário perceber como se pode garantir a coerência e a segurança jurídica. Para já, a IAQ será potencialmente regulada pelo RIA, a computação quântica será regulada pelas normas já vigentes em matéria de proteção de dados pessoais, de cibersegurança, direitos de autor e outras que se apliquem, mas o tempo dirá se será necessário uma maior intervenção e harmonização par ambas as tecnologias.

No que respeita à IAQ será importante perceber em que categoria de risco ela se encontra à luz do RIA, aplicar as regras das práticas de IA proibidas ou as obrigações associadas aos sistemas de elevado risco.

Será importante perceber se a lista de casos indicada no Anexo III deverá ser alterada para incluir alguma outra área relevante de elevado risco. Por exemplo, a criptografia quântica que recorre à IA poderá ser uma área que poderá ser incluída pelo elevado risco que está associado ao seu mau funcionamento atendendo a que pode ser usada no setor financeiro, na segurança nacional e nas infraestruturas de comunicação, provocando danos severos.

Os sistemas de elevado risco devem cumprir com os requisitos da secção 2 do Título III, tais como, governação dos dados, transparência, supervisão humana, sistema de gestão de risco e qualidade, cibersegurança, robustez e exatidão, que poderão ser mais difíceis de cumprir no caso da IAQ devido à camada de incerteza e complexidade que acrescenta. As normas técnicas harmonizadas que serão aplicadas neste casos deverão ter em consideração, no futuro, os desafios próprios da IAQ, e devem ser coerentes com as normas técnicas aplicáveis, por exemplo, à computação quântica e que estão em construção.

Existe uma outra questão paralela à IA relativa às margens de erro. É preciso perceber qual é a margem de erro aceitável quanto às tecnologias quânticas e defini-lo consoante a área em causa. Em áreas mais sensíveis como a área da saúde, um grau de certeza terá que ser maior do que em outras áreas [64]. Esta questão já foi levantada por Phillip Hacker no que respeita ao artigo 10.º do RIA, o mesmo se deverá discutir no âmbito da computação quântica e da IAQ atendendo à instabilidade apresentada por esta tecnologia [65].

Os processos de testagem, avaliação, certificação e fiscalização poderão desempenhar nesta matéria um papel relevante no controlo dos riscos da IAQ. Contudo, também existe o risco de aumentar as fragilidades que vários autores têm apontado ao sistema de *governance* plasmado no RIA. Em causa poderão estar os diferentes níveis de recursos das várias entidades nos diferentes Estados-Membros para a fiscalização, a harmonização na interpretação do RIA, a dificuldade de articulação entre os diferentes atores, ou a capacidade efetiva de lidar com as especificidades da IAQ ainda que tenham recursos materiais e humanos. Em suma, o grau de dificuldade de

[64] Jeutner, 2021, p. 4.
[65] Hacker, p.7, 2021.

aplicação do RIA poderá aumentar e tornar-se um desafio mais difícil de resolver do ponto de vista da regulação e do *enforcement* [66].

Para além do RIA, alguns autores sugerem que se proceda ao licenciamento dos algoritmos quânticos capazes de superar protocolos de encriptação convencionais [67].

Nesta fase de investigação e desenvolvimento, é importante que o processo se desenvolva de forma responsável. Deverá existir um diálogo contínuo entre investigadores, cidadãos, indústria, decisores políticos e outras partes interessadas, a fim de antecipar e avaliar ativamente as potenciais implicações sociais e éticas da investigação, desenvolvimento e inovação e evitar as consequências negativas não intencionais [68], respondendo às questões que já foram sendo inventariadas neste artigo, e retirando as necessárias lições da aplicação do RIA.

CONCLUSÃO

A Computação Quântica tem sido objeto de investimento pela U.E., o foco não tem sido diretamente regulatório. Contudo, a Computação Quântica está coberta pelas normas já existentes em matéria de proteção de dados, de cibersegurança, direitos de autor e responsabilidade civil, entre outras. No caso da IAQ, esta poderá estar coberta pelo RIA. Em resultado disso, parece-nos que é seguro afirmar que se, por um lado, existe investimento e pouca regulação, por outro, está aberta a porta para no futuro percebermos até que ponto o RIA se aplica à IAQ, se as normas serão adequadas para este novo tipo de complexidade, se devem ou não ser revistas, e da necessidade de alargar o âmbito a toda a Computação Quântica.

BIBLIOGRAFIA

Atik, J., & Jeutner, V. (2021), *Quantum computing and computational law*, Law, Innovation and Technology, 13 (2), 302—324. https://doi.org/10.1080/17579961.2021.1977216.

Boretti, A., (2024), *Technical, economic, and societal risks in the progress of artificial intelligence driven quantum technologies,* Discov Artif Intell 4, 67, https://doi.org/10.1007/s44163-024-00171-y.

[66] Novelli, Hacker, Morley,Trondal, and Luciano, 2024.
[67] Jeutner, 2021, p. 7.
[68] Kop, Aboy, Floridi, *et al.*, 2023, p. 6.

Clegg, Brian, (2021), *Quantum Computing, The Transformative Technology of the Qubit Revolution,* Icon Books Ltd., Londres.

Grabowska, A., & Gunia, A., (2024) *On quantum computing for artificial superintelligence*, Euro Jnl Phil Sci 14, 25, https://doi.org/10.1007/s13194-024-00584-7.

Hacker, Philipp (2021), *A legal framework for AI training data — from first principles to the Artificial Intelligence Act*, Law, Innovation and Technology, 13:2, 257-301, https://doi.org/10.1080/17579961.2021.1977219.

Jay, Chris e Garkinkel, Simson L., (2022), *Law and Policy for the Quantum Age*, Cambridge University Press, Cambridge, https://doi.org/10.1017/9781108883719.

Jeutner, Valentin, (2021) *The Quantum Imperative: Addressing the Legal Dimension of Quantum Computers*, Morals & Machines, doi.org/10.5771/2747-5174-2021-1-52.

Mauritz Kop, Mateo Aboy, Eline De Jong, Urs Gasser, Timo Minssen, I. Glenn Cohen, Mark Brongersma, Teresa Quintel, Luciano Floridi, and Raymond Laflamme, (2024) *Towards Responsible Quantum Technology: Safeguarding, Engaging and Advancing Quantum R&D*, 15 Hastings SCI. & TECH. L.J. 63, https://repository.uclawsf.edu/hastings_science_technology_law_journal/vol15/iss1/4.

Novelli, Claudio; Hacker, Philipp; Morley, Jessica; Trondal, Jarle and Floridi, Luciano, (2024), *A Robust Governance for the AI Act: AI Office, AI Board, Scientific Panel, and National Authorities*, European Journal of Risk Regulation, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4817755.

Radanliev, P., (2024), *Artificial intelligence and quantum cryptography*. J Anal Sci Technol 15, 4, https://doi.org/10.1186/s40543-024-00416-6.

Rietsche, R., Dremel, C., Bosch, S. *et al.*, (2022), *Quantum computing,* Electron Markets 32, 2525—2536, https://doi.org/10.1007/s12525-022-00570-y.

Klusch, M., Lässig, J., Müssig, D. *et al.*, (2024), *Quantum Artificial Intelligence: A Brief Survey*, Künstl Intell https://doi.org/10.1007/s13218-024-00871-8.

Kop, Mauritz and Aboy, Mateo and De Jong, Eline and Gasser, Urs and Minssen, Timo and Cohen, I. Glenn and Brongersma, Mark and Quintel, Teresa and Floridi, Luciano and Laflamme, Ray, (2022), *Towards Responsible Quantum Technology*, Harvard Berkman Klein Center for Internet & Society Research Publication Series 2023-1, Harvard University, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4393248.

Shen, K., (2024), *Research on the Application of Quantum Computing in Artificial Intelligence,* Journal of Computing and Electronic Information Management, 13(1), 38-42. https://doi.org/10.54097/4cg2am4s.

Xiao, T., Zhai, X., Huang, J. *et al.*, (2024), *Quantum deep generative prior with programmable quantum circuits*, Commun Phys 7, 276 https://doi.org/10.1038/s42005-024-01765-9.

IMPACTOS DAS REDES SOCIAIS EM CONTEXTO DE TRABALHO

DOS TEMAS TRADICIONAIS AO CASO PARTICULAR DOS PACTOS DE NÃO CONCORRÊNCIA

Duarte Abrunhosa e Sousa *

Abstract: Os pactos de não concorrência laboral devem ser objeto de cuidada regulamentação no quadro jurídico de cada país, uma vez que podem impor restrições importantes à liberdade de trabalho dos trabalhadores. Estas restrições são mais relevantes se os seus efeitos continuarem num período pós-contratual, pois os empregadores podem exigir uma indemnização se um pacto de não concorrência for violado por um ex-trabalhador. Por este motivo, face ao impacto que este regime pode ter nas relações de trabalho, é importante avaliar os novos desafios que recaem sobre esta temática.

Nesta medida, compreender o comportamento humano quando relacionado com redes sociais permite-nos observar aquilo que se pode considerar coma a construção de um novo espaço público. Consequentemente, esta ideia é essencial para analisar o impacto potencial das redes sociais na violação dos pactos de não concorrência laboral. Já em 2015, um tribunal dinamarquês decidiu que atualizar um perfil no Linkedin poderia ser uma violação de um pacto de não concorrência. Desta forma, apenas estudando a importância das redes sociais na sociedade e na economia é possível determinar se a informação partilhada por um trabalhador no Instagram, Facebook, Twitter (X) ou Linkedin pode causar danos a um ex-empregador ao ponto de concorrer para a violação de um pacto de não concorrência. Assim, este capítulo visa compreender como os pactos de não concorrência podem ser violadas por trabalhadores através de com publicações em redes sociais, com

* Advogado e Investigador integrado no Centro de Investigação Interdisciplinar em Justiça. Doutor em Direito. Membro da Direção da APODIT — Associação Portuguesa de Direito do Trabalho e do Comité Executivo da Rede CIELO Laboral. Filiado na ILERA. Coordenador do prémio anual da International Society for Labour and Social Security Law (ISLSSL).

particular ênfase na lei portuguesa. A análise começará com uma breve visão geral do tema no Direito do Trabalho Português global para se concentrar nos pactos de não concorrência de forma individual.

1. INTRODUÇÃO [1]

Atualmente, vivemos numa sociedade em profunda mudança não só tecnológica, como em termos geopolíticos. De facto, ao contrário das gerações passadas, a sociedade de hoje é capaz de passar por variações mais rápidas na vida quotidiana com impacto direto nas relações laborais e todos os demais fenómenos económicos. Por forma a analisar este impacto, é importante conhecer as causas dessas mudanças rápidas e por que motivo não têm comparação com cenários anteriores.

Desde logo, um dos principais fatores a destacar é a forma ágil com que a informação é transmitida independentemente de condições geográficas. De facto, hoje em dia é possível partilhar notícias positivas ou negativas com um grande número de pessoas em apenas alguns minutos ou mesmo segundos. O exemplo dos ataques terroristas no *Bataclan* é relevante porque as notícias foram partilhadas enquanto o incidente ainda estava a decorrer, assim como já tinha ocorrido antes com o 11 de Setembro de 2001. Com o incidente do Bataclan, a diferença este na divulgação ativa através das redes sociais, inclusive das próprias vítimas. Posteriormente, nos atentados terroristas em Israel de 7 de outubro de 2023, a divulgação foi automática ao ponto de os terroristas terem realizado gravações em direito através das redes sociais no decurso dos raptos. Desta forma, recebemos informações que, por vezes, podem estar a ocorrer no momento exato. Nesta medida, a perceção dos factos podem muitas vezes ser automática.

[1] Este artigo contém o resultado parcial do projeto de investigação pelo MINECO (Spain), designado por 'New (newest) information and communication technologies and their impact on the labour market: emerging aspects at the national and international levels' (DER2016-75376-R), liderado pela Professora Lourdes Mella Méndez. A versão original foi publicada em inglês: "Impacts of social networks in the employment environment — from the traditional subjects to the particular case of employment non-compete clauses". In Labour Law and Gig Economy. Reino Unido: Routledge, 2020, pp. 125-138. O autor realizou apenas ligeiras atualizações que se impunham face à natureza do tema.

Aqui chegados, cumpre questionar se esta evolução social era efetivamente esperada face a exemplos do passado. Ora, ao longo da história, sempre houve lugar a pessoas que sonhavam com aquilo que seria o futuro da sociedade. Alguns desses "sonhadores" conseguiram partilhar as suas expectativas através de diferentes métodos, como a literatura, a pintura ou o cinema. Júlio Verne, por exemplo, conseguiu imaginar com alguma competência submarinos, aviões ou viagens à lua. No entanto, nessas sociedades modernas imaginadas por diversos artistas ou pensadores, nunca se sugeriu que em 2025 o mundo seria dominado por um conceito conhecido como "redes sociais" e todas as implicações que daqui viriam a resultar, inclusive para questões de geopolítica internacional.

Por mais que pensássemos na sociedade de hoje há 20 anos, nunca poderíamos ter imaginado a revolução que as redes sociais iriam gerar nas nossas vidas. O espaço de diálogo entre pessoas e grupos ainda é muito importante, mas agora nem sempre é realizado de forma pessoal. Cada vez existem menos dúvidas de que as redes sociais ocupam o lugar que pertencia aos anteriormente aos espaços públicos.

Para a disseminação das redes sociais, o acesso comum a estas plataformas através de instrumentos móveis, como smartphones, tablets ou computadores portáteis, foi crucial. Isto significa que, para usar uma rede social, as pessoas só precisam de ter acesso à internet, independentemente do local onde se encontrem. Assim, as redes sociais podem ser acompanhadas por todos a qualquer momento.

Nesta sociedade onde a troca de informações é cada vez mais rápida, as redes sociais têm um papel fundamental nas diversas transformações ocorridas. A velocidade com que algumas informações são difundidas pode estar diretamente ligada ao número de partilhas em plataformas como Instagram, Linkedin, Twitter (X) ou Facebook. Por outro lado, é importante também ter em conta que os meios de comunicação utilizam as redes sociais para partilhar as suas próprias notícias. Para este efeito, escolhem as melhores frases para provocar o "click" na notícia e o correspondente acesso à sua página web. Deste modo, as versões em papel dos jornais estão a ser substituídas por outras em formatos online diretamente ligados a posts ou tweets. Este facto evidencia que as redes sociais são reconhecidas como uma forma poderosa de alcançar um maior número de destinatários. Portanto, as redes sociais estimulam a partilha de notícias através das redes sociais. Além disso, o desafio é ainda maior se tivermos em conta que, por vezes, as notícias têm a sua origem em partilhas feitas diretamente por pessoas nos seus perfis de redes sociais.

Com estas sociedades em constante mudança, espera-se que as redes sociais aumentem ainda mais a sua influência, em vez do contrário. Por esta razão, é importante saber lidar com as redes sociais porque elas vieram para ficar. Na verdade, já não são apenas um ativo da geração mais jovem, mas também da geração mais velha. Desta forma, o uso das redes sociais é transversal a todas as gerações e setores de atividade da sociedade. Para este efeito, tem sido registado o impacto de Elon Munsk com o Twitter (X) e a sua influencia em atos eleitorais e na alteração do sentido opinião pública.

2. PERSPETIVAS GLOBAIS SOBRE AS REDES SOCIAIS E O SEU IMPACTO NAS RELAÇÕES LABORAIS

A visão tradicional do impacto das redes sociais nas relações de trabalho está geralmente conexa à sua utilização por parte de um empregador para promover o despedimento com justa causa de um trabalhador. É comum debater-se a nível nacional se uma publicação de um trabalhador no Facebook, por exemplo, pode ser motivo para um despedimento com justa causa. Assim, dois pontos-chave são geralmente discutidos quando se debatem estes casos em contexto judicial: *i)* o direito à liberdade de expressão e *ii)* o direito à privacidade neste ambiente de trabalho. Este tem sido o principal tema judicial onde as redes sociais em contexto laboral têm sido objeto de escrutínio em Portugal.

Além disso, as redes sociais podem lançar luz sobre o comportamento dos trabalhadores durante a baixa médica e estimular o fim de qualquer pagamento por parte da segurança social ou de uma seguradora. Mais uma vez, o direito à privacidade é um dos principais aspetos em discussão.

Assim, a maioria da jurisprudência está diretamente ligada a este contexto de disputas laborais. Desta forma, as decisões dos tribunais sobre estes temas são muito úteis para explorar novos temas relacionados com o impacto das redes sociais no ambiente de trabalho, como é o caso da violação de pactos de não concorrência.

3. DIREITO DA CONCORRÊNCIA

As sociedades que integram o princípio da livre iniciativa económica na sua economia aceitam, de forma geral, a existência de concorrência

entre empresas. A concorrência entre agentes económicos é desejável quando não resulta de um ato ilícito. Como decidiu o Supremo Tribunal de Justiça português, o ato de concorrência é aquele que, no desenvolvimento de uma atividade económica, é capaz de causar dano a outro agente económico, como o desvio de clientes em benefício de um concorrente[2]Isso significa que o ato de concorrência é lícito se tiver como objetivo mudar o comportamento dos clientes de um setor.

Ora, o que muitas vezes é proibido é a prática de concorrência desleal. Tal como apontado por Nuno Sousa e Silva, a concorrência desleal entre agentes económicos precisa de cumprir três requisitos: *i)* a prática de um ato de concorrência; *ii)* o ato deve ser praticado com dolo; e *iii)* o ato deve ser contrário às regras e hábitos honestos da atividade económica. Portanto, apenas os atos que respeitam esses princípios são indesejáveis [3].

No entanto, por vezes é difícil entender os limites entre um ato de concorrência lícito ou desleal, gerando um contencioso cada vez maior. Consequentemente, o Direito da Concorrência está a crescer rapidamente, não só como uma disciplina autónoma, mas também no Tribunal de Justiça da União Europeia e nos tribunais nacionais de toda a Europa [4].

Acresce ainda que é importante ter em conta o facto de que, do ponto de vista da política legislativa, o excesso de regulamentação restritiva pode prejudicar o princípio da livre iniciativa económica, enquanto a ausência de regulamentação pode deixar os agentes económicos mais fracos completamente desprotegidos. Desta forma, na guerra entre agentes económicos pela sua posição no mercado, todos os meios são importantes para alcançar o mesmo objetivo. Portanto,

---

[2] Cfr. Decisão do Supremo Tribunal de Justiça (26 setembro de 2013), processo n.º 6742/1999.L1.S2, disponível em www.dgsi.pt.

[3] Cfr. *Trabalho e segredos de negócios: pode um (ex)-trabalhador ser proibido de trabalhar*, Questões Laborais, 47, 2015, Coimbra Editora, p. 237. A Autoridade da Concorrência exemplifica na sua página web que a concorrência desleal pode ocorrer quando o ato desleal de concorrência se traduz na criação de confusão sobre a empresa, bens ou serviços de um concorrente ou as declarações falsas com o propósito de desacreditar concorrentes. (cfr. http://www.concorrencia.pt/vPT/A_AdC/FAQs/Paginas/FAQs-Praticas-Proibidas.aspx, consultado a 18 de outubro de 2016).

[4] A título de exemplo, existem alguns casos muito importantes com cobertura mediática onde o direito da concorrência esteve em destaque, como a tentativa de aquisição da PT pela SONAE ou os contratos de patrocínio de equipas de futebol com empresas de telecomunicações.

é vital questionar se as regras de concorrência podem ter um impacto nas relações laborais.

3.1. Pactos de não concorrência nas relações de trabalho

a. Pactos de não concorrência na pendência do contrato de trabalho

Não há dúvida de que, durante os contratos de trabalho, os trabalhadores estão obrigados a não competir contra o seu empregador. Esta obrigação é uma expressão do dever de lealdade dos trabalhadores. Por exemplo, de acordo com o artigo 128.º do Código do Trabalho português, o dever de lealdade compreende não só a obrigação de não realizar negócios em concorrência com o empregador, mas também a proibição de partilhar informações sobre a organização, método de produção ou negócios do empregador.

Neste contexto, ao estabelecer uma proibição geral de concorrência dos trabalhadores contra o empregador durante os contratos de trabalho, o artigo acima mencionado do Código do Trabalho impõe uma cláusula de exclusividade indireta em relação ao setor da empresa, apesar das alterações introduzidas pela Agenda do Trabalhado Digno. Desta forma, o dever de lealdade não permite que os trabalhadores trabalhem para os concorrentes do seu empregador. Para este efeito, a natureza do contrato celebrado entre o trabalhador e o concorrente do empregador é irrelevante, uma vez que pode ser exercida por diferentes tipos de contratos [5]. O que importa é que os trabalhadores não realizem qualquer ato de concorrência contra o seu empregador. Assim, ter uma cláusula de exclusividade num contrato de trabalho acrescenta muito pouco ao artigo 128.º do Código do Trabalho português, pelo menos dentro da mesma atividade desempenhada pelo empregador e sendo concorrencial [6].

---

[5] Acreditamos fortemente que esta concorrência pode ser exercida por um trabalhador através de qualquer tipo de contrato, como contrato de trabalho, contrato de prestação de serviços ou contrato de agência, entre outros contratos celebrados com uma empresa concorrente.

[6] Sobre este assunto, o Supremo Tribunal de Justiça português decidiu que, quando a obrigação de exclusividade resulta de uma cláusula contratual que limita esta restrição apenas a atividades em concorrência com o empregador, esta não tem qualquer autonomia, pois esta questão já está regulada pelo Código do Trabalho português (cfr. Decisão do Supremo Tribunal de Justiça português (10 de dezembro de 2009), Processo 09S065, disponível em www.dgsi.pt).

Assim, é perfeitamente possível defender que os trabalhadores não estão proibidos de trabalhar para outro empregador se a atividade não estiver em concorrência direta. No entanto, um empregador pode tentar impor uma cláusula contratual de exclusividade que proíba os trabalhadores de trabalhar em qualquer setor de atividade. A aplicabilidade de tal cláusula dependerá da aplicação dos princípios de adequação e proporcionalidade. Com a Agenda do Trabalho Digno, criou-se uma proibição de cláusula de exclusividade, salvo com base em fundamentos objetivos, designadamente, segurança e saúde ou sigilo. Deste modo, criaram-se outros critérios para a imposição desta limitação à liberdade de trabalho do trabalhador.

Neste ponto, podemos concluir que a proibição da concorrência de um trabalhador contra o seu empregador é um elemento-chave no que diz respeito a uma relação laboral. Em geral, resulta *ope legis* que os trabalhadores só podem exercer uma atividade em concorrência com o consentimento expresso do seu empregador, apesar das alterações introduzidas pelas Agenda do Trabalho Digno. Por outro lado, a existência de uma cláusula de exclusividade não é essencial para que um empregador exija indemnizações contra os seus trabalhadores ou promova uma ação disciplinar, porque o Código do Trabalho português já protege esses interesses.

Desta forma, se a concorrência dos trabalhadores contra um empregador durante uma relação laboral em curso está devidamente incluída no regime legal português, as coisas podem ser diferentes em relação ao período após a cessação do contrato de trabalho.

b. Pactos de não concorrência após a cessação do contrato de trabalho

Os maiores problemas relacionados com o dever dos trabalhadores de não concorrer contra o seu empregador surgem apenas após a cessação do contrato de trabalho. De facto, a utilização destas cláusulas com efeitos pós-contratuais pode pôr em perigo a liberdade de trabalho do trabalhador, pois passam a estar obrigados a não competir contra um ex-empregador após a cessação do seu contrato de trabalho. Assim, não poderiam trabalhar para qualquer empresa concorrente ou iniciar um novo negócio em concorrência direta com o ex-empregador durante o período de vigência da limitação.

Em geral, os quadros jurídicos europeus aceitam a aplicabilidade de acordos que limitam a capacidade dos trabalhadores de serem

contratados por um concorrente do ex-empregador [7]. Por outro lado, até 2024, os EUA lidavam com diferentes enquandramentos legais. Em alguns Estados, a utilização de pactos de não concorrência era tolerada, mas em três estados eram ilegais. O exemplo mais relevante de um estado proibitivo é a Califórnia, onde esta restrição é considerada o motor da economia [8]. De qualquer forma, a *Federal Trade Commission* impões uma proibição generalizada dos pactos de não concorrência com implicação prática ainda por analisar.

Em relação a Portugal, os pactos de não concorrência são regulados pelo artigo 136.º do Código do Trabalho. Assim, para serem lícitos, as cláusulas pós-contratuais de não concorrência devem cumprir

[7] Existem diferentes soluções nos estados-membros da UE, mas quase todos aceitam estas cláusulas ou acordos. Houve alguma resistência nos países bálticos ao uso de cláusulas de não concorrência devido à influência da legislação da URSS (na Rússia, elas são ilegais). No entanto, os tribunais usaram as regras do direito civil para tornar esses acordos legais. Desta forma, com as reformas laborais dos países bálticos estão a começar a aceitar acordos de não concorrência por entenderam que é a melhor forma para proteger os trabalhadores. Por outro lado, em 2015, a Dinamarca também abordou este assunto e decidiu limitar o acesso às cláusulas de não concorrência. Finalmente, até a Noruega (um membro não pertencente à UE) reformou as regras dos acordos de não concorrência, limitando-os.

[8] Esta posição do estado da Califórnia é ainda mais relevante se considerarmos que algumas das empresas mais importantes do setor de TI estão localizadas na região do Vale do Silício (Adobe Systems, Apple, Cisco Systems, Ebay, Facebook, Google, Intel, Netflix, Yahoo!, entre outras). Para uma abordagem mais desenvolvida deste assunto: Hyde, Alan, e Menegatti, Emanuelle (2013), "Legal protection for employee mobility (draft)", disponível em: https://portal.upf.edu/documents/3298481/3410076/2013-LLRNConf_HydexMenegatti.pdf/5a45954c-3569-4c3a-a7c5-8a617f710f7c; Hyde, Alan (1998), "The Wealth of the shared information: Silicon Valley's High-Velocity Labor Market, endogenous economic growth, and the law of trade secrets", disponível em: http://andromeda.rutgers.edu/~hyde/; Hyde, Alan (2013), Working in Silicon Valley: Economic and Legal Analysis of a High-Velocity Labor, 1.ª Edição, Routledge, Reino Unido; Saxenian, Annalee (1996), Regional Advantage: Culture and Competition in Silicon Valley and Route 128, Harvard University Press; Gibson, Ronald J., (1999) "The legal infrastructures of high technology industrial districts: Silicon Valley, Route 128, and covenants not to compete", New York University Law Review, Volume 74, número 3, EUA, pp. 575-629.A posição do autor sobre este assunto já foi partilhada em (2017), Pactos de não concorrência laborais como instrumento de (des)incentivo da economia — o estudo de caso da Califórnia, Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. IV, Cambios en la relación laboral individual y nuevos retos para el contrato de trabalho, Peter Lang, Suíça, pp. 295-317.

os seguintes requisitos: *i)* o acordo deve ser feito por escrito; *ii)* a atividade do trabalhador em concorrência deve ser suscetível de causar danos ao empregador; e *iii)* o trabalhador deve ser financeiramente compensado durante o período de restrição, mas esta compensação pode ser reduzida se o empregador tiver investido significativamente na sua formação profissional. O acordo pode ser celebrado no contrato de trabalho, durante o contrato, no acordo de cessação ou numa data posterior.[9]A duração destes acordos é limitada a dois anos. No entanto, se a posição do trabalhador depender de uma confiança particular ou acesso a informações importantes, a limitação do acordo pode chegar a três anos. Como podemos ver, no regime legal português, os pactos de não concorrência não dependem da complexidade da posição do trabalhador. O requisito é que a atividade do trabalhador em concorrência possa causar danos ao antigo empregador. Apenas por esta razão a extensão para três anos prevista no artigo 136.º do Código do Trabalho faz sentido. Portanto, podemos questionar a relevância deste quadro legal quando a Constituição Portuguesa protege a liberdade de escolha profissional e o direito ao trabalho nos artigos 47.º e 48.º Ainda assim, o Tribunal Constitucional Português já decidiu sobre esta matéria, afirmando que, numa visão abstrata, os pactos de não concorrência respeitam a Constituição Portuguesa [10]. O Tribunal sublinhou a importância de equilibrar as restrições ao direito ao trabalho dos trabalhadores com alguns interesses protegidos dos empregadores, como evitar que um concorrente possa usar informações confidenciais partilhadas por um ex-trabalhador [11].

O que devemos destacar aqui é que, quando um trabalhador constrói uma carreira numa determinada área de atividade, espera poder

[9] Joana Vasconcelos defendeu que a solução do legislador português no artigo 136.º resolveu os problemas de interpretação do anterior Código do Trabalho, pois agora não há dúvida de que um acordo de não concorrência pode ser assinado no contrato de trabalho ou num acordo de cessação [Código do Trabalho Anotado, 9.ª Edição, Almedina, Portugal pp. 351-352]. Por outro lado, podemos ter algumas dúvidas se um pacto de não concorrência celebrado após a cessação do contrato tem efeitos laborais.

[10] Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional Português n.º 256/2004 (14 de abril de 2004), disponível em: www.tribunalconstitucional.pt.

[11] Para um desenvolvimento mais aprofundado do caso do Tribunal Constitucional Português, consulte Martins, João Zenha (2007), "Pactos de não concorrência com projeção laboral: Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 256/04", Jurisprudência Constitucional, n.º 9, Coimbra Editora.

encontrar novas oportunidades de emprego com base nessa experiência. As competências profissionais adquiridas são um grande trunfo para qualquer trabalhador numa candidatura a um posto de trabalho numa empresa. Desta forma, não é difícil admitir que as empresas concorrentes provavelmente procuram os mesmos candidatos. Para além disso, a experiência dos trabalhadores desenvolvida por conta de um concorrente é sempre desejável para um novo empregador, podendo até ser um fator diferenciador. No entanto, este interesse pode não estar totalmente relacionado com qualquer conhecimento específico sobre o concorrente, mas apenas porque a experiência em qualquer indústria particular é muito valorizada. Assim, podemos concluir que o simples facto de iniciar uma nova relação profissional com um concorrente do antigo empregador não é suficiente para causar danos [12]. Portanto, é importante ter alguma cautela na interpretação do conceito de negócio concorrente e danos para este fim. Se tivermos em conta os valores que devemos conciliar, estes temas são de extrema sensibilidade por colocarem em causa a liberdade de trabalho. No entanto, não podemos esquecer que é perfeitamente legítimo que um trabalhador deseje recorrer à sua experiência para procurar melhores condições de trabalho.

Nesta medida, a restrição da liberdade de trabalho só é aceitável caso haja um respeito pelo princípio da proporcionalidade, tendo em conta os interesses legítimos protegidos do antigo empregador. Finalmente, é importante salientar que, mesmo que um trabalhador não tenha assinado qualquer pacto de não concorrência, ainda assim pode causar danos a um antigo empregador com o conhecimento tácito adquirido. No entanto, nestes casos, o antigo empregador pode pedir indemnizações através de diferentes áreas do direito, como o direito civil, societário ou penal [13].

3.2. O caso dinamarquês

Nesta fase, para estudar o impacto das redes sociais num pacto de não concorrência, devemos começar pela análise de um caso pioneiro

[12] Para um desenvolvimento da realidade espanhola, consulte Lourdes Mella Méndez, La responsabilidad indemnizatoria del trabajador durante la vigencia del contrato de trabajo, La Ley/Wolters Kluwer, Espanha, com o tema particular sobre a responsabilidade do trabalhador a partir da p. 256.

[13] O Código Penal e o Código da Propriedade Intelectual Portugueses protegem informações confidenciais.

dinamarquês decidido pelo Tribunal Superior Ocidental em 16 de dezembro de 2014. Então, vamos revisitar os factos do caso para uma melhor compreensão [14]: *i)* Dois trabalhadores terminaram os seus contratos de trabalho com o mesmo empregador com o objetivo de iniciar uma nova relação de trabalho com um concorrente. *ii)* Os trabalhadores estavam vinculados a um pacto de não concorrência, pelo que acordaram com o novo empregador que o contrato só começaria após o fim da restrição à liberdade de trabalho. *iii)* Enquanto estavam vinculados ao pacto de não concorrência, ambos os trabalhadores atualizaram os seus perfis no Linkedin com informações que identificavam o novo empregador e um link para a página web da empresa. *iv)* Como o Linkedin não tem nenhuma função dedicada a futuros empregadores, parecia nos perfis de ambos os trabalhadores que já estavam a trabalhar para o novo empregador. *v)* O antigo empregador dos trabalhadores exigiu indemnizações em tribunal, alegando a violação do pacto.

O tribunal de primeira instância [15] decidiu que a atualização de um perfil no Linkedin foi uma violação do pacto de não concorrência. Esta decisão foi apoiada pelo facto de que esta rede social visa promover contactos profissionais. Por esta razão, segundo este tribunal, quando ambos os trabalhadores partilharam o seu novo empregador, beneficiaram dos interesses comerciais dessa empresa. Assim, considerou-se que o comportamento dos trabalhadores foi ilícito e violou o acordo de não concorrência.

No entanto, após um recurso, o Tribunal Superior Ocidental decidiu de forma diferente. De acordo com a decisão do recurso, atualizar o Linkedin não é um ato direto ou indireto de trabalho para o novo empregador. Na decisão foram considerados os seguintes factos: *i)* embora estes trabalhadores tivessem um grande número de contactos no Linkedin, trabalhavam em corretagem e mercados financeiros, pelo que, para esta indústria, as relações pessoais eram irrelevantes; e *ii)* o antigo empregador não assegurou a sua posição por

[14] Embora o autor tenha tido acesso à versão original da decisão do caso, devido a dificuldades na tradução do idioma dinamarquês, decidiu-se descrever este caso com a ajuda do texto preparado por Tina Reissmann (2015), Updating LinkedIn profiles and non-competition clauses, disponível em: http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Employment-Benefits/Denmark/Plesner/Updating-LinkedIn-profiles-and-non-compete-clauses.".

[15] A primeira decisão judicial foi tomada pelo Tribunal Distrital de Aarhus.

uma cláusula escrita nos pactos de não concorrência de ambos os trabalhadores que regulasse o uso das redes sociais. Por estas razões, os trabalhadores foram absolvidos e não tiveram que indenizar o seu antigo empregador.

3.3. O papel das redes sociais

O Tribunal Superior Ocidental da Dinamarca não atribuiu um valor especial ao impacto da atualização dos perfis no Linkedin por ambos os trabalhadores. Um dos principais argumentos foi que, nos mercados de corretagem e financeiros, o contacto pessoal é irrelevante. Consequentemente, o tribunal provavelmente admite que, em algumas indústrias, a atualização do Linkedin pode ser relevante e uma fonte de responsabilidade dos trabalhadores por danos.

O Linkedin é uma rede social que se autoproclama a maior rede profissional com 400 milhões de utilizadores em 200 países diferentes [16]. A missão do Linkedin é incentivar contactos profissionais online e torná-los mais produtivos. De facto, através de uma simples pesquisa por uma pessoa no Google, na maioria das vezes a primeira linha é ocupada pelo seu perfil profissional no Linkedin. Ao contrário do Facebook, o Linkedin é uma rede social que visa impulsionar todas as competências profissionais dos seus utilizadores. Por isso, há muitas queixas sobre algumas intervenções ou partilhas 'não profissionais' feitas pelos utilizadores. A razão para estas queixas é evitar que o Linkedin se torne uma espécie de Facebook ou Instagram. Portanto, não existe qualquer dúvida de que o Linkedin é uma rede exclusivamente profissional.

O Facebook tem características muito diferentes e é muito mais extenso do que o LinkedIn. Assim, o Facebook começou o primeiro trimestre de 2018 com mais de 2 mil milhões de utilizadores ativos [17]. Nesta rede social, podemos encontrar pessoas com diferentes usos do potencial da plataforma. Enquanto alguns usam o Facebook para lazer e para contactar amigos e familiares, outros usam-no para fins profissionais. Se considerarmos que esta rede social abrange mais

[16] Informação disponível na página web do LinkedIn em https://www.linkedin.com/about-us?trk=uno-reg-guest-home-about (consultado em 20 de outubro de 2016).

[17] Dados disponíveis em https://www.statista.com/statistics/346167/facebook-global-dau/.

utilizadores com diferentes motivações, por vezes é difícil reconhecer o verdadeiro propósito de um uso específico. Ainda assim, o Facebook pode ter um grande impacto profissional em alguns contextos, tais como: *i)* disseminação ou publicidade de uma atividade profissional que já existe fora da rede; *ii)* marketing pessoal de um profissional com o objetivo de ganhar reputação entre os seus contactos; *iii)* desenvolvimento de uma atividade económica diretamente através do Facebook; *iv)* acordo de prestação de serviços com outros agentes que desejem usar o Facebook para qualquer um dos fins profissionais acima mencionados.

Desta forma, embora não seja considerada uma rede profissional, o Facebook permite o desenvolvimento de atividades comerciais ou profissionais. Podemos ainda acrescentar que o facto de ter mais utilizadores com uma grande variedade de interesses é uma vantagem em comparação com o Linkedin.

Recentemente, o Instagram tornou-se uma rede social de rápido crescimento. Em 2015, atingiu 400 milhões de utilizadores [18] e está muito bem implementada entre as gerações mais jovens. Esta rede social é impulsionada pela partilha de fotos com efeitos especiais e mensagens curtas. No entanto, ainda podemos usar esta plataforma para fins de lazer ou profissionais. Por exemplo, a Coca-Cola tem 1,1 milhões de seguidores no Instagram [19], enquanto a McDonalds tem um total de 1,2 milhões [20]. No entanto, em algumas indústrias, o Instagram pode ter um tamanho semelhante ao do Facebook, pois tem um grande impacto visual e está a crescer entre as gerações mais jovens. Além disso, tanto o Instagram quanto o Facebook têm uma grande interação que ajuda no seu funcionamento.

Finalmente, é importante mencionar o Twitter, atualmente X. Embora não seja muito utilizado em alguns países como Portugal, esta rede social tem 332 milhões de utilizadores ativos em todo o mundo. O Twitter baseia-se na partilha de informações através de Tweets. Estes Tweets têm um tamanho máximo de 280 caracteres. Assim, a informação partilhada é muito curta e limitada. De facto, a primeira ideia era criar uma rede social com um conceito semelhante

[18] Números apresentados pelo Instagram em https://www.instagram.com/press/ (última consulta a 7 Março de 2016).

[19] Cfr. https://www.instagram.com/cocacola/(última consulta a 7 Março de 2016).

[20] Cfr. https://www.instagram.com/mcdonalds/(última consulta a 7 Março de 2016).

ao envio de mensagens de texto em telemóveis. Atualmente, o Twitter tem uma forte implementação no mundo académico e na disseminação de notícias pelos meios de comunicação social. Nos EUA, o Twitter também é utilizado por pessoas com ou sem notoriedade para partilhar ideias.

Temos de ter em conta que as redes sociais não tratam ninguém de forma diferente. Ao receber o seu doutoramento *honoris causa* na Universidade de Turim, Umberto Eco disse no seu discurso que as redes sociais estavam a dar voz a uma legião de tolos, porque qualquer utilizador podia ter o mesmo impacto na opinião pública que um vencedor do Prémio Nobel [21]. Assim, o papel fundamental das redes sociais na nossa sociedade é notório. Embora partilhemos a opinião de Umberto Eco sobre o tamanho da legião de tolos que beneficiam do uso das redes sociais, é importante salientar que as suas palavras mostram uma evidência vital para o nosso estudo: as redes sociais dão um palco às pessoas comuns que antes era dado aos vencedores do Prémio Nobel. O alcance de uma atualização, publicação ou Tweet não tem fronteiras.

Portanto, acreditamos fortemente que atualmente as redes sociais não são irrelevantes na nossa sociedade. Sempre que precisamos entender os diferentes fenómenos que ocorrem na sociedade, não podemos avaliar as redes sociais apenas como uma simples ferramenta de lazer. São, efetivamente, o novo espaço para diversas gerações.

3.4. Comentário à solução do caso dinamarquês

Nesta fase, é fundamental abordar a decisão do caso dinamarquês quando aplicada aos factos. Em primeiro lugar, consideramos que o Tribunal Superior Ocidental decidiu bem ao tentar criar um nexo causal entre a influência do Linkedin e a indústria onde os trabalhadores exerciam a sua atividade profissional. O tribunal foi muito preciso ao explicar que os mercados de corretagem e financeiros eram indústrias sem um impacto relevante nas relações sociais. Portanto, parece vital entender que efeito uma rede social poderia ter numa determinada indústria. Não podemos negar esse impacto sem uma

[21] Notícias sobre o discurso de Umberto Eco podem ser encontradas em vários links. No entanto, recomendamos o seguinte link: http://www.lastampa.it/2015/06/10/cultura/eco-con-i-parola-a-legioni-di-imbecilli-XJrvezBN4XOoyo0h98EfiJ/pagina.html.

análise de cada situação concreta. Desta forma, se estivermos a estudar o caso de um trabalhador numa área de vendas com uma alta lealdade de clientes, a simples mudança de empregador pode ser complementada com uma mudança de cliente. Imagine-se se fosse esta a situação no caso dinamarquês. A mera atualização do perfil no Linkedin poderia facilmente causar danos ao antigo empregador. De facto, a mudança antecipada de clientes de uma empresa para outra poderia ser uma consequência provável do anúncio público de um novo empregador. Desta forma, esses atos provavelmente criariam danos para o empregador vinculado a um pacto de não concorrência com ex-trabalhadores. Agora, os pactos de não concorrência com efeitos após a cessação do contrato de trabalho visam evitar precisamente esta situação. Por esta razão, nos EUA e no Reino Unido, esses acordos têm diferentes categorias dentro do conceito de cláusulas restritivas. Uma dessas categorias é o acordo de não solicitação, onde um trabalhador aceita não só não trabalhar para um concorrente, mas também não contactar os clientes do antigo empregador com quem teve uma relação profissional durante o emprego. Os pactos de não concorrência não têm apenas o objetivo de evitar a migração de segredos comerciais de uma empresa para um concorrente que tenha atraído os seus trabalhadores, mas também de impedir que os trabalhadores beneficiem do acesso aos clientes para competir contra um antigo empregador enquanto o acordo estiver em vigor. Acreditamos que a análise da atividade desempenhada é a premissa para qualquer decisão judicial que deseje avaliar o impacto das redes sociais na violação de uma cláusula de não concorrência.

Em relação ao segundo ponto da decisão do Tribunal Superior Ocidental — a ausência de qualquer acordo para limitar a divulgação de um novo empregador no Linkedin — entendemos que a decisão não foi a mais acertada. De facto, deve ser avaliado se a ação de um trabalhador poderia ou não violar um pacto de não concorrência. Portanto, os empregadores não precisam de colocar no contrato que os trabalhadores não podem usar redes sociais em atos de concorrência. Como as redes sociais fazem parte da nossa vida diária, são um meio como qualquer outro para violar o acordo. Defender o contrário é permitir a impunidade de atos através das redes sociais. É apenas neste último ponto que o autor não concorda com a decisão do tribunal. Também é digno de algum mérito que o tribunal de primeira instância tenha decidido dar dimensão e visibilidade ao impacto que uma atualização do Linkedin pode ter numa relação comercial e profissional. Neste caso dinamarquês, mesmo

que os trabalhadores não trabalhassem para o novo empregador, a divulgação antecipada dessa informação criou essa ideia no mercado, nomeadamente para trabalhadores, clientes e empresas concorrentes que têm acesso ao Linkedin [22].

4. O USO DAS REDES SOCIAIS COMO UM ELEMENTO RELEVANTE PARA A VIOLAÇÃO DE UM PACTO DE NÃO CONCORRÊNCIA E O DIREITO À PRIVACIDADE

As redes sociais são atualmente o novo "espaço público" da nossa sociedade [23]. Conversas comuns em bares ou pubs foram parcialmente substituídas pelo contato feito através do Facebook ou outras plataformas disponíveis na internet [24].

Por outro lado, as redes sociais também podem ser um "espaço público de ação" [25]. Atualmente, há muitos protestos públicos realizados através das redes sociais. Um simples desacordo em relação a uma decisão política pode levar a fortes protestos no Facebook, por exemplo. Assim, não há dúvida de que as pessoas se sentem livres para usar as redes sociais para expressar crenças, opiniões e intenções. No momento, essas plataformas não são um espaço de estrita intimidade individual. As informações compartilhadas nas redes sociais não são muito diferentes daquelas compartilhadas na mesa de um restaurante com amigos e colegas. No entanto, há um

---

[22] Devemos lembrar que não é necessário ser um utilizador do Linkedin para analisar perfis. A pesquisa através do Google permite alcançar essa informação importante.

[23] O autor já defendeu esta ideia também em um caminho multidisciplinar diferente (cfr. Abrunhosa e Sousa, Duarte (2016), Non-competition clauses — Impacts of social networks", Interdisciplinary Approach to Law in Modern Social Context — Conference Papers, Vilnius University, pp. 9-15).

[24] Esta ideia também é seguida por Raúl Trejo Delarbe (2009), "Internet como expressão e extensão do espaço público", MATRIZes, Ano 2, n.º 2, disponível em: https://rtrejo.files.wordpress.com/2012/04/internet-e-espaco-pc3ba-blico-matrizes-2-2009.pdf.

[25] Esta expressão é utilizada por Dayo de Araújo Silva Côrbo e Márcio Gonçalves (2015), "Redes Sociais Digitais na esfera pública política: Exercícios de Cidadania, Revista do programa de Pós-Graduação em Mídia e Cotidiano", Artigo Seção Dossiê Mídia e Cidade, Número 6, Volume 6, disponível em: http://www.ppgmidiaecotidiano.uff.br/ojs/index.php/Midecot/article/view/146/156.

fator agravante importante: as informações compartilhadas permanecem na plataforma e é bastante difícil controlar todos os destinatários. Portanto, podem se tornar "virais".

Agora, o artigo 26.º da Constituição Portuguesa estabelece que todos têm direito à privacidade. Este é um reconhecimento do estatuto de direito pessoal, liberdade e garantias. Portanto, é a defesa do direito geral da personalidade.[26]Em relação ao direito à privacidade, é importante lembrar a teoria das três esferas adotada por Jorge Miranda e Rui Medeiros [27]: *i)* esfera da intimidade; *ii)* esfera privada; e *iii)* esfera social. Desta forma, qual esfera está incluída no uso das redes sociais para fins profissionais ou comerciais? Apesar das críticas tradicionais a esta teoria, ela continua a ser vital para a qualificação da intimidade da vida privada. Subsequentemente, o uso de uma rede social onde o utilizador tem, por exemplo, 500 contactos permite uma expectativa de afastamento da intimidade da sua vida privada. Qual é a diferença entre partilhar informações no Facebook com 500 contactos ou num jantar com o mesmo número de pessoas? A lei geralmente não faz qualquer abordagem relevante a este conceito, pelo que os tribunais têm de lidar com a decisão apropriada para cada caso.

Como já mencionado, as redes sociais tornaram-se o novo espaço público. Desta forma, o direito à privacidade deve ser ajustado à nova realidade. Os utilizadores das redes sociais estão cada vez mais bem informados e conhecem o possível alcance de tudo o que partilham através destes meios.

Do ponto de vista do Direito do Trabalho, o artigo 16.º do Código do Trabalho Português protege o direito à privacidade [28]. Este artigo está incluído numa subseção sobre direitos de personalidade. Neste caso, o legislador português reconheceu expressamente alguns

[26] Jorge Miranda e Rui Medeiros defendem que o artigo 26 da Constituição Portuguesa é uma manifestação do direito à dignidade humana (Miranda, Jorge, e Medeiros, Rui (2005), Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra Editora, Portugal, p. 282.

[27] Cfr. *op. cit.*, p. 290.

[28] De acordo com o artigo 16 do Código do Trabalho Português, o trabalhador e o empregador devem respeitar os direitos de personalidade e os direitos à privacidade da outra parte. Sobre este assunto, Maria Regina Redinha fez um desenvolvimento importante em 2004 (cfr. Regina Redinha, Maria (2004), Os direitos de personalidade no Código do Trabalho, A Reforma do Código do Trabalho, Coimbra Editora, Portugal, p. 169).

casos que devem ser protegidos [29]: *i)* dados pessoais; *ii)* uso de dados biométricos; *iii)* exames e testes médicos; *iv)* sistemas de vigilância; e *v)* confidencialidade de mensagens e acesso à informação.

O uso de uma rede social para fins profissionais por um empregador como meio de prova para exigir indemnizações contra um trabalhador é lícito do ponto de vista do Direito do Trabalho. Agora, em relação à ação disciplinar, há alguns casos relevantes já decididos pelos tribunais portugueses.

O caso mais famoso estava relacionado com o despedimento com justa causa de um representante sindical porque fez alguns comentários injuriosos contra o empregador no Facebook.[30]Embora todas as provas tenham sido baseadas numa publicação no Facebook, o Tribunal da Relação do Porto decidiu que o despedimento foi lícito. Aqui, a surpresa foi a forma como este tribunal lidou com o facto de que uma rede social não deve ser usada como meio para evitar atos ilícitos. Portanto, é importante citar a decisão do tribunal neste aspeto. As redes sociais criaram novos espaços que não se conectam facilmente com as esferas tradicionais que crescem na intimidade irredutível da privacidade dos trabalhadores, por isso, é difícil identificar os limites da privacidade que merecem a proteção da supervisão da confidencialidade, sendo sempre necessário fazer uma análise caso a caso. Concordamos com a legitimidade da decisão porque, como já mencionado, o uso das redes sociais não é sinónimo de partilha íntima de informações entre duas pessoas. Em alguns casos, uma publicação partilhada no Facebook pode alcançar milhões de destinatários em todo o mundo em poucas horas. Este impacto seria impossível se a mesma informação fosse partilhada numa simples conversa entre três ou quatro pessoas num bar ou num banco de jardim. Além disso, parece importante sublinhar que o Tribunal da Relação do Porto reforça a necessidade de analisar o nível de privacidade de acordo com cada

[29] Sobre este tema, Diogo Vaz Marecos identifica os artigos 17, 19, 20 e 21 do Código do Trabalho Português (Marecos, Diogo Vaz (2012), Código do Trabalho Anotado, Coimbra Editora, Portugal, 2.ª Edição, p. 111).

[30] Decisão do Tribunal da Relação do Porto (8 de setembro de 2014), processo número 101/13.5TTMATS.P1, consultado em www.dgsi.pt. No entanto, há vários casos nos EUA que também debateram a violação de cláusulas de não concorrência através do Facebook — Enhanced Network Solutions Group v. Hypersonic Techs., 951 N.E.2d 265 (Ind. Ct. of App. 2011); Invidia v. DiFonzo, 2012 WL 5576406 (Mass. Super. 2012); Pre-Paid Legal Services v. Cahill, 924 F.Supp.2d 1281 (E.D. Okla. 2013).

situação particular. Desta forma, podemos evitar o perigo de generalização neste assunto. Ainda, no mesmo caso, o Tribunal da Relação do Porto fez uma declaração fundamental ao defender que não resulta da publicação do trabalhador no Facebook qualquer "expectativa de privacidade". Desta forma, o trabalhador não poderia alegar a natureza privada e pessoal dessa publicação para beneficiar da proteção prevista no artigo 22 do Código do Trabalho Português [31].

Por esta razão, podemos trazer esta ideia para a análise do impacto das redes sociais na violação de acordos de não concorrência. Entendemos que tudo deve convergir para a existência ou não de uma "expectativa legítima de privacidade do trabalhador". Assim, o uso das redes sociais para fins profissionais, na maioria das vezes, será incompatível com uma expectativa legítima de privacidade. Vamos revisitar o caso dinamarquês. Os trabalhadores não atualizaram o Linkedin com a intenção de que a informação fosse registada apenas para si mesmos ou para um pequeno grupo de destinatários. Ao atualizar o perfil nesta rede social, os trabalhadores pretendiam anunciar ao mundo profissional inteiro que tinham mudado de empregador. Em vez de ter uma expectativa de privacidade, os trabalhadores tinham uma expectativa de notoriedade. Desta forma, o direito à privacidade não poderia prevalecer apenas porque os meios utilizados para partilhar informações eram redes sociais. A decisão citada do Tribunal da Relação do Porto dá fortes indicações para interpretar esta nova realidade e mostra que está preparado para lidar com este novo fenómeno.

CONCLUSÕES

Após esta análise, é importante identificar as nossas conclusões sobre o impacto das redes sociais nos pactos de não concorrência da seguinte forma: *a)* As redes sociais criaram um novo espaço público, uma vez que moveram os fóruns de discussão para uma realidade virtual que pode ter um alcance ilimitado; *b)* Facebook, LinkedIn,

[31] O Tribunal da Relação de Lisboa decidiu da mesma forma (Decisão do Tribunal da Relação de Lisboa (24 de setembro de 2014), processo número 431/12. TTFUN.L1-4, consultado em www.dgsi.pt). De acordo com a decisão do tribunal, quando um trabalhador prepara uma publicação no Facebook, ele permite que seus "amigos" decidam livremente se querem compartilhá-la.

Instagram e Twitter (X) são exemplos de redes sociais que podem ser usadas para fins profissionais; *c)* Numa sociedade que consagra o princípio da livre iniciativa económica, a concorrência não só é permitida, como também é desejável se for lícita; *d)* Após a cessação de um contrato de trabalho, desde que todos os requisitos legais sejam cumpridos, um trabalhador pode estar vinculado a um pacto de não concorrência com o seu antigo empregador; *e)* Os pactos de não concorrência devem ser interpretados com grande cautela, pois restringem a liberdade de trabalho; *f)* Na Dinamarca, o Tribunal Superior Ocidental decidiu que a atualização do perfil no LinkedIn com a identificação do futuro empregador por trabalhadores vinculados a um pacto de não concorrência assinada com um antigo empregador não era uma violação do acordo; *g)* Pelo contrário, o tribunal de primeira instância decidiu que a atualização do Linkedin era uma violação do acordo; *h)* A análise da atividade profissional exercida é essencial para determinar se o uso das redes sociais para fins profissionais pode ser uma violação de um pacto de não concorrência; *i)* As redes sociais são um novo paradigma que deve ser interpretado com adequação pelos tribunais para evitar que sejam usadas para evadir responsabilidades; *j)* O uso das redes sociais para fins profissionais implica uma natureza de expectativa de notoriedade; *k)* Para determinar se o uso de informações partilhadas num contexto profissional por um trabalhador através das redes sociais é uma violação do direito à privacidade, é necessário analisar a dicotomia entre "expectativa legítima de privacidade" e "expectativa legítima de notoriedade"; *l)* Os pactos de não concorrência pendentes podem ser violados por trabalhadores através das redes sociais para fins profissionais.

MACHINE LEARNING EVIDENCE

Fernando Silva Pereira *

Abstract: Machine learning is a field of artificial intelligence that gives computers the ability to learn without being explicitly programmed, which poses the problem of whether and to what extent the outputs of deep learning software can be used as evidence in judicial proceedings. Focusing on Civil Procedure Law, this article aims to reflect on this problem, from the point of view of the admissibility and weight of such evidence, paying close attention to the American experience, where the issue of the use of scientific and technical evidence has been the subject of broad discussion.

Keywords: Artificial Intelligence; Machine Learning Evidence; Evidence; Civil Procedure Law.

Summary: 1. Introduction. 2. Artificial intelligence and 'machine learning'. 3. The problem of evidence admissibility; 3.1. Introduction; 3.2. Case Law of the US Supreme Court on the problem of the admissibility of technical-scientific evidence and Rule 702 of the Federal Rules of Evidence; 3.2.1. The 'general acceptance test', or 'Frye test'; 3.2.2. Subsequent developments and the entry into force of the Federal Rules of Evidence; 3.2.3. The Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc. ruling and the court's gatekeeper role; 3.2.4. Rule 702 of the Federal Rules of Evidence and the Daubert/Kumho standard; 3.3. Rule 702 and evidence resulting from 'machine learning software'. 4. The problem of assessing evidence. 5. Conclusion. Bibliography.

1. INTRODUCTION

The purpose of this paper is to reflect on the use of outputs from 'machine learning software', a field of artificial intelligence, as evidence

* CIJ researcher; Assistant Professor at FDUP.

in civil proceedings (we have in mind cases in which this software is used in judicial proceedings as a means of extracting the record or indicia of a source of evidence [1], meaning that the issue of its application falls within the field of technical evidence [2]).

The Portuguese civil procedure system is based, with some exceptions (e.g. Articles 875 and 393 to 395 of the Civil Code), on the principle of free evidence [3]. The courts acquire technical-scientific knowledge through expert evidence, which is formally and materially regulated by the rules of evidentiary law enshrined in Articles 467 to 489 of the Code of Civil Procedure (CPC) and Articles 388 and 389 of the Civil Code (CC). The output of expert evidence must be freely assessed by the judge (Article 389 CC and Article 607(5) CPC) [4].

---

1 José Lebre de Freitas, *A Ação declarativa comum, À luz do Código de Processo Civil de 2013*, 4.º ed., Gest-legal, 2017, p. 238. The author notes, with regard to the distinction between source of evidence and probative factor, that this distinction becomes clear when, between the source of evidence and the judge, there is the intermediation of the expert (Article 388 CC), which is necessary due to his technical knowledge: 'by extracting and (or) evaluating the record or indicia of the source of evidence, the expert intervenes in the process of its manifestation as a probative factor'. The expert is not the personal source of evidence; rather, he intervenes in the process of manifestation of the source of evidence, whether personal or in rem (*ob. cit.*, p. 238, note 9). Imagine, for example, using machine learning software to decipher the content of a recording that is damaged and not discernible to the human ear. While the recording (document) is the source of evidence, the software would be used to extract its content.

2 Clearly, the software must meet certain methodological criteria in order for the respective evidence to be considered the product of a reliable technical instrument. This is one of the underlying issues in this article, which will be dealt with against the backdrop of Rule 702 of the Federal Rules of Evidence. It should be noted that the creation of software of this type (as is generally the case with the entire information technology profession) is not a fully regulated profession (it is not necessary for the software creator to have specific theoretical training or to be registered with a professional quality control body), which reinforces the importance of the gatekeeper function that must be performed by the court. In the future, we can imagine the creation of a list of software that can be accepted as evidence.

3 On this point, see Manuel Antunes Varela, José Miguel Bezerra, Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil de acordo com o Dec.-Lei 242/85* (2.ª Edição Reimpressão), Coimbra Editora, 2004, pp. 467-470.

4 It is not our intention to go into some of the dogmatic aspects of expert evidence, in particular the question of whether expertise is a means of evidence

However, the issue of the evidential use of science raises some general questions, which will not be elaborated on here, but which relate to the problem of whether civil proceedings should be geared towards establishing the truth, and what the function of (civil) evidence is [5]. We believe that truth has an axiological function, i.e. it is a value of the process, and that evidence is the vehicle designed to provide the judge with the cognitive instruments necessary for the correct and rational procedural reconstruction of the facts. The

or whether, instead, the expert should be seen as an assistant to the court (on this point, see, among others, José Lebre de Freitas, *A Ação declarativa comum, À luz do Código de Processo Civil de 2013*, cit., p. 238, note 9). For a comparison of this figure in the legal systems of European Union countries, see José Lebre de Freitas, "La Preuve dans L`Union Européenne: Différences et Similitudes", *in Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, vol. I, 2.ª edição, Coimbra Editora, pp. 573-609. Another aspect that will not be considered in detail here concerns the figure of the 'technician' (see, for example, Maria José Capelo, "A enigmática figura do técnico no Código de Processo Civil", *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. I, Coimbra Editora, pp. 1045-1067). Under the terms of Articles 492 and 601(1) of the Code of Civil Procedure, the judge may appoint a technician to assist him in the taking of evidence and discussion of the facts at the hearing, to assist him and provide the necessary clarifications, just as he may, at any stage of the case, request the technical opinions that are indispensable for establishing the facts. For the opinion that the expert is merely an assistant to the court, see José Lebre de Freitas/Montalvão Machado/Rui Pinto, *Código Processo Civil Anotado*, 2.º Volume, 2.ª ed., Coimbra Editora, Article 649, note 2. For her part, Maria José Capelo, in "A enigmática figura do técnico no Código de Processo Civil", cit., pp. 1051-1053, raises the issue of how this figure should be viewed in relation to that of the expert witness. The author refers to the Italian system, which gives rise to these doubts, where the figure of the 'technician' is given a different theoretical framework, encompassing and diluting the category of 'expert' as a source of evidence. The author wonders: 'Doesn't our Code suffer from some dogmatic imprecision or ambiguity with regard to the figure of the expert? (...) Should we opt for the model of the Italian system by removing the "expert" from the preclusive system of evidence and relegating the opportunity for the expert's intervention to all those moments when technical-scientific experience is relevant to the resolution of the dispute? Or, on the other hand, wouldn't it be more reasonable to have a system such as the French one, which provides for the use of an expert (as an instructional measure) through three modes of participation with progressive breadth and complexity: 'constatation', 'consultation' and, reserved for more complicated cases, 'expertise'?' (*ob. cit.* pp. 1054-1055).

[5] Michele Taruffo, *A prova*, trad. João Gabril Couto, 1.ª ed., São Paulo, Marcial Pons, 2014, pp. 299 et seq.

judicial truth of the facts thus corresponds to the success of rational operations, which are all the more reliable when they are based on accurate knowledge. Hence the usefulness of science, and of technology in general, for the process [6].

'Machine learning software' has opened new possibilities in the field of automating human tasks, allowing us to go beyond the limits of traditional coding [7]. The problem of the evidential use of machine outputs is not new (think, for example, of the use of radars, breathalysers, DNA analysis software, GPS, risk analysis software, etc). Yet the evidential use of outputs from this type of software poses specific problems, given the programming methodology used, the volume of data and processing capacity involved, etc., as well as the fact that in many cases it is not possible to explain how the machine arrived at a certain result [8].

In the US, the issue of the admissibility of technical-scientific evidence — acquired through expert witnesses [9] — has been the subject

---

6 Michele Taruffo, *A prova*, cit., pp. 299-230.

7 Among the many tasks that machines can learn, the most common are classification (e.g. image or facial recognition), classification with absent parameters (e.g. recognising an object or a face from a damaged or incomplete image), regression (e.g. predicting a numerical value given certain conditions), transcription (e.g. voice recognition software), anomaly detection (e.g. credit card fraud detection), imputation of missing values (i.e. predicting certain data points given other data points), etc. Many of the emerging evidentiary applications of machine learning fall into these general categories, such as identifying a defendant from a damaged video or photograph, or detecting anomalies in corporate filings to provide evidence of wrongdoing (Patrick W. Nutter, "Machine Learning Evidence: Admissibility and Weight", University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law 21, no. 3, February 2019, pp. 919-958 (pp. 920-930).

8 Patrick W. Nutter, "Machine Learning Evidence: Admissibility and Weight", cit., pp. 921 et seq.

9 It should be noted that in the US legal system the technical expert testifies as a witness (expert witness). As Michele Taruffo noted (Michele Taruffo, "Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense", Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Anno L (1996), pp. 241-244): "*L`acquisizione della prova scientifica avviene di regola per mezzo di consulenze tecniche, il che significa — negli Stati Uniti — la testimonianza di expert witnesses. (…) L`aspetto forse più importante, e che maggiormente diversifica il sistema nordamericano dai sistemi di civil law, è che l`esperto viene considerato a tutti gli efetti un testimone. Ciò significa in particolare che gli esperti vengono dedotti dalle parti, che ovviamente li scelgono e li portano in giudizio come fonti di conoscenza dei dati scientifici che le parti stesse ritengono utili per la decisione. Sono poi le parti che pagano gli esperti di cui si servono, e li «preparano» per*

of extensive discussion in legal theory and in case law, in the light of Rule 702 of the Federal Rules of Evidence and, among others, the US Supreme Court's decision in the Daubert case. This established a set of criteria to be used when assessing the admissibility of this type of evidence, enshrining the judge's role as gatekeeper. The judge is responsible for distinguishing between good and bad science, by checking the methods and procedures that govern the formation of the evidence. Given the presence of the jury system (albeit uncommon in civil cases [10]), checking the reliability of evidence is very important [11], and this control is exercised over the methods and procedures used, not over the outcome of the evidence. In other words, the court should

la testimonianza. (...) Nessuno si aspetta che l`expert witness, essendo istituzionalmente partisan, fornisca conoscenze oggettive formulate in modo neutrale ed imparziale".

[10] In recent years, civil jury trials have accounted for 1-2% of all cases, and 4-5% in the Federal Court. (Michele Taruffo, "Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense", cit., p. 244, note 117).

[11] On this point, see Giovanni Canzio, "Prova scientifica, ricerca della «verità» e decisione giudiziaria nel processo penale", Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 8, Decisione giudiziaria e verità scientifica, Milano — Dott. A. Giuffrè Editore, Milan, 2005, pp. 55-79 (pp. 58 et seq.): "*Il paelse intento della disciplina è quello di sterilizzare tempestivamente il rischio che le caratteristiche dello stile adversary (...) possano essere inquinate da operazioni técnico-scientifiche incomprensibili, confuse, non verificabili, suggestive e pregiudizievoli per il corretto esame da parte della guiria, cui è attribuito il ruolo effettivo di trier of fact*". See also, Michele Taruffo, "Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense", cit., p. 227; Petra Claudia Meyer, *Der Sachverständigenbeweis zwischen Partei und Richter — Rechtsvergleich zum US— amerikanischen Zivilprozess und Reformansätze um deutschen Recht*, Münster, Nomos, 2013, p. 167 ("*Während im deutschen Zivilprozess der Sachverständigenbeweis meist schriftlich eingebracht wird, ist die US-am. Hauptverhandlung einer strikteren Handhabung des Mündlichkeitsprinzips verhaftet*"); Jack V. Matson/Suha F. Daou/Jeffrey G. Soper, *Effective Expert Witnessing*, cit., p. 27 ("*Daubert established the role of the trial judge as "gatekeeper" for the admission of expert evidence and testimony. This gatekeeper role guards the jury from considering evidence that was purely speculative but offered under the guise of legitimate, scientifically based expert opinion. Although judges are not expected to be scientists, they must demonstrate the ability to think like scientists. They must understand the philosophical and practical standards of scientific method. In cases of doubt or inordinate complexity, judges can engage experts in the field to help them understand and ultimately decide an issue, but judges make the final decision*").

not substitute itself for the jury in cases where the jury is responsible for judging the facts.

On the other hand, when this judgement falls to the judge, *peritus peritorum* [12], he must assess the result of the scientific evidence, determining its specific probative value and making the necessary inferences in relation to the facts of the case. This is always the case in our legal system.

One might question the fact that our analysis is centred on a system such as the American one, which belongs to a different family of law and has a different, markedly adversarial nature. This, in fact, gives technical-scientific evidence a different legal-dogmatic framework. However, as stated by João Henrique Gomes de Sousa, although Rule 702 of the Federal Rules of Evidence was designed for a pure adversarial system in which conflicting scientific judgements are presented by the parties, 'this does not invalidate its methodological correctness even in a different system, since it sets out a good methodology for assessing and rationalising the technical or scientific expertise presented to the court, which becomes independent of the system of expertise used' [13]. Therefore, and since it is in the United States that the discussion on the probative use of technical-scientific evidence has gone the furthest, the experience gathered there, despite the important procedural differences in the way this evidence is acquired, is of great interest to civil law systems.

2. ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND 'MACHINE LEARNING'

'Machine learning' is the ability to learn (extracting patterns from raw data) without the computer having been explicitly programmed to do so [14]. This involves dynamic programs with the ability to adjust or change in response to the data they are exposed to, without the

[12] Using the expression 'the expert of experts' see Manuel A. Domingues de Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1979, p. 263.

[13] João Henrique Gomes de Sousa, A "Perícia" Técnica ou Científica Revisitada Numa Visão Prático-Judicial, Julgar — N.º 15 — 2011, pp. 27-52, p. 43.

[14] Chris Nicholson, "Artificial Intelligence (AI) vs. Machine Learning vs. Deep Learning, available online: https://pathmind.com/wiki/ai-vs-machine-learning-vs-deep-learning. On the future of artificial intelligence, and specifically on the subject of so-called evolutionary algorithms, see also Matthew Hutson,

need for human intervention. 'Deep learning machines', on the other hand, refers to a type of software capable of achieving very precise results when carrying out a task [15]. This software works using the computer programming method, but in a way that is different from traditional programming methods. In the latter, programmers write code for exactly what they want the machine to do. This programming method fuelled a huge variety of computer applications during the 20th century, but it does not enable the automation of many tasks that human beings perform, and which cannot be reduced to a 'set of rules', as is the case, for example, with facial recognition [16].

The very thing about 'machine learning software', as mentioned above, is that the computer learns to perform a task without the programmer being able to explain exactly how to do it [17]. The programming method is as follows: after the computer is shown thousands or even millions of pieces of data, it learns certain patterns, correlations or rules. Sometimes these rules are the same ones that humans use to carry out their task, but they may be rules that humans are unable to observe, or that they have not used before. Often, the programmer himself is unable to explain how the computer arrived at the result, i.e. the type of rules it inferred, even if the result is correct.

To carry out the task, the computer starts by learning from data provided by the programmer, which constitutes the set of 'quantified data'. In the case of numerical information, quantification is straightforward. In other cases, the mode of quantisation is less obvious, or may depend on the programmer's decision (e.g. the image of a face is quantised based on the pixel values that a screen uses to display

"Computers Evolve a New Path Toward Human Intelligence", Quantamagazine, November, 6, 2019.

[15] Patrick W. Nutter, "Machine Learning Evidence: Admissibility and Weight", cit., p. 927.

[16] *Ibidem*. The author gives the example of an artificial intelligence researcher who comments: I can easily recognise my mother's face, but I wouldn't be able to write a code for a machine to do this. This example illustrates the so-called Polanvi paradox, according to which there are fundamental limits to how much knowledge human beings can pass on to machines. Machine learning has emerged, however, as a subfield of artificial intelligence capable of circumventing this limitation.

[17] *Ibidem*, pp. 923 et seq. The term 'learning' is used here in an improper sense. 'Learning', in the context in which the term is used, refers to perfecting the performance of a task over time (*ob. cit.*, p. 929).

the image). Once the information has been translated into numbers, the programmer uses some of the information with known properties (referred to as 'training information') and teaches the computer rules or associations that will be useful when it analyses data with unknown properties. This process is called 'supervised learning' [18]. The computer will then make its own inferences.

Once the 'machine has learnt' from the training information and deduced a set of rules, its performance is tested and improved using a new set of data, called the 'test set', the properties of which are also known. On this basis, the programmer evaluates the machine's accuracy and error rates and can make further adjustments. If the machine has achieved a degree of accuracy that the researcher considers satisfactory, it can be used to analyse information extracted from the real world.

3. THE PROBLEM OF EVIDENCE ADMISSIBILITY

3.1. Introduction

Given the specific way in which 'machine learning software' is programmed and works, there are specific problems with the reliability of its results, which are different from those of traditional software.

Since the issue falls within the field of the admissibility of technical-scientific evidence, we will begin by addressing the problem in general terms. To do this, we will consider the US legal system, in particular Rule 702 of the Federal Rules of Evidence and the Supreme Court's decision in the Daubert case, as this is the system where the problem of the admissibility of technical-scientific evidence has been

[18] *Ibidem*, pp. 929 et seq. Using the example given above (cf., *supra*, note 17), a programmer, at this stage, will provide the machine with a set of images of his mother (images that the programmer knows are of his mother), telling the machine to associate the image of this face with his mother (e.g. by labelling each image with her name). At this point, the machine knows that these images are of the researcher's mother, not by any computational inference, but because the programmer has explicitly told it so. After that, the machine analyses the images and itself establishes associations, correlations or rules that will allow it to recognise the programmer's mother in new images that it has not seen before. For example, the machine can establish rules about skin tone, the distance between the eyes, the height or width of the face.

most thoroughly debated [19]. Only then will we analyse the application of these criteria to the case of evidence resulting from 'machine learning software'.

3.2. Case law of the US Supreme Court on the problem of the admissibility of technical-scientific evidence and Rule 702 of the Federal Rules of Evidence

3.2.1. The 'general acceptance test' or 'Frye test'

Traditionally, US courts used qualified experts as a criterion for acquiring technical and scientific knowledge. In other words, it was the presence of the expert in their professional field that guaranteed the reliability of their testimony and the possibility of the judge making use of their collaboration [20]. However, an important step forward was taken in 1923, when the District of Columbia Regional Court decided the case of Frye v. United States [21]. At issue was the admissibility of one of the first 'truth machine' models, in a murder case, and the Court formulated the criterion according to which a scientific device or principle can be admitted as evidence when it is 'sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs'.

This established the 'general acceptance test', or 'Frye test', according to which the admissibility of scientific evidence depends on the 'intellectual market', i.e. the existence of a widespread and consolidated consensus on its validity within the respective scientific field. Although the Frye decision does not have the force of precedent, this criterion was used by the courts for many years, and is still used today by some judges, because it has the advantage of allowing judges not to directly confront the problem of the scientific validity of the evidence, but to rely on what is accepted by the scientific community itself [22].

---

[19] Within the American legal system, there are other considerations regarding the admissibility of this type of evidence, such as those relating to the application of the Fifth and Sixth Amendments. These considerations fall outside the scope of this article.

[20] Michele Taruffo, "Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense", cit., pp. 232 et seq.

[21] Frye v. United States, 293 Fed. 1013, 1014 (D.C.Cir. 1923).

[22] Michele Taruffo, "Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense", cit., pp. 232 et seq.; Michael H. Graham, *Federal Rules of Evidence*

3.2.2. Subsequent developments and the entry into force of the Federal Rules of Evidence

Subsequently, however, consensus among legal scholars on the 'general acceptance test' began to decline. In fact, while some authors continued to support the rationality of the criterion according to which only that which is recognised as such by the scientific community should be admitted as scientific evidence, criticisms of this criterion also began to emerge. Some of the most significant and frequent arguments were that the criterion is too restrictive and excessively conservative, and that its application could result in the exclusion of scientific evidence based on valid methods and principles, although not accepted by the general scientific community because they are new and original. It has been observed that in many cases it takes decades for the opinion of the scientific environment to consolidate and, on the other hand, that in many areas or on many scientific data, although valid, there is no *communis opinio*. Similarly, but in the opposite direction, it has been argued that the test may be applied in an excessively flexible way, depending on how the judge defines the professional field in relation to which general acceptance is considered relevant [23].

Another very important aspect was the entry into force, in 1975, of the Federal Rules of Evidence, later adopted as a model by the legislation of most states. These rules make no reference to the 'general acceptance test', or to the Frye case, and Rules 702-706, which deal with expert witness evidence, do not use that test [24]. This situation led to a legal theory and case law divide between those who continued to use the 'Frye test' and those who felt that this test had been superseded by the entry into force of the new rules.

3.2.3. The Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc. ruling and the court's gatekeeper role

This was the context in which the US Supreme Court ruled in 1993 in the case of Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc. [25]. In the

in a nutshell, 10th edition, West Academic Publishing, 2018, United States of American, comment on Rule 702, pp. 367-401 (pp. 374 et seq.).

23 Michele Taruffo, "Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense", cit., pp. 232 et seq.

24 *Ibidem*.

25 Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993).

judgment, the Court took a very clear position, although some of the statements contained in the decision gave rise to doubts and discussions [26]. Firstly, the Court stated that the Federal Rules of Evidence are complete and exhaustive rules on the law of evidence, and the issue of admissibility of expert testimony and scientific evidence should be resolved with recourse to those Rules, rather than to previous case law. In other words, the Court adhered to the thesis that the Frye test had not been accepted by the Federal Rules of Evidence, as it was incompatible with their liberal orientation [27]. The Court considered that the Federal Rules adopted more flexible criteria regarding the admissibility of evidence in general, and technical-scientific evidence in particular, and that the 'general acceptance test' could not be the only criterion for admitting or excluding this evidence. Thus, while reaffirming that only evidence that is scientifically valid should be admitted as evidence, the Court emphasised that the reliability of evidence must be assessed according to various criteria, listing four main ones: (a) Whether the expert's theory or technique has been tested, (b) The known or potential rate of error of the theory or technique, (c) Whether the theory or technique has been peer-reviewed and published, and (d) Whether the theory or technique is generally accepted in the relevant scientific community. In other words, the 'Frye test' survived, but only as one of several possible assessment criteria. Furthermore, the Court admitted that other criteria could be used, without listing these in an exhaustive manner, and leaving this decision to the discretion of the judge [28]. Finally, the Court stressed that scientific evidence should only be admitted when it is directly useful and relevant to establishing the specific facts of the case [29].

---

[26] We follow Michele Taruffo, "Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense", cit., pp. 236 et seq.

[27] On the cultural background to this decision, see Angelo Dondi, "Paradigmi processuali ed «expert witness testimony» nel diritto statunitense", Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Anno L (1996), pp. 261-285 (p. 268), and David Goodstein, "How Science Works", *Reference Manual on Scientific Evidence*, Third Edition, Federal Judicial Center, The National Academies Press, Washington, United States of America, 2011, pp. 37-54 (pp. 52-54).

[28] Jack V. Matson/Suha F. Daou/Jeffrey G. Soper, *Effective Expert Witnessing*, cit., p. 28: "*While the Daubert test provides the basis for challenging proposed expert testimony, trial judges can use, reject, or modify any of the Daubert factors at their own discretion*".

[29] We follow Michele Taruffo, "Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense", cit., pp. 236 et seq.

According to the Daubert test, the judge must therefore play the role of effective gatekeeper, being responsible for confirming the reliability of scientific evidence by checking the methodology and principles underlying it, according to the multiple, but not necessarily cumulative, criteria set out by the Supreme Court [30]. In other words, assessment of the reliability of the specific results of scientific evidence is not necessary, but there must be a preliminary check of the underlying methodology [31].

3.2.4. Rule 702 of the Federal Rules of Evidence and the Daubert/Kumho standard

According to Michael H. Graham [32], despite the liberal orientation followed by the Supreme Court, in the sense of greater flexibility in the criteria for admissibility of evidence, the decision in the Daubert case has in practice created a stricter test, especially in civil cases [33], and has given rise to very divergent opinions. The difficulties concern the scope and manner of application of the test. Indeed, the Court did not specify whether it applies to all cases of expert evidence, or only to scientific evidence, and within this, whether it applies

---

[30] See Giovanni Canzio, "Prova scientifica, ricerca della «verità» e decisione giudiziaria nel processo penale", cit., pp. 58 et seq.: "*In altri termini, il passaggio è dalla tendenza a definire in generale, genericamente e una volta per tutte il significato di scientific evidence — come avveniva nella decisione Frye — alla tendeza a qualificare le metodologie di acquisizione di questi tipi di conoscenze, giungendo a determinare secondo l`espressione della stessa Corte suprema, alcuni «standards di affidabilità probatória*"); Michael H. Graham, *Federal Rules of Evidence in a nutshell*, cit., pp. 374 et seq.; Margaret A. Berger, "The Admissibility of Expert Testimony", cit., pp. 11-36 ("*Although there was nothing particularly novel about the Supreme Court finding that a trial judge has the power to make an admissibility determination -Federal Rules of Evidence 104(a) and 702 pointed to such a conclusion — and federal trial judges had excluded expert testimony long before Daubert, the majority opinion in Daubert stated that the trial court has not only the power but the obligation to act as gatekeeper*").

[31] Michele Taruffo, "Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense", cit., p. 239; Stephen Breyer, "Introduction", *Reference Manual on Scientific Evidence*, Third Edition, Federal Judicial Center, The National Academies Press, Washington, United States of American, 2011, pp. 1-9 (p. 6).

[32] Michael H. Graham, *Federal Rules of Evidence in a nutshell*, cit., pp. 380 et seq.

[33] *Ibidem* (see, in particular, pages 382-384, 386-387).

to all scientific evidence or only to innovative scientific techniques. On the other hand, the ruling may leave doubts as to whether the criteria listed in it should be applied cumulatively or not.

Some of these doubts were clarified by the Supreme Court in the case of Kumho Tire Company, Ltd. v. Carmichael [34], where it was stated that the gatekeeping obligation applies to all specialised evidence (i.e. all evidence based on technical knowledge, not just that based on scientific knowledge), and that the judge, when exercising this function, may consider one or more of the criteria set out in the Daubert test, when this helps to determine whether the evidence is reliable [35].

Meanwhile, Rule 702 of the Federal Rules of Evidence was amended with effect from 1 December 2000, in accordance with the Supreme Court's decision in the Daubert case. According to the reformulated rule, in addition to the requirement that the evidence must be relevant in demonstrating the 'disputed facts', the judge must determine, before accepting the testimony of the expert witness, that '(1) the testimony is based on sufficient facts or data, (2) the testimony is the product of reliable principles and methods, and (3) the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case' [36].

3.3. Rule 702 and evidence resulting from 'machine learning software'

The use of 'machine learning software' output as evidence leads us, in principle, to expert witness testimony, regulated by Rule 702

[34] Kumho Tire Company, Ltd. v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999).

[35] Michael H. Graham, *Federal Rules of Evidence in a nutshell*, cit., pp. 380 et seq.: Overall, *Kumho* instructs that the test of "reliable" is "flexible" and that "*Daubert`s* list of specific factors neither necessarily nor exclusively applies to all experts in every case." "Rather the law grants a district court the same broad latitude when it decides how to determine reliability as it enjoys in respect of its ultimate reliability determination."

[36] There is a note from the Advisory Committee stating that the modified Rule 702 is consistent with the interpretation of the Daubert test made in the Kumho decision. The structure of the rule would normally lead to the interpretation that each of the requirements must be considered separately and distinctly. In other words, it seems to follow from it that, when determining the admissibility of *expert witness testimony*, the court must declare that each of the three requirements is satisfied, or that one or more is not sufficiently established. In practice, however, the dividing line between these requirements is often unclear, and they are in fact part and parcel of a single determination (*ibidem*, p. 390).

of the Federal Rules of Evidence and the Daubert test [37]. As we have seen, for an expert witness to testify, the party must be able to demonstrate that the testimony is relevant to the decision, that it is based on sufficient facts or data, that it is the product of credible principles and methods, and that these principles or methods are correctly applied to the facts of the case [38]. In theory, the application of these criteria does not lead to the exclusion of evidence derived from machine learning, although the way the algorithm was created or the way it is used in court may make such evidence inadmissible [39]. Let us see.

In theory, evidence resulting from machine learning meets three of the criteria set out by the Supreme Court in the Daubert case, namely the requirements of 'testability' (the results of these processes can theoretically be shown to be false), peer review [40], and general acceptance within the scientific community. The criterion of assessing the known or potential rate of error is, however, a more delicate matter.

In fact, 'machine learning software' has calculable error rates, but the relevance of these to the specific case is often questionable. Algorithms of this type can have two margins of error: one relating to the algorithm's performance with data from the 'test set' [41], with known properties, and possibly a second rate, relating to the machine's performance with data from the real world, with unknown properties. Both rates usually appear as a single number, but mask other important values, such as the greater or lesser probability of the algorithm giving false positives or false negatives [42]. On

---

37 Patrick W. Nutter, "Machine Learning Evidence: Admissibility and Weight", cit., pp. 931 et seq. The author notes, however, that the way in which the evidence can be used in state courts depends on the law in force in each state.

38 As we have seen, when the judge determines the admissibility of expert testimony, he is only deciding preliminarily whether the reasoning or methodology underlying the testimony is scientifically valid and whether the reasoning or methodology can be appropriately applied to the cases at hand. The focus is not on the conclusions, but on the methods used.

39 We strongly agree with Patrick W. Nutter, "Machine Learning Evidence: Admissibility and Weight", cit., pp. 931 et seq.

40 Indeed, peer-reviewed literature on the subject has proliferated in recent years, with some of its scientific principles dating back to the mid-20th century.

41 These are the training data (data with known properties, and which are the basis for the algorithm to improve its performance over time).

42 On this point, see Patrick W. Nutter, "Machine Learning Evidence: Admissibility and Weight", cit., pp. 931 et seq., and p. 951. Using the example of a

the other hand, the programmer's criteria can influence error rates, e.g. in cases where the machine is only partially successful [43]. Finally, the error rate may hide a higher rate when the software is applied to real data with different characteristics from those used to initially train the machine [44].

There are also other aspects that are very relevant to assessing the admissibility of this evidence, such as the amount, selection method and handling of the data used to train the machine [45]. Firstly, the more complicated the task, the more extensive the 'test set' used must be. In other words, the size of the data influences the machine's performance, and it is therefore necessary to demonstrate that the data used for training is sufficient, according to what is accepted by the scientific community.

Secondly, the way in which the data is collected or generated may lead to the production of biased samples [46]. It is therefore necessary

programmer who teaches the machine to recognise his mother's face, the author notes: "*.if the machine has only ever learned from images in which the mother was photographed with flash on, the machine may use the brightness of the image as a basis to identify the mother, and with more weight than any attribute about her face. If this were the case, when the machine later must confront an image of the mother in which she was not photographed with flash, the machine might not be able to identify her (a false negative), even though humans would not be confused by such a situation. Conversely, the machine might mistakenly identify as the mother an entirely different woman who was photographed with flash (a false positive)*" (*ob. cit.*, p. 951).

43 The author gives the example of a lip-reading machine. In this case, should an inelegant but nevertheless comprehensible translation be considered a good or bad result? This example shows that sometimes it is not easy to know what a good or bad result is. The answer, which will be included in the error rate statistic, will ultimately be the decision of a human being, and there may be no consistency from one programmer to another.

44 The author gives the example of a machine for identifying a defendant. The machine may draw conclusions about a defendant who does not share the characteristics of the initial training information. For example, an error rate for a machine that has been trained with data from subjects of different races may be less reliable for identifying people of one race than those of another. A similar problem relates to the geography of the data used to train the machine. This evidence is therefore particularly likely to violate the criterion of 'correct application of the principles and methods used to the facts of the case'.

45 *Ibidem*, p. 935. This relates to Rule 702's requirement that the evidence offered be based on sufficient facts or data and that it be the product of credible principles and methods.

46 *Ibidem*, pp. 936 et seq.

to ascertain the quality of the data used, and determine the extent to which it may be biased in the particular case: where did the data come from, what was the method of gathering or generating it [47], how did the programmer certify its quality if he received it from a third party [48]?

Thirdly, the way in which the data is labelled is also very important [49]. In other words, even if the sample is large enough, and the data is collected or generated using standard techniques, it must be properly labelled and organised — a very difficult but crucial task in the case of 'test sets' with millions of examples. 'Intelligent machines' learn from the data they are given, and according to how it is presented to them (it is the programmer who initially tells the machine what the data it is given means). Who identifies the data and how it is identified are therefore critical.

Finally, problems can arise with the base code. An examination of the software code can reveal details that affect the admissibility of evidence, according to the second part of Rule 702. Indeed, if the programming itself contains errors, it is possible that the machine's conclusions are not the result of 'reliable principles and methods'. Analysing the code may reveal simple errors or false assumptions in the creation of the program, sufficient to affect the machine's result [50].

4. THE PROBLEM OF ASSESSING EVIDENCE

The decision on the admissibility of evidence does not solve the problem of how to assess that evidence. Generally speaking, we may note that scientific evidence does not, as a rule, provide deductive

[47] When a database is not large enough, there are various techniques that programmers can use to manipulate it in order to artificially create a larger database. For example, the algorithm can collect examples of data at random and create other smaller databases. The programmer can also intentionally modify the data, e.g. by distorting images or adding noise in a random way. Manipulation modes are largely influenced by the programmer's decisions and the standards in their field (*ibidem*, p. 938 et seq.).

[48] It should be noted that in the case of methods for gathering data through open sources or data resulting from crowdsourced events, which are common in the field of intelligent machines, this verification may not even be possible.

[49] *Ibidem*, pp. 938 et seq.

[50] *Ibidem*, pp. 939 et seq.

certainty of the conclusions regarding the 'disputed facts' [51], but only a certain degree of probability [52] (as is the case here). It is therefore up to the judge to assess the result of the scientific evidence, in accordance with the principle of free assessment of the evidence (Articles 607(5) CPC and 389 CC) and according to a prevailing probability criterion [53], together with the other existing evidence. This is what is sometimes called the paradox of scientific evidence [54]. In effect, although the judge has decided to appoint an expert because he does not have the scientific or technical knowledge necessary to pass judgement on the case, he must act as *peritus peritorum* [55], assessing

[51] Michele Taruffo, *A prova*, cit., pp. 223-224.

[52] Michele Taruffo, "Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali", Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 8, Decisione giudiziaria e verità scientifica, Milano — Dott. A. Giuffrè Editore, Milan, 2005, pp. 3-23.

[53] On the concept of probability and standards of proof, see Michele Taruffo, *A prova*, cit., p. 303; Michele Taruffo, "Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali", cit., p. 20. According to the author, the prevailing probability criterion is a criterion of reasoning that needs to be adopted to fill the normative void that results from the adoption of the principle of the judge's free judgement. This principle disengages the judge from legal rules of evidence, but it does not disengage him from the criteria of logic, reason and intersubjective reliability in the evaluation of evidence. Therefore, what is no longer covered by rules on the value of evidence must be regulated by rational criteria, otherwise arbitrary decisions will be legitimised. The author also notes that it is not a question of accepting a statistical notion of probability, since such theories have no application to the phenomenon of evidence. The problem is therefore to know to what extent scientific knowledge can help the judge to apply the required standard of decision-making, i.e. to determine the level of probability of a hypothesis relating to a fact and to establish whether at least one hypothesis meets the prevailing probability standard.

[54] Michele Taruffo, "Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense", cit., pp. 244 et seq. For more on this problem, see Denti, V., "Scientificità della prova e libera valutazione del giudice", in Riv. dir. proc., 1972, pp. 414 et seq.

[55] Michele Taruffo, "Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense", cit., pp. 244 et seq. (p. 244); Michele Taruffo, *A prova*, cit., pp. 223-224; Giovanni Canzio, "Prova scientifica, ricerca della «verità» e decisione giudiziaria nel processo penale", cit., pp. 64-65. The latter author notes: "*(...) sembra consolidarsi l`orientamento giurisprudenziale per il quale spetta comunque al giudice l`impegnativo compito di verificare con particolare rigore la validità scientifica dei criteri e dei metodi di indagni utilizzati dal perito, allorché essi si presentinbo come «nuovi» e perciò non ancora sottoposti al vaglio di una pluralità di casi ed al reiterato confronto critico tra gli*

the expert's conclusions and even determining their degree of reliability and scientific validity [56].

However, the fact that the probative force of the result of the expert opinion is freely assessed by the court does not mean, of course, that the court can consider it arbitrarily or discretionarily, but only that it is not bound by legal rules or criteria [57]. In fact, once the degree to which the evidence logically confirms a given 'fact' has been established, it is epistemological criteria, rather than legal criteria, that determine the choice of the option that is preferable in terms of reasoning [58]. In other words, the judge must employ scientific arguments when assessing the output of scientific evidence, and has an added duty to state grounds if he disagrees with it [59].

To put it another way, the technical-scientific opinion itself is not assessed freely, but the judge must check its scientific validity. To do

esperti del settore, sì da non potersi considerare ancora acquisiti al património della comunità scientifica".

56 Michele Taruffo, *A prova*, cit., pp. 223-224. *"A força probatória das respostas dos peritos não é vinculativa para o tribunal, que pode afastar-se livremente do parecer dos peritos, quer porque tenha partido de factos diferentes dos que aceitou o perito, quer porque discorde das conclusões deles ou dos raciocínios em que eles se apoiam, quer porque os demais elementos úteis de prova existentes nos autos sejam mais convincentes, em seu entender, que o laudo dos peritos"* (Fernando Pereira Rodrigues, *Os meios de prova em processo civil*, 3.ª edição, 2017, Almedina, p. 141). See also José Lebre de Freitas, *A Ação declarativa comum, À luz do Código de Processo Civil de 2013*, cit., p. 344.

57 Fernando Pereira Rodrigues, *Os meios de prova em processo civil*, cit., p. 141

58 Michele Taruffo, *A prova*, cit., p. 319.

59 In this regard, the following judgments, among others, can be seen: Judgments of the Supreme Court of Justice of 05.05.1993, case no. 044111, rapporteur Ferreira Dias ("*A própria lei estabelece excepções ao princípio da livre apreciação da prova, respeitantes ao valor probatório dos documentos autênticos ou autenticados, ao caso julgado, à confissão integral e sem reservas no julgamento e à prova pericial. O juízo técnico-científico dos peritos deve ser acatado pelos julgadores, a não ser que estes dele divergirem, caso em que têm de fundamentar cientificamente a divergência*"), and of 06.07.2011, case no. 3612/07.6TBLRA.C2.S1, rapporteur Hélder Roque; Judgment of the Lisbon Court of Appeal of 11.03.2010, case no. 949/05.4TBOVR-A.L.1-8, rapporteur Bruto da Costa; Judgments of the Guimarães Court of Appeal of 07.06.2018, case no. 3/14.8TJVNF.G2, rapporteur Maria Cristina Cerdeira, and of 25.10.2018, case no. 6166/15.8T8GMR-A.G1, rapporteur Maria Cristina Cerdeira, and Judgment of the Évora Court of Appeal of 18.10.2018, case no. 803/06-2TBVNO-A.E1, rapporteur Ana Margarida Leite, all available at: www.dgsi.pt.

this, the judge does not need to be a scientist (that paradox is apparent [60]), but must be able to assess the validity of the methods used by the expert, determining the degree of reliability of his conclusions [61]. This brings us back to the problems that arise when the judge rules on the admissibility of evidence, aggravated by the fact that, as the judge of the facts, he must base his probative judgement on this evidence. In other words, it is up to the judge not only to check the correctness of the methods and procedures used to gather the evidence, but also to determine its specific probative value, making the necessary inferences in relation to the specific 'disputed facts' [62].

Specifically, with regard to evidence resulting from 'machine learning software', despite their mechanical appearance and the simplicity of their results — which give them a veneer of objectivity, certainty and neutrality — these machines are the product of human creation and are subject to human decisions and a tendency to make mistakes [63]. The aspects mentioned above (quantity, quality, organisation and suitability of the training data, perfection of the base code, etc.) carry most weight when determining the degree of reliability of the results obtained and must be taken into account when critically assessing the evidence.

However, even if these results can be considered reliable, in the light of the aspects mentioned above, we must bear in mind a particular characteristic of 'machine learning software', which concerns the unexplainability of its conclusions. As Patrick W. Nutter points out, this is due to the huge amount of data used, as well as

---

[60] Michele Taruffo, *A prova*, cit., p. 319.

[61] *Ibidem*. According to David Goodstein ("How Science Works", cit., pp. 52-54): "*The presentation of scientific evidence in a court of law is a kind of shotgun marriage between the two disciplines. Both are obliged to some extent to yield to the central imperatives of the other's way of doing business, and it is likely that neither will be shown in its best light. The Daubert decision is an attempt (not the first, of course) to regulate that encounter. Judges are asked to decide the "evidential reliability" of the intended testimony, based not on the conclusions to be offered, but on the methods used to reach those conclusions*".

If any difficulties arise, the judge can use the assistance of a technical advisor (Article 601 CPC).

[62] Michele Taruffo, "Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense", p. 248.

[63] Patrick W. Nutter, "Machine Learning Evidence: Admissibility and Weight", cit., p. 924.

the avalanche of statistical probability involved [64]. It is often the case that nobody, not even the programmer himself, can explain how or why the machine reached a certain result. This fact may, or may not, reduce the weight given to that result by the judge. Discovering the rules and correlations that the computer used may involve further investigation and it may remain a mystery forever [65].

There is no obvious logical criterion for solving this problem. Since the type of inferences made by the machine are unexplainable, the judge can only rely on the error rate relating to its operation (despite the warnings given above about this aspect [66]), drawing from this the degree of (epistemic) probability that, in his opinion, can be assigned to its result. There is no other objective criterion for judgement. The judge's intimate conviction about the operation of the machines is certainly not an element in the assessment of the evidence, since it cannot be checked with reasoning or analysed by

[64] Ibidem, p. 953. The author mentions the existence of efforts to create artificial intelligence technologies capable of explaining the results the AI has obtained, although this research is still in its infancy. Meanwhile, on pp. 954-955, the author compares this evidence with other examples of unexplainable evidence, such as that resulting from the use of drug-sniffing dogs. The man trains the dog and trusts its result, but he cannot explain how the dog arrives at that result.

[65] Patrick W. Nutter, "Machine Learning Evidence: Admissibility and Weight", cit., pp. 949 et seq. Here's an example from the author (*ob. cit.*, p. 952): "*This principle was at work in a recent Stanford University study that aimed to build a machine learning algorithm that could analyze a person`s face and determine that person`s sexual orientation. Specifically, researchers compiled images of 75,000 users` faces from various dating sites and used the profiles' self-reported gay or straight identification to train the algorithm. From this pool of data, the algorithm focused on 35,000 images of 15,000 users to learn a set of correlations between the content of the images and the labels "gay" or "straight". Later, in a test set of different images that the machine had never seen before, the algorithm would make its best guess. The program was remarkably accurate at determining straight versus gay men, at eighty-one percent accuracy, and slightly less accurate at sorting gay versus straight women, at seventy-one percent. Meanwhile, the machine was far more accurate than humans, who only correctly determined male sexual orientation sixty-one percent of the time and that of women fifty-four percent of the time. As to how the algorithm was making its relatively accurate determinations, the researchers could only speculate. One of their hypotheses was that the levels of different hormones in gay versus straight users (the prenatal hormone theory of sexual orientation) might have manifested some minute differences in their respective facial structures, differences unseen by the human eye but detectable by the algorithm. (...)*".

[66] Cf., *supra*, point 3.3, pp. 12-13.

the court of appeal. All that remains is to frame the problem in general terms, that is, in terms of free and rational assessment of the evidence. Here the existence of other evidence that can corroborate the result produced by the machine is relevant, making the respective assumption of fact more probable, using the prevailing probability criterion.

That is to say, the (rational) assessment of evidence involves the judge using inductive-abductive reasoning and rules of common experience. When the judge evaluates, for example, the testimony of a witness, considering aspects such as their posture, tone of voice, etc., it is on the basis of these rules of experience that he makes his assessment of that evidence. In the future, if we imagine the existence of conscious (?) machine people, we can foresee very interesting problems. Imagine, for example, that a machine is called to testify because it has witnessed a fact that is relevant to the decision in the case [67]. How can rules of common experience operate in relation to machines? Or rather, can rules of experience be used in relation to the behaviour of machines? Does it make sense to impose an oath on the machine witness? These are aspects that, for the time being, we can only imagine [68]. Meanwhile, we believe that the intelligent machines of today are still only human products, without self-fulfilment. Checking the output of the evidence must therefore centre on the methods and procedures used by humans in programming the machine, and the error rates that the programmer is able to determine. On the basis of these elements, and the other existing evidence, the judge must determine the degree of probability that the evidence assigns to the respective assumption of fact. The unexplainability of the result, which means

[67] Of course, this is only a good example if we imagine that the fact in question is not recorded on the machine, through a medium that can be shown in court (in that case, if the medium is shown, the evaluation of the evidence would obviously centre on checking its authenticity and reliability). Other problems can be imagined. In fact, since the fact is documented on the machine, it can be assumed that there is a legal system to protect the machine, which prevents forced access to it. Then, yes, obtaining the source of evidence — the record of the historical fact in the machine's memory (like the record in a witness's memory) — would require the witness's testimony. Testimony is the means by which the source of evidence is revealed.

[68] This is not the subject of this article, which deals only with situations where machine learning software is used in a case, as a tool for extracting the record or indicia of a source of evidence, meaning that the issue of its application falls within the field of technical evidence.

it cannot be checked through reasoning, contributes, in our opinion, to reducing the degree of reliability of the evidence.

5. CONCLUSION

Although 'machine learning software' is cloaked in a veil of neutrality and certainty, and even though the algorithms used in its programming work in a different way to traditional programs, it is still created like any other software, i.e. as the product of a human decision, with code running alongside other software, and on hardware that degrades over time. Human faults can therefore occur when programming the machine. Some crucial aspects for assessing the reliability of the results of machine learning are the quantity, quality, organisation and suitability of the training data, and the perfection of the base code.

In addition to these aspects, which can lead to the evidence being excluded, or which may affect how reliable it is deemed to be, another key factor that should not be lost sight of is the specific nature of machine learning that often renders its results unexplainable. In fact, often not even the programmer himself is able to explain the type of inferences made by the machine, i.e. the rules it used to achieve a certain result. Research into the creation of intelligent machines capable of explaining their own results is in its infancy, and at the current stage of development some aspects underlying those results may remain unexplained.

When assessing evidence, the judge must determine to what extent that evidence logically confirms a given assumption of fact, using reasoning to reconstruct the historical fact. The judge's intimate conviction about the functioning of intelligent machines is not an element that can be used to evaluate the evidence. It is up to the judge to consider objective elements in his assessment, such as the known or potential error rates of the machine, inferring from this, together with the other evidence produced, the degree of (epistemic) probability that the evidence assigns to the *factum probandum*. The unexplainability of the evidence, meaning that it cannot be checked using reasoning, reduces the degree of reliability of its results.

BIBLIOGRAPHY

ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1979.

Berger, Margaret A., "The Admissibility of Expert Testimony", *Reference Manual on Scientific Evidence*, Third Edition, Federal Judicial Center, The National Academies Press, Washington, United States of American, 2011, pp. 11-36.

Billauer, Barbara Pfeffer, "Admissibility of scientific evidence under Daubert: The fatal flaws of "Falsifiability" and "Falsification", Boston University Journal of Science and Technology Law, 2016, vol. 22, pp. 23-85.

Breyer, Stephen, "Introduction", *Reference Manual on Scientific Evidence*, Third Edition, Federal Judicial Center, The National Academies Press, Washington, United States of American, 2011, pp. 1-9.

Canzio, Giovanni, "Prova scientifica, ricerca della «verità» e decisione giudiziaria nel processo penale", *in* Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 8, Decisione giudiziaria e verità scientifica, Milano — Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 2005, pp. 55-79.

Coimbra, Francisco Jorge Gemaque, *Juiz, Prova e Instrução probatória nos processos, À luz do Civil Law e do Common Law*, Porto, Juruá Editorial, 2018.

Capelo, Maria José, "A enigmática figura do técnico no Código de Processo Civil", *in* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, vol. I, Coimbra Editora, pp. 1045-1067.

Comoglio, Luigi Paolo, *Le Prove Civili*, 3.ª ed., Torino, UTET, 2010.

Denti, V., "Scientificità della prova e libera valutazione del giudice", *in* Riv. dir. proc., 1972, pp. 414 ss.

Dondi, Angelo, "Paradigmi processuali ed «expert witness testimony» nel diritto statunitense", Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Anno L (1996), pp. 261-285.

Edmond, Gary/Mercer, David, "Trashing "Junk Science", Stanford Technology Law Review 3 (1998), available at http://stlr.stanford.edu/STLR/Articles/98_STRL_3.

Freitas, José Lebre de, "La Preuve dans L`Union Européenne: Différences et Similitudes", *in* Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil, vol. I, 2.ª edição, Coimbra Editora, pp. 573-609.

——, *A ação declarativa comum, À luz do código de processo civil de 2013*, 4.ª edição, GestLegal, 2017.

Freitas, José Lebre de/Machado, Montalvão/Pinto, Rui, *Código Processo Civil Anotado*, 2.º Volume, 2.ª ed., Coimbra Editora.

Goodstein, David, "How Science Works", *Reference Manual on Scientific Evidence*, Third Edition, Federal Judicial Center, The National Academies Press, Washington, United States of American, 2011, pp. 37-54.

Graham, Michael H. "The Expert Witness Predicament: Determining Reliable under the Gatekeeping Test of Daubert, Kumho, and Proposed Amended Rule 702 of the Federal Rules of Evidence", University of Miami Law Review 54, no. 2, January 2000, pp. 317-358.

——, *Federal Rules of Evidence in a nutshell*, 10th edition, West Academic Publishing, 2018, United States of American, comment on Rule 702, pp. 367-401.

Hutson, Matthew "Computers Evolve a New Path Toward Human Intelligence", Quantamagazine, November, 6, 2019.

Matson, Jack V./Daou, Suha F./Soper, Jeffrey G., *Effective Expert Witnessing*, Fourth Edition, CRC Press, Boca Raton, London, Ney York, Washington D.C., 2004.

Meyer, Petra Claudia, *Der Sachverständigenbeweis zwischen Partei und Richter — Rechtsvergleich zum US — amerikanischen Zivilprozess und Reformansätze um deutschen Recht*, Münster, Nomos, 2013.

NUTTER, Patrick W, "Machine Learning Evidence: Admissibility and Weight", University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law 21, no. 3, February 2019, pp. 919-958.

RODRIGUES, Fernando Pereira, *Os meios de prova em processo civil*, 3.ª edição, Almedina, 2017.

TARUFFO, Michele, "Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense", Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Anno L (1996), pp. 219-249.

——, "Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali", in Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 8, Decisione giudiziaria e verità scientifica, Milano — Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 2005, pp. 3-23.

——, *A prova*, trad. João Gabril Couto, 1.ª ed., São Paulo, Marcial Pons, 2014.

SOUSA, João Henrique Gomes de, A "Perícia" Técnica ou Científica Revisitada Numa Visão Prático-Judicial, Julgar — N.º 15 — 2011, pp. 27-52.

VARELA, Manuel Antunes/BEZERRA, José Miguel/NORA, Sampaio e, *Manual de Processo Civil de acordo com o Dec.-Lei 242/85* (2.ª Edição Reimpressão), Coimbra Editora, 2004.

ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO, REINSERÇÃO SOCIAL E NOVAS TECNOLOGIAS
POSSÍVEIS TRANSFORMAÇÕES NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Gabriela Gomes Costa *

Abstract: This paper provides a critical analysis of social reintegration within the framework of a democratic Rule of Law, aiming to demonstrate the need for a humanistic purpose of punishment in this context. Additionally, it explores the prospects for social reintegration with the advent of new technologies in the prison system. To achieve this, a bibliographic and documentary study on the subject was conducted. The study concluded that the use of new technologies can be beneficial in combating the desocialization caused by incarceration, provided that it is properly regulated and monitored. Furthermore, it was found that the way sentences are executed is already undergoing transformation, requiring a review of monitoring and regulatory strategies to ensure the protection of the rights of incarcerated individuals and the effectiveness of the social reintegration process.

Resumo: O presente artigo faz uma análise crítica da reinserção social no contexto de um Estado de direito democrático, com o objetivo de demonstrar a necessidade de se ter uma finalidade da pena de caráter humanista nesse contexto. Além disso, tem-se como objetivo abordar as perspectivas para a reinserção social com o advento das novas tecnologias no âmbito prisional. Para isso, realizou-se um estudo bibliográfico e documental sobre o assunto em comento. Concluiu-se que o uso de novas tecnologias pode ser positivo em relação ao combate à dessocialização trazida pelo encarceramento, desde que devidamente regulado e fiscalizado, e que o modo como as penas são executadas já está em transformação, demandando uma revisão das estratégias de fiscalização e regulamentação sobre o assunto para garantir a proteção dos direitos dos indivíduos privados de liberdade e a eficácia do processo de reinserção social.

* Doutoranda em Direito pela FDUP e investigadora do CIJ.

Keywords: social reintegration; democracy; Rule of Law; prison; new technologies.

Palavras-chave: reinserção social; Estado de direito democrático; prisão; novas tecnologias.

1. INTRODUÇÃO

Um Estado de direito democrático, cujo fundamento reside na dignidade da pessoa humana, não pode prescindir de normas que assegurem aos indivíduos submetidos a penas privativas de liberdade a oportunidade de desenvolver suas aptidões e "conduzir sua vida de forma socialmente responsável, sem cometer crimes" [1]. Desse modo, o presente estudo defende que a reinserção social constitui uma previsão legal obrigatória no ordenamento jurídico de um Estado de direito democrático, sob pena de desumanização da pena privativa de liberdade, o que tornaria o encarceramento um fim em si mesmo. Nesse contexto, as críticas à finalidade de prevenção especial positiva da pena não enfraquecem a validade da norma jurídica, mas devem servir como indicadores para que o Estado busque a sua efetivação.

Tendo como base os argumentos acima expostos, este artigo abordará as particularidades da reinserção social como finalidade da pena no contexto do Estado de direito democrático. Em seguida, se concentrará na utilização de novas tecnologias com o propósito de promover a reinserção social no contexto das prisões. Escolheu-se esse tema porque as transformações tecnológicas pelas quais o mundo está passando já estão mudando a maneira como se vive, e deve-se incluir aí o modo como se dá a execução da pena privativa de liberdade.

Em vista disso, surgiu o questionamento de se os ordenamentos jurídicos estão preparados para essa mudança ou se o uso de novas tecnologias pode ameaçar os direitos das pessoas privadas de liberdade. Nesse ponto, serão discutidas questões relativas aos riscos e às precauções que devem ser observados no uso de novas tecnologias nas prisões, com destaque para a questão de regulação da matéria.

Nesse contexto, fica evidente a relevância do presente artigo, que realizará uma análise crítica e contemporânea acerca da reinserção social e do crescente uso de novas tecnologias na execução penal. Esta investigação contribuirá para preencher uma lacuna na literatura

[1] Cf. art. 42.1 do Código Penal.

sobre o assunto, abordando questões essenciais, tais como a utilização das novas tecnologias na ressocialização de detentos e os países pioneiros nesse campo.

2. REINSERÇÃO SOCIAL E ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO: A NECESSIDADE DE SE TER UMA FINALIDADE DA PENA DE CARÁTER HUMANISTA

O Direito Penal, com suas funções e as finalidades da pena, não possui as mesmas características se se está diante de um Estado liberal, social ou de um Estado de direito democrático. Cada um desses sistemas fundamenta o Direito Penal de uma maneira própria, resultando em finalidades distintas para a pena. Em razão disso, pode-se concluir, desde já, que as finalidades da pena estão intrinsecamente ligadas às finalidades atribuídas a cada tipo de Estado.

O Estado liberal, cuja fundamentação era o pacto social, atribuiu às penas as funções de prevenção e de retribuição. A pena deveria ter uma utilidade, que, no caso, era a prevenção de delitos, estes vistos como um verdadeiro dano social. Além disso, esse tipo de Estado era influenciado pelo pensamento de filósofos da época, como Kant [2] e Hegel [3], e a função retributiva da pena tinha uma maior importância, tendo-se uma visão idealista da retribuição penal como meio de justiça [4].

No Estado social, caracterizado pela intervenção ativa na sociedade, a finalidade principal da pena era preventiva. O Estado assumia o papel de combater ativamente o crime, e a pena era utilizada como instrumento para esse fim. No entanto, esse modelo de Estado

---

[2] Para Kant, "*A lei da punição é um imperativo categórico*" e a pena é a única forma de se obter justiça. Além disso, o autor afirmava que a punição imposta a quem comete um crime jamais pode ser voltada para promover algum benefício, seja a favor da sociedade ou do próprio criminoso, pois isso faria com que o infrator fosse tratado como meio para a concretização de fins diversos da justiça. Cf. Kant, 2005, pp. 174-180.

[3] Para Hegel, a pena é justa em si mesma e, dentro da dialética hegeliana, consiste na negação da negação do ordenamento jurídico, ou seja, a prática do crime representa a negação do ordenamento jurídico e, por conseguinte, a pena serve para reafirmar o ordenamento jurídico então negado pelo criminoso. Cf. Hegel, 1997, pp 89-95.

[4] Cf. Mir Puig, 2006, pp. 101-102.

e Direito Penal poderia resultar em uma priorização da eficácia do Direito Penal em detrimento do bem-estar dos cidadãos, como aconteceu em alguns casos, precisamente em Estados totalitários, nos quais a pena se tornava uma forma de terror praticada pelo Estado [5].

Um Estado de direito democrático, por seu turno, apresenta fundamentos ao Direito Penal que o afasta — ou pelo menos deveria afastar — de funções que não sejam de interesse da maioria dos cidadãos e que, ao mesmo tempo, respeite as minorias discordantes.

O Estado de direito democrático é formado por alguns princípios essenciais, que devem guiar todo o ordenamento jurídico [6]. Logo, a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais aparecem como verdadeiros limites ao Direito Penal. O exercício do *ius puniendi* por parte do Estado está vinculado à observância de todos os direitos e garantias constitucionalmente previstos, de modo que não se limita aí à mera obediência ao princípio da legalidade. Tal premissa faz nascer para o Estado a obrigação de atuar de forma intensa em prol da proteção de todos os membros da sociedade. Há, então, uma tendência de que, no Estado de direito democrático, prevaleça a função preventiva da pena, com o intuito de proteger os bens jurídicos socialmente considerados, dentro dos limites dos princípios da proporcionalidade e culpabilidade [7].

Diferentemente do que ocorria no Estado social, em um Estado de direito democrático, é inadmissível que os fins justifiquem os meios. Ou seja, é inconcebível que a busca pela eficácia da função exercida pelo Direito Penal ultrapasse o interesse social no processo de proteção de bens jurídicos. Por consequência, o mesmo deve ocorrer em relação à pena, cuja previsão legal, cominação judicial e execução pela administração penitenciária também devem ser pautadas na necessidade de proteção de bens jurídicos. O Direito Penal de um Estado democrático deve estar, em primeiro lugar, a serviço dos seus cidadãos e não apenas em defesa da manutenção de sua própria normatividade.

Neste ponto, vale mencionar a posição divergente de Jakobs. Para o autor, que apresenta uma crítica ao conceito de bem jurídico

---

5 *Ibidem*, p. 104.

6 Canotilho argumenta que o Estado de direito democrático possui três pressupostos materiais subjacentes, independentemente de estarem explicitamente ou implicitamente previstos no texto constitucional. São eles: a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais. Cf. Canotilho, 2018, p. 243.

7 Cf. Mir Puig, 2006, p. 105.

defendido por Roxin, o que deve ser considerado como bem jurídico-penal é a validade do conteúdo da norma, ou seja, a sua eficácia prática. Seguindo esse raciocínio, Jakobs entende que, diante da finalidade última do Direito Penal de manutenção da configuração social e estatal, a contribuição que pode ser dada por esse ramo do Direito é garantir a validade das normas, ao invés de proteger bens de relevância para a sociedade, tendo em vista que estes sequer conseguem ser claramente definidos pelos adeptos da teoria do bem jurídico [8].

Entretanto, a teoria defendida por Jakobs não parece ser a mais adequada quando se está inserido em um Estado de direito democrático. Conferir ao Direito Penal a função precípua de manutenção das suas próprias normas faz com que o indivíduo seja deslocado da sua posição central de proteção no ordenamento jurídico. Além disso, a teoria de Jakobs coloca o próprio ordenamento jurídico como fim em si mesmo, deixando de atender ao interesse social e abrindo espaço para uma possível arbitrariedade do legislador [9].

Além disso, ressalta-se que o posicionamento de Jakobs quanto à função do Direito Penal tem uma consequência direta para a execução da pena. A finalidade preventiva geral positiva da pena é colocada em posição de destaque na teoria de Jakobs, enquanto a finalidade de prevenção especial da pena tem uma função apenas subsidiária [10]. Apesar de não descartar a finalidade de prevenção especial da pena (como faz com a finalidade retributiva, expiatória e geral negativa da pena), Jakobs afirma que ela está em um nível inferior à finalidade preventiva geral positiva e que sua função deve ser complementar, no momento da escolha dos limites legais pelo legislador e da fixação da pena pelo juiz [11].

---

[8] Jakobs faz uma extensa crítica à teoria do bem jurídico, especialmente no que diz respeito aos crimes de infração de um dever, nos quais entende não haver lesão de um bem jurídico. Não interessa à pre sente pesquisa adentrar nessa discussão sobre a teoria do bem jurídico, mas apenas identificar quais funções do Direito Penal e finalidades da pena interes sam em um Estado de direito democrático. Cf. Jakobs, 1995, pp. 44-59.

[9] Cf. Mir Puig, 2006, pp. 334-335; e Roxin, 2009, pp. 33-36.

[10] Para Jakobs, a pena tem como finalidade reafirmar a vigência da norma jurídica contrariada pela conduta criminosa e, dessa maneira, reforçar simbolicamente a confiança das pessoas no sistema social ao qual fazem parte. Cf. Jakobs, 1995, pp. 13-14.

[11] Cf. Jakobs, 1995, pp. 34-36.

Jakobs não desconsidera o papel do Estado em proporcionar ao autor do delito os meios para que se comporte de acordo com a lei após sair da prisão [12], porém, o modo como ele fundamenta sua teoria faz com que, na prática, essa atuação estatal seja considerada desnecessária. Como Jakobs defende que o Direito Penal tem a função de confirmar a vigência da norma com a aplicação da pena frente ao cometimento de um delito, a mera execução da pena já faz com que seja alcançado o seu fim, sendo dispensável a busca pela reinserção social [13]. Dessa forma, a finalidade preventiva especial da pena esgotaria o seu papel após a fixação legal e judicial da sanção penal.

Os princípios fundamentais do Estado de direito democrático é quem devem moldar o Direito Penal e direcionar a sua função. Nesse contexto, se deve partir dos objetivos a serem perseguidos pelo Estado de direito democrático para, então, conceber as funções do Direito Penal e não o contrário. Nessa perspectiva, o reconhecimento do indivíduo como detentor de direitos fundamentais e como membro de uma comunidade que igualmente possui interesses a serem protegidos aponta para a necessidade de um Direito Penal que, ao mesmo tempo que protege os interesses socialmente relevantes (bens jurídicos na perspectiva defendida por Roxin), preserva a identidade e a integridade da pessoa através do livre desenvolvimento de sua personalidade. Isso vale, sem nenhum questionamento a respeito, para as pessoas presas pela prática de um delito. Mesmo com a restrição temporária de alguns de seus direitos, não há que se falar na perda de sua condição humana. Portanto, elas continuam sendo sujeitos de direitos e merecem proteção por parte do Estado.

Depreende-se, pelo acima exposto, que as únicas finalidades da pena não somente possíveis, mas imprescindíveis em um Estado de direito democrático são de prevenção geral positiva e de prevenção especial, sempre associadas ao princípio da culpabilidade, que serve como limite ao poder sancionador estatal. Em todos os casos, as finalidades devem ser adequadas, no sentido de preservar os interesses da maioria e, ao mesmo tempo, respeitar a integridade (física e mental) dos sujeitos que sofrerão a sanção penal.

Ademais, apesar do declínio da credibilidade da finalidade preventiva especial positiva da pena, especialmente devido às deficiências

[12] *Ibidem*, pp. 33-34.
[13] Cf. Roxin, 2009, p. 33.

estruturais dos sistemas penitenciários e aos resultados limitados do encarceramento na reinserção social de criminosos, evidenciados por pesquisas empíricas [14], essa finalidade da pena permanece sendo reconhecida legalmente — inclusive constitucionalmente, como é o caso da Espanha [15] — nos ordenamentos jurídicos de Estados de direito democráticos. Há alguns motivos que justificam essa persistência e eles estão relacionadas com esse modelo de Estado aqui considerado.

Sustenta-se que a finalidade de prevenção especial positiva da pena privativa de liberdade é uma diretriz mandatória para o Estado ao impor a sanção penal, por duas razões fundamentais. Primeiramente, isso decorre da natureza da reinserção social como objetivo da pena e sua relação com as funções do Direito Penal, conforme restou demonstrado acima. A segunda razão não encontra seu fundamento exclusivamente no Direito Penal, mas na cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana.

Analisando-se a natureza da reinserção social como finalidade da pena e a sua relação com as funções do Direito Penal, verifica-se que tal enquadramento gera um dever de prestação por parte do Estado, uma obrigação de atuar no sentido de garantir que a execução da pena possibilite a reinserção social do recluso, sob pena de a ineficácia desta finalidade da sanção penal impactar na legitimidade do Direito Penal. Ressalta-se que a eficácia deve ser medida pelo oferecimento de meios aos reclusos para a sua reinserção social quando do cumprimento da pena, já que, nesses casos, está fora do alcance estatal a reação dos reclusos diante de uma situação em que lhe são garantidos os meios suficientes para a reinserção social.

Além disso, é insuficiente que o Direito Penal desempenhe suas funções a qualquer custo. Em um Estado de direito democrático, fundamentado na dignidade da pessoa humana, as funções do Direito Penal e as finalidades da pena devem estar em consonância com os parâmetros constitucionais, tanto formal quanto materialmente. Isso significa que não basta a conformidade dos preceitos legais com as normas constitucionais relacionadas ao assunto, mas também é imprescindível que os mecanismos empregados para alcançar os objetivos do Direito Penal, especialmente no que se refere à execução da pena, sigam tais diretrizes normativas.

[14] Cf. Baratta, 2004. Disponível em: http://www.ceuma.br/portal/wp-content/uploads/2014/06/BIBLIOGRAFIA.pdf. Acesso em: 08 fev. 2024.

[15] Cf. art. 25.2 da Constituição espanhola de 1978.

À vista a disso, quando um determinado ordenamento jurídico adota as teorias ecléticas progressistas das finalidades da pena, a reinserção social, enquanto finalidade preventiva especial positiva, deve ser buscada com o principal intuito de proteger os bens jurídicos, ao tentar prevenir que os indivíduos reintegrados não cometam novos crimes. Em contrapartida, caso se adote uma abordagem das teorias ecléticas mais conservadoras, que enfatizam a função de justiça do Direito Penal na defesa da sociedade, a finalidade preventiva especial positiva da pena perde sua força, uma vez que o foco recai na finalidade retributiva da pena. Esta última opção, por seu turno, é bastante problemática quando confrontada com os direitos fundamentais derivados da dignidade da pessoa humana, tendo em vista o seu potencial para instrumentalizar a pessoa que será objeto da pena privativa de liberdade, fazendo dela um mero meio para a (suposta) obtenção de justiça.

Considerando que o presente artigo adota o Estado de direito democrático como pressuposto para o estudo da reinserção social, tem-se como consequência que a proteção dos bens jurídicos através da execução da pena deve ser limitada pelas garantias constitucionais e legais estabelecidas em favor dos indivíduos. Isso significa que não se admite que essa proteção dos bens jurídicos ocorra por meio de qualquer tipo de medida de execução penal, uma vez que os fins não podem justificar os meios quando o fundamento do ordenamento jurídico é a dignidade da pessoa humana. Em razão disso, as penas cominadas devem ser proporcionais à gravidade do delito, não podem ser cruéis, degradantes ou desumanas e não é permitido que ultrapassem a pessoa do delinquente, devendo a execução da pena ressocializadora se dar nesses termos, além de se pautar na participação responsável e voluntária do recluso em seu tratamento [16].

O Direito Penal de um Estado de direito democrático não pode prescindir da finalidade preventiva especial positiva da pena, visto que é esta finalidade que confere humanidade à pena privativa de liberdade ao amenizar a dessocialização inerente à situação de exclusão com o mundo exterior e ao permitir ao preso que se prepare para retornar ao convívio social. Dar à reinserção social destaque como finalidade da pena de prisão não é uma mera opção do legislador, mas um requisito imprescindível para que o Direito Penal se adeque aos preceitos constitucionais.

[16] Cf. Rodrigues, 2000. pp. 94-95.

3. A NATUREZA JURÍDICA *SUI GENERIS* DA REINSERÇÃO SOCIAL: DE FINALIDADE DA PENA A DIREITO SOCIAL

Consoante o acima exposto, não resta dúvida de que a reinserção social como finalidade da pena é uma verdadeira exigência do modelo de Estado de direito democrático [17]. Dessa afirmação, todavia, surge uma questão de caráter prático, que diz respeito às consequências para o Estado decorrentes da previsão normativa da reinserção social como objetivo a ser buscado durante a execução da sanção penal.

A previsão da reinserção social como finalidade da pena estabelece um papel complexo para o Estado. A imposição de uma pena aflitiva (que é a pena de prisão) [18] como um instrumento para fins de ressocialização do indivíduo possui efeitos dessocializadores, todavia, esse meio também deve servir como para que se alcance a ressocialização. A busca pela reinserção social é uma obrigação que vincula o Estado, em razão da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento dos ordenamentos jurídicos, com a consequente proibição de instrumentalização dos indivíduos, de modo que a reinserção social é um "remédio" necessário para tentar evitar (ou diminuir) os efeitos dessocializadores da prisão.

Dentro de toda essa limitação que o próprio Direito Penal e o cárcere impõem à reinserção social, mas com a ideia de que, ainda assim, os presos têm direito a ter direitos, deve-se iniciar esse caminho da execução penal por questões mais básicas, como é o caso de garantir a aplicação das normas que dizem respeito à manutenção da integridade física e mental dos presos (por exemplo: prevenção à tortura; acesso à água potável; proteção à saúde e garantia de serviços médicos na prisão; alimentação adequada; celas com dimensões adequadas e com boas condições de higiene; etc.) e à garantia

[17] Cf. *Ibidem*, p. 103.

[18] Sobre a pena aflitiva, destaca-se a crítica feita por Álvaro Pires, segundo o qual a racionalidade penal moderna acabou por moldar um subsistema jurídico que dificulta que se pense outro modelo de justiça penal, a começar pela estrutura normativa telescópica da norma penal, que dá visibilidade a penas aflitivas, dentre as quais a pena de prisão se destaca e assume "*o lugar dominante no auto-retrato identitário do sistema penal*", sendo (até hoje) a resposta incontestável quando se depara com a prática de um crime, já que promove a falsa impressão de que a norma de comportamento e a sanção representada pela pena aflitiva devem existir, necessariamente, ligadas uma à outra. Cf. Pires, 2004, pp. 41-42.

do exercício de direitos não suprimidos pela condenação penal (por exemplo: participação em atividades laborais, educacionais, socioculturais, religiosas e desportivas; etc.). Além da prestação de serviços, deve-se também oportunizar o contato dos reclusos com o mundo exterior, o que incluiu a comunicação com familiares e amigos, seja através de meios de comunicação (correspondência, meios de telecomunicação digitais) ou através de visitas. Sem essas prestações mínimas, não há condições para se promover a reintegração do recluso à sociedade.

Percebe-se aí que a reinserção social não se limita a ser um norte para guiar a execução da pena, devendo ser uma prestação estatal positiva no sentido de garantir direitos [19], motivo pelo qual se defende que a reinserção social, para além de finalidade da pena, também possui natureza de um direito social, visto que cria uma obrigação para o Estado em favor dos reclusos. Ressalta-se que o papel do Estado se limita a manter disponíveis os serviços relacionados à reinserção social, não podendo ser responsabilizado caso o recluso opte por não gozar de tais serviços, tendo em vista que não há ressocialização sem a voluntariedade por parte do preso [20].

Acontece que, quanto à prestação de tais serviços, o Estado pode se ver diante de limites materiais para a efetivação desses direitos [21]. Em relação a esse ponto, destaca-se o fato de que, quanto mais o Estado se aproxima de um direito penal máximo, com um maior número de fatos típicos sancionados com pena privativa de liberdade, mais esse Estado se onera com a gastos gerados pelo sistema prisional necessário à execução da pena e mais complexa se torna a questão da reinserção social dentro das prisões. O princípio da individualização da execução, em que pese sua adequação ao comando de respeito à dignidade

---

19 Nesse sentido, Anabela Miranda Rodrigues afirma que "*a titularidade de direitos fundamentais por parte do recluso impõe ao Estado deveres de abstenção relativamente a intervenções lesivas desses direitos (nihil nocere) e deveres de prestação que permitam a sua efectiva realização, sobretudo — mas não só — no que diz respeito aos chamados direitos sociais, nomeadamente o direito à saúde, à educação e ao trabalho* (*omnia prodesse*)." Cf. Rodrigues, 2000, p. 165.

20 Cf. Leite, 2018, pp. 108-109.

21 Em relação à essa limitação material do Estado, Sousa afirma o seguinte: "*O ótimo social de cada momento está naturalmente limitado ao economicamente possível. Podemos, pois, falar numa reserva de existências (disponibilidade). O Estado social tem por limite natural as existências disponíveis de objetos das prestações*". Cf. Sousa, 2019, p. 138.

do apenado, estabelece a necessidade de um tratamento personalíssimo (e mais custoso). Dessa forma, deve-se questionar qual o limite em relação à população carcerária é condizente com o aparato estatal oferecido para atingir tal objetivo, sob pena de inaplicabilidade prática da norma jurídica que estabelece a reinserção social.

Por todo o exposto, entende-se que o mais difícil quando se pensa a questão criminal e as finalidades da pena é ter que imaginar soluções criativas e concretizáveis para um instituto cujo fracasso já foi há muitos anos anunciado: a prisão [22]. E quando se fala em "solução" no presente artigo, não está a se referir a uma solução para substituir a prisão (isso parece utópico demais para o mundo em que vivemos). O que se defende é a busca de novos meios para garantir os direitos dos presos que não foram atingidos pela condenação, de modo a tentar evitar que o egresso se torne um problema social no seu retorno à liberdade (que não volte a delinquir), visando, de alguma forma, a sua reinserção social. Nesse contexto, vislumbra-se as novas tecnologias como novas ferramentas que podem mudar a forma como se executa a pena privativa de liberdade, principalmente em relação à prestação serviços de caráter social e do contato com o mundo exterior, conforme se verá a seguir.

4. NOVAS PERSPECTIVAS PARA A REINSERÇÃO SOCIAL: O USO DE NOVAS TECNOLOGIAS NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Como não há nenhuma definição comum adotada pela comunidade internacional que determine de forma taxativa o que são novas tecnologias — mesmo porque uma descrição taxativa certamente ficaria obsoleta em pouco tempo frente às novidades que constantemente surgem nesse âmbito — é imprescindível especificar a que

[22] Sobre o assunto, Loïc Wacquant pondera que: "*Recall that, in the mid-1970s, the three leading revisionist historians of the prison, David Rothman, Michel Foucault, and Michael Ignatietf, agreed with radical sociologists Stanley Cohen and Andrew Scull, as well as with mainstream penologists Hermann Manheim and Norval Morris, that it was an institution in inevitable decline, destined to be replaced in the medium run by more diffuse, discrete, and diversified in instruments of social control (...) The penal debate then turned decisively toward the implications of 'decarceration' and implementation of community sentences*". Cf. Wacquant, 2009, pp. 6-7.

tipos de tecnologias se está fazendo referência quando se usa esse termo no presente artigo e que características essenciais elas possuem para serem assim classificadas. Isso porque o uso de expressões vagas, incertas ou indeterminadas pode trazer dúvidas quanto ao objeto de estudo da pesquisa. Como consta nas razões iniciais do Regulamento de Inteligência Artificial da União Europeia, a definição de certos conceitos ligados às novas tecnologias é crucial para fins de segurança jurídica [23].

A definição de novas tecnologias aqui adotada tem como base o sentido utilizado pela Recomendação CM/Rec(2024)5 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa do dia 9 de outubro de 2024, que faz uso desse termo para se referir a sistemas de IA e a tecnologias digitais relacionadas. Isso porque, das transformações tecnológicas pelas quais o mundo está a passar, a transformação digital — agora alavancada com o uso de sistemas de IA — tem um grande impacto nas relações interpessoais e nos direitos fundamentais, trazendo consigo a necessidade de se repensar os direitos então pensados para um mundo analógico [24], de modo que a Recomendação CM/Rec(2024)5 captou esse potencial de mudança que já se iniciou no âmbito prisional.

A Recomendação apresenta as seguintes definições:

— "inteligência artificial (IA)" significa um sistema baseado em máquina que, para objetivos explícitos ou implícitos, infere, a partir das entradas que recebe, como gerar saídas, tais como previsões, conteúdos, recomendações ou decisões que podem influenciar ambientes físicos ou virtuais. Diferentes sistemas de inteligência artificial variam em seus níveis de autonomia e adaptabilidade após a implantação;
— "tecnologias digitais relacionadas" é um termo genérico que se refere a todos os dispositivos eletrônicos, sistemas automáticos e recursos tecnológicos que geram, processam ou armazenam

[23] UNIÃO EUROPEIA, *Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024, relativo à inteligência artificial e que estabelece normas harmonizadas para a sua utilização e regulamentação (Regulamento de IA)*, Jornal Oficial da União Europeia, L 245, 20 jun. 2024, p. 1-127. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32024R1689 (11.12.2024).

[24] Sobre os impactos das tecnologias digitais nos direitos fundamentais: Leão, 2023. p. 10-36.

> informações e dados que estão sendo usados pela IA. (tradução livre) [25].

Tendo em vista essa definição e após a análise da revisão da literatura feita por Puolakka e Van de Steene [26], constatou-se que, no ambiente prisional, o uso das novas tecnologias ocorre principalmente no contexto da segurança e vigilância dentro dos centros penitenciários.

As aplicações mais avançadas são atualmente vistas em países asiáticos como a China, onde um sistema de vigilância "inteligente" é concebido para monitorizar os prisioneiros a qualquer momento, inclusive enquanto estão nas suas celas. A rede de câmeras e sensores é capaz de rastrear constantemente os presos e alimentar um sistema de inteligência artificial que utiliza tecnologias de identificação facial e análise de movimentos para monitorar cada preso individualmente, produzindo um relatório diário sobre cada um e sinalizando qualquer comportamento incomum. As prisões de Hong Kong também possuem um sistema de vigilância que inclui câmeras com funções de monitoramento analítico que podem detectar comportamentos incomuns, como um preso se machucando ou desmaiando [27].

Outra aplicação está relacionada ao uso de dados provenientes de uma pulseira de rastreamento comparável às pulseiras fitness existentes

---

[25] Original:

> — *"artificial intelligence (AI)" means a machine-based system that for explicit r implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations or decisions that may influence physical or virtual environments. Different artificial intelligence systems vary in their levels of autonomy and adaptiveness after deployment;*
> — *"related digital technologies" is a generic term that refers to all electronic devices, automatic systems and technological resources that generate, process or store information and data which are being used by AI.*

Cf. CONSELHO DA EUROPA, *Recommendation CM/Rec(2024)5 of the Committee of Ministers to member States regarding the ethical and organisational aspects of the use of artificial intelligence and related digital technologies by prison and probation services*, Estrasburgo: Conselho da Europa, 2024. Disponível em: https://search.coe.int/cm#{%22CoEIdentifier%22:[%220900001680b1d0e4%22],%22sort%22:[%22CoEValidationDate%20Descending%22]} (11.12.2024)

[26] Cf. Puolakka & Van de Steene, 2021, pp. 128-138.

[27] *Ibidem*.

no mercado. Esta pulseira monitora os sinais vitais e o paradeiro dos presos. Em prisões dos EUA (em Nova Iorque e no Alabama), existe um sistema de monitorização em massa das chamadas telefônicas dos reclusos. O sistema utiliza tecnologia de reconhecimento de voz, análise semântica e software de aprendizagem automática para construir bases de dados crescentes de palavras pesquisáveis que podem sinalizar chamadas suspeitas que podem incluir ameaças, planejamento de crimes, contrabando de drogas nas prisões, entre outras informações [28].

No entanto, o que realmente interessa para o presente artigo são os casos em que tais tecnologias são utilizadas para fins de reinserção social de prisioneiros. As novas tecnologias já fazem parte dos mais diversos âmbitos da vida em sociedade, criando para o Direito a necessidade de se adequar a essa nova realidade. Desse modo, pretende-se identificar se, com o que já está sendo feito em algumas prisões com o uso de novas tecnologias, se pode verificar alguma mudança na forma como a pena privativa de liberdade é cumprida e se há a necessidade de se atualizar a legislação sobre a matéria a fim de preservar os direitos dos reclusos.

Deve-se ter em mente o que já foi anteriormente exposto, de modo que o uso de novas tecnologias, ao servir de instrumento para a reinserção social do preso, deve respeitar a sua integridade física e mental, sem restringir direitos não abrangidos pela condenação, além de oferecer uma real mudança, radical e humanista, fugindo da ideia de um reformismo tecnocrático [29].

Nesse contexto, deve-se ressaltar que as experiências com novas tecnologias nas prisões durante a pandemia de covid-19 foi um marco para consagrar essa nova era no âmbito prisional. Isso porque, como se sabe, as prisões tiveram que rapidamente se adaptar às exigências de isolamento advindas com a pandemia e, nesse sentido, o uso de algumas tecnologias facilitou a comunicação dos reclusos com pessoas externas ao presídio, tendo em vista que a restrição de visitas presenciais foi uma das medidas tomadas dentro do plano de contingência de vários países.

No Brasil, o impacto do corona vírus chegou impedir mais de 1 milhão de visitas que aconteciam por mês nos presídios, motivo pelo

[28] *Ibidem*.

[29] Sobre o reformismo tecnocrata no contexto prisional, cf. Baratta, 2004. Disponível em: http://www.ceuma.br/portal/wp-content/uploads/2014/06/BIBLIOGRAFIA.pdf. Acesso em: 08 fev. 2024.

qual o Conselho Nacional de Justiça tomou iniciativas para amenizar essa restrição. Um exemplo foi a ampliação das visitas virtuais realizadas por videochamadas no estado do Maranhão, facilitando a comunicação das pessoas presas com os seus familiares durante a calamidade sanitária [30]. Outros países também adotaram o formato de visitas virtuais durante a pandemia, como foi o caso de Suécia, Croácia e Itália [31].

Cita-se, também, o exemplo de Portugal, que, ainda durante a pandemia de covid-19 implementou a prestação de atendimento médico a reclusos através de videochamadas. A primeira teleconsulta de um recluso com uma unidade hospitalar do Sistema Nacional de Saúde ocorreu no dia 14 de julho de 2022 no Estabelecimento Prisional de Sintra. Essa medida se deu graças à celebração de protocolo entre a Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais e os Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, com a implementação de 52 balcões de atendimentos, que são efetuados mediante a atuação de um mediador devidamente treinado [32].

Essas experiências serviram para evidenciar um processo que já vinha ocorrendo de forma pontual antes da pandemia, a digitalização das prisões. Por exemplo, desde 2014, o Serviço Prisional Belga faz uso de uma plataforma digital chamada *PrisonCloud*, que permite aos prisioneiros, de dentro das suas celas, se comunicar com funcionários e pessoas fora da prisão e acessar informações sobre a legislação, as regras internas das prisões, os serviços prisionais, o catálogo da biblioteca local e o menu diário. Além disso, a plataforma permite que os funcionários da prisão facilmente postem anúncios sobre mudanças no regime ou novas atividades [33].

Tem-se também as *smart prisons* finlandesas, que, através do projeto pioneiro da prisão inteligente Hämeenlinna, otimizou a relação entre prisão e indivíduo tendo como norte a sua reinserção social, ou seja, ao implementar o projeto pioneiro de uma *smart prison*, este termo foi utilizado para passar a ideia de que a prisão inteligente é aquela que tem o melhor desenvolvimento possível em

[30] Disponível em: https://humanitas360.org/cnj-e-instituto-humanitas-360-ampliam-visitas-virtuais-em-presidios-no-maranhao/(29.09.2024)
[31] Cf. Güerri; Martí & Pedrosa, 2021, p. 3.
[32] Disponível em: https://dgrsp.justica.gov.pt/Noticias-da-DGRSP/DGRSP-e-SNS-implementam-teleconsultas-para-reclusos (16.09.2024)
[33] Cf. Robberechts & Beyens, 2020, pp. 284-286.

termos de reintegração social, graças ao uso de tecnologias digitais para atingir esse objetivo [34].

As experiências acima citadas demonstram que a incorporação de novas tecnologias no sistema prisional pode desempenhar um papel fundamental na reinserção social dos reclusos, principalmente no que diz respeito ao contato com outras pessoas e à capacitação dos presos. Ao viabilizar a comunicação com familiares e outras pessoas externas à prisão, especialmente quando visitas presenciais não são possíveis, essas ferramentas ajudam a preservar laços sociais essenciais para a reintegração. Além disso, ao permitir o acesso a oportunidades de estudo e trabalho dentro da prisão, as tecnologias digitais contribuem para a capacitação e o desenvolvimento pessoal dos presos, o que pode contribuir para a sua reinserção no mercado de trabalho.

5. CONCLUSÃO

A dupla face da reinserção social, como finalidade da pena e como direito social, demanda não apenas o respeito aos direitos individuais não abrangidos pela condenação, mas requer uma conduta estatal ativa para a sua efetivação. Esse pressuposto é uma condição imposta pelo Estado de direito democrático. Entretanto, não se admite qualquer tipo de ação arbitrária por parte do Estado, ainda que seja com a justificativa de promover a reinserção social. Quando se fala em ressocialização de pessoas presas deve-se sempre partir de um ponto: o tratamento a ser dado às pessoas privadas de liberdade tem que, necessariamente, contar com a sua adesão voluntária ou, nas palavras de Anabela Miranda Rodrigues, com o "consentimento esclarecido" do recluso, sob pena da intervenção estatal desrespeitar direitos, liberdades e garantias das pessoas presas [35].

Deve existir, no âmbito do Direito Penal, o constante desafio de tentar encontrar novas práticas capazes de renovar a legitimação da prisão e da sua função ressocializadora, de modo a dar eficácia à norma que estabelece a finalidade preventiva especial positiva da pena. Caso contrário, ou seja, se o Estado não tiver uma atuação contínua e inovadora no sentido de superar os obstáculos para a ressocialização de

[34] Cf. Costa (2025).
[35] Cf. Rodrigues, 2000, p. 153.

presos, será certo o fracasso da prisão, como já defendia Foucault desde a década de 70 do século passado [36]. Contudo, a renúncia à reinserção social não é uma opção para um Estado de direito democrático.

Deve-se conectar o papel assumido pelo Estado de prestador de serviços no âmbito prisional para garantir que a reinserção social (de finalidade da pena a direito do condenado que *é)* se adeque ao atual momento de transformação tecnológica pelo qual o mundo está passando e que, como demonstrado, já alcançou o sistema prisional. Essa vertente tecnológica surge como uma nova prática com potencial para redefinir a execução das penas, tendo em vista que essas ferramentas têm potencial para diminuir os efeitos causados pela dessocialização causada pelo aprisionamento, mas desde que sejam tomadas as devidas precauções.

As experiências relacionadas ao uso de novas tecnologias nas prisões durante a pandemia de covid-19 fazem refletir sobre a sua complexidade. Num momento de emergência sanitária, em que mesmo as pessoas livres estavam privadas do contato presencial com outras pessoas, e que não haveria outro meio de realizar visitas, a disponibilização de visitas virtuais por videochamada foram uma boa solução parar garantir o direito das pessoas presas a ter contato com o mundo exterior. Afinal, o contato com familiares e pessoas próximas é um fator importante para amenizar os danos causados pela dessocialização. A mesma lógica se aplica a pessoas que estão presas em locais distantes de onde seus familiares vivem, como é o caso, muitas vezes, dos presos estrangeiros, de modo que as novas tecnologias também têm um papel positivo nesses casos, possibilitando uma manutenção mínima de laços entre os presos e seus entes próximos, o que facilitará a sua readaptação quando voltarem à liberdade [37].

---

[36] Segundo Foucault, o fracasso da prisão acompanha o seu nascimento no sentido de não conseguir reprimir ou recuperar os cidadãos prontos à transgredir a lei, porém, essa consciência do fracasso da prisão vem sempre acompanhada da sua manutenção, pois "*A prisão e de uma maneira geral, sem dúvida, os castigos, não se destinam a suprimir as infrações; mas antes a distingui-las, a distribuí-las, a utilizá-las; que visam, não tanto tornar dóceis os que estão prontos a transgredir as leis, mas que tendem a organizar a transgressão das leis numa tática geral das sujeições*". Cf. Foucault, 2008, p. 226.

[37] Sabe-se que, na prática, essa é uma questão um pouco mais complexa, envolvendo, inclusive, o direito à inclusão digital também em relação às famílias dos presos. Mas o que se quer ressaltar é que as novas tecnologias possibilitam algo que, há pouco tempo, era impensável: a possibilidade de um preso estrangeiro manter contato através de videochamada com sua família em outro país.

Igualmente há um claro benefício trazido pelo uso de novas tecnologias nas prisões se, em razão de uma emergência sanitária como a pandemia de covid-19, a única forma de efetivar o direito à saúde dos presos é através de teleconsulta.

Entretanto, deve-se ressaltar que o uso de novas tecnologias nas prisões, tanto para fins de reinserção social quanto para fins de vigilância e segurança, traz sérias questões éticas relacionadas à privacidade dos presos, à proteção de dados, ao contato contínuo com humanos e ao controle humano dos sistemas de IA (para citar apenas esses exemplos).

Deve-se levar em conta que a utilização das novas tecnologias no âmbito prisional está inserida num contexto maior de garantia de direitos fundamentais. Dessa forma, o emprego dessas ferramentas para fins de reinserção social não pode dessocializar ainda mais os presos. Por exemplo, as visitas virtuais não podem substituir, em situações de normalidade, as visitas presenciais. Nesse caso, as videochamadas devem ser apenas uma complementação do direito manter contato com o mundo exterior [38].

Uma questão que também deve ser levada em consideração é a necessidade de se regular como se dará o uso de novas tecnologias nas prisões. Ora, os presos terão direitos a videochamadas além das visitas presenciais, mas quantas poderá realizar, por quanto tempo e quem irá custear são algumas das questões que devem ser devidamente reguladas. A regulação deve ser observada em todos os âmbitos em que as novas tecnologias sejam inseridas, incluindo, por exemplo, a educação, o trabalho e o atendimento médico do preso. Além disso, defende-se que apenas a lei em sentido estrito pode autorizar a restrição de direitos das pessoas presas. Portanto não pode um ato administrativo diminuir a frequência de visitas presenciais, trocando-as por visitas virtuais, por exemplo.

Feitas essas considerações sobre os possíveis aspectos negativos das novas tecnologias, deve-se ressaltar que já existem estudos que mostram a utilização de novas ferramentas digitais como um recurso positivo no que diz respeito à promoção da educação nas prisões, além de ajudarem de forma geral na reinserção social e na atuação judicial no âmbito prisional [39].

---

[38] Cf. regra n.º 58 das Regras Mínimas para o Tratamento de Presos (Regras de Nelson Mandela).

[39] Cf. GÜERRI, Cristina; MARTÍ, Marta; PEDROSA. Albert, **Abriendo...**, p. 3

Destaca-se a promoção do ensino e do trabalho das pessoas presas através do uso de novas tecnologias, como se dá nas *smart prisons* finlandesas, que disponibilizam um programa de educação em inteligência artificial com três cursos online gratuitos em parceria com a Universidade de Helsinque (fundamentos de IA, construção de IA, ética de IA) e uma reabilitação assistida por realidade virtual (desde 2022). Além disso, também se oportuniza que os presos trabalhem em um treinamento de algoritmo de IA em colaboração com uma empresa de software [40].

Em suma, a incorporação de novas tecnologias no sistema prisional representa um avanço significativo na promoção da reinserção social, desde que sua implementação respeite os direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade. A utilização dessas ferramentas deve servir como um meio para ampliar oportunidades educacionais, facilitar a manutenção de vínculos familiares e aprimorar o acesso à saúde, sem que isso implique na substituição de direitos essenciais ou na intensificação do isolamento dos presos. Para tanto, é imprescindível que haja uma regulação clara e criteriosa, garantindo que o uso da tecnologia seja direcionado à ressocialização e não à mera intensificação do controle estatal. Assim, ao aliar inovação e respeito aos direitos humanos, é possível transformar a execução penal em um instrumento eficaz e legítimo dentro de um Estado democrático de direito.

BIBLIOGRAFIA

Baratta, Alessandro (2004). *Ressocialização ou controle social: Uma abordagem crítica da "reintegração social" do sentenciado*. Disponível em: http://www.ceuma.br/portal/wp-content/uploads/2014/06/BIBLIOGRAFIA.pdf. Acesso em: 08 fev. 2024

Canotilho, José Joaquim Gomes (2018). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª ed., Reimpressão, 2021. Coimbra: Almedina.

Costa, Gabriela Gomes, Prisões, cidadania e direito à inclusão digital: novas possibilidade de ressocialização através das TICs, in Nunes, César Augusto R. *et. al* (coord), Anais de Artigos Completos do IX CIDHCoimbra 2024, v. 3, Campinas/Jundiaí: Brasílica/Edições Brasil, p. 264-277, 2025, disponível em <https://www.cidhcoimbra.com/_files/ugd/8f3de9_e74562deac8941b1b6af0534694ea731.pdf> (02.07.2025)

[40] PUOLAKKA, Pia; NURMI, Juno. **Smart Prison: Digital Environment for Rehabilitation**, 2022

FOUCAULT, Michel (2008). *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes.
GÜERRI, Cristina; MARTÍ, Marta, & PEDROSA, Albert (2021). Abriendo ventanas virtuales en los muros de la prisión. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, (32).
HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich (1997). *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes.
JAKOBS, Günther (1995). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Madrid: Marcial Pons.
KANT, Immanuel (2003). A *metafísica dos costumes* [1797]. Tradução: Edson Bini. Bauru: EDIPRO.
KAUN, Anne, & STIERNSTEDT, Fredrik (2022). Prison Tech: Imagining the Prison as Lagging Behind and as a Test Bed for Technology Advancement. *Communication, Culture and Critique*, v. 15, n. 1, 69—83.
LEÃO, Anabela Costa (2023). Algumas notas sobre direitos fundamentais, transformação digital e inteligência artificial. GUIMARÃES, Maria Raquel; PEDRO, Rute Teixeira (Eds), *Direito e Inteligência Artificial* (pp. 10—36). Coimbra: Edições Almedina.
LEITE, André Lamas (2018). Ressocializar, hoje? Entre o «mito» e a realidade. *Revista do Ministério Público (RMP) 156*, 75-119.
MIR PUIG, Santiago (2006). *Estado, Pena y Delito*. Buenos Aires: B de F.
PUOLAKKA, Pia, & NURMI, Juno (2022). *Smart Prison: Digital Environment for Rehabilitation,* Criminal Sanctions Agency Finland.
PUOLAKKA, Pia, & VAN DE STEENE, Steven (2021). Artificial Intelligence in Prisons in 2030: An exploration on the future of AI in prisons. *Advancing Corrections Journal,* 11, pp. 128-138.
PIRES, Álvaro (2004). A *racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos*. Novos Estudos, 68: 39-60
ROBBERECHTS, Jana, & BEYENS, Kristel (2020). PrisonCloud: the beating heart of the digital prison cell. TURNER, Jennifer; KNIGHT, Victoria (Org.). *The prison cell, Cham: Springer International Publishing*, 283-303.
RODRIGUES, Anabela Miranda (2000A). A *posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito*. São Paulo: Ibccrim.
RODRIGUES, Anabela Miranda (2000B). *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*. Coimbra: Coimbra Editora.
ROXIN, Claus (2009). A *proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
SOUSA, António Francisco de (2019). *Manual de Direito Administrativo*. Porto: Vida Económica.
WACQUANT, Loïc (2009). *Punishing the poor: The neoliberal government of social insecurity*. Duke University Press.

EXPERIÊNCIAS ADVERSAS DURANTE A INFÂNCIA E A SUA RELAÇÃO COM O COMPORTAMENTO DESVIANTE

A IMPORTÂNCIA DE UMA INTERVENÇÃO PRECOCE

Gilda Santos *
Margarida Santos **

Abstract: Adverse childhood experiences have been the object of extensive theoretical and empirical research, aiming to understand their etiology, assess their effects, and conceive intervention strategies to prevent their emergence or mitigate the potential negative impact these experiences might have on children's and youth's positive development and long-term adjustment. Thus, the current chapter presents a brief literature review on this subject, beginning with an analysis of the concept of adverse childhood experiences itself. It then explores the negative consequences commonly associated with these experiences, including the development of antisocial and delinquent behaviors. The chapter concludes with a discussion on the critical importance of early prevention, highlighting the role of family-centered interventions in mitigating these risks.

Resumo: As experiências adversas durante a infância têm sido objeto de avultada investigação teórica e empírica, procurando perceber-se a sua etiologia, efeitos, e delinear as estratégias de intervenção que devem ser levadas a cabo para prevenir o seu desenvolvimento ou mitigar o potencial impacto negativo que estas experiências representam para o pleno desenvolvimento e posterior ajustamento de crianças e jovens. Assim, ao longo deste capítulo, é apresentada uma breve revisão da literatura produzida neste âmbito, refletindo-se, desde logo, sobre o próprio conceito de experiências adversas na

* Escola de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade do Porto; CIJ — Centro de Investigação Interdisciplinar em Justiça.
** Escola de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade do Porto; CIJ — Centro de Investigação Interdisciplinar em Justiça; Universidade Lusíada — Porto; CEJEIA — Centro de Estudos Jurídicos, Económicos, Internacionais e Ambientais.

infância. Em seguida, é realizada uma análise das consequências e efeitos nefastos frequentemente associados a estas experiências, incluindo o desenvolvimento de comportamentos antissociais e delinquentes. Este capítulo é concluído com uma reflexão relativamente à importância de uma prevenção precoce deste tipo de experiências, enfatizando-se a relevância das intervenções desenvolvidas a nível familiar.

Key-words: Adverse childhood experiences; Antisocial behaviors; Prevention; Intervention; Family.

Palavras-chave: Experiências adversas durante a infância; Comportamentos antissociais; Prevenção; Intervenção; Família.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo das últimas décadas, o entendimento do que é ser criança e das características e especificidades do período da infância foi sendo alvo de mutações e reconstruções permitindo que, progressivamente, esta fase fosse compreendida como um período fundamental no que concerne com o desenvolvimento e ajustamento posterior dos indivíduos. Não obstante, a satisfação das necessidades e a promoção do bem-estar das crianças permanece, amplamente, dependente da atuação dos adultos, particularmente da família [1], funcionando esta enquanto primeira instância de cuidado e de socialização. Com efeito, a evidência empírica tem demonstrado que as relações estabelecidas neste contexto, bem como o ambiente que as enquadra, poderão influenciar, grandemente, os comportamentos e as atitudes apresentados pelas crianças [2], na medida em que se entende que "os modos pelos quais as crianças são socializadas nas suas famílias estão fortemente relacionados com os seus resultados desenvolvimentais positivos ou negativos" [3]. Assim, fatores associados à estrutura familiar, ao suporte fornecido por esta, ao seu funcionamento e à sua integração na comunidade têm sido avançados como importantes elementos relativamente ao desenvolvimento de comportamentos desajustados [4]. É nesse sentido que, cada vez mais, se tem alertado para a importância de se estudar este período do desenvolvimento, com particular incidência para as designadas experiências adversas durante a infância que, de um modo simples, traduzem eventos

1 Devaney, 2017.
2 Veja-se Apel & Kaukinen, 2008; Hoeve *et al.*, 2012; Leiber *et al.*, 2009; Loeber & Farrington, 2012; Petts, 2009; Price & Kunz, 2003 e Wong *et al.*, 2010.
3 Herrenkohl *et al.*, 2000, p. 177.
4 Devaney, 2017; Hoeve *et al.*, 2012; Wong *et al.*, 2010.

traumáticos durante este período desenvolvimental que podem incluir, entre outros, experiências de abuso físico, sexual e emocional, assim como disfunções ao nível familiar (e.g., divórcio, exposição a comportamentos de violência doméstica) [5]. Com efeito, diversos estudos empíricos têm demonstrado que este tipo de experiências se encontra associado a um risco mais elevado de desenvolvimento de resultados negativos durante a adolescência e a idade adulta no que respeita, por exemplo, à saúde física e mental, ansiedade, depressão, morte precoce, consumo de substâncias ou comportamentos disruptivos, incluindo a prática de crimes [6]. Assim, e considerando o impacto que este tipo de experiências pode acarretar para o desenvolvimento dos indivíduos, a investigação científica tem procurado desconstruir a sua génese, perceber os seus efeitos e delinear as estratégias de intervenção que devem ser levadas a cabo para prevenir o seu desenvolvimento ou colmatar o seu impacto, sendo reconhecidos os custos que este tipo de experiências acarreta não só para os próprios indivíduos, mas também para a sociedade como um todo.

Deste modo, este capítulo procura realizar uma breve revisão da literatura produzida em torno deste tema, que tem vindo a ser considerado particularmente relevante quando os direitos das crianças constituem o objeto de estudo. Assim, este capítulo inicia-se com uma reflexão em torno do próprio conceito de experiências adversas na infância. Em seguida, será feita uma breve revisão das consequências e efeitos nefastos associados a estas experiências, com especial enfoque para a relação que se estabelece entre estas e o desenvolvimento de comportamentos delinquentes. Este capítulo será concluído com algumas observações em torno da importância de uma prevenção precoce deste tipo de experiências, com especial relevo para o papel que a intervenção junto das famílias desempenha nesta relação.

2. EXPERIÊNCIAS ADVERSAS NA INFÂNCIA: O QUE SÃO?

O estudo das experiências adversas durante a infância tem ganho um grande relevo ao longo dos últimos anos, acompanhando a extensa investigação que tem sido produzida em torno deste período de

[5] Felitti *et al.*, 1998; Bethell *et al.*, 2017.

[6] Anda *et al.*, 1999; Baglivio *et al.*, 2015; Craig, Baglivio *et al.*, 2017; Craig, Piquero *et al.*, 2017; Crouch *et al.*, 2019; Delisi *et al.*, 2019; Dube *et al.*, 2003; Leban & Gibson, 2020.

desenvolvimento e da sua importância no que respeita ao posterior ajustamento dos indivíduos [7].

O estudo pioneiro de Felitti e colegas (1998) marcou o início da investigação sistemática neste domínio, traduzindo a primeira análise rigorosa desenvolvida sobre o impacto que a experiência de eventos traumáticos durante a infância pode despoletar na idade adulta. Especificamente, os autores procuraram perceber em que medida a existência de experiências de trauma e de abuso na infância se relacionavam com doenças, morbilidade e mortalidade, na idade adulta. Este estudo contou com a participação de 9508 indivíduos, em relação aos quais foi recolhida informação retrospetiva sobre o historial clínico e a exposição a acontecimentos adversos, designadamente: situações de abuso emocional, psicológico, físico e sexual, consumo de substâncias no seio familiar, disfunções na família ao nível da saúde mental, exposição a violência doméstica e adoção de comportamentos delinquentes e criminosos por parte de membros da família [8].

De entre os resultados alcançados por este estudo, será de destacar a evidência que revela que a vivência de experiências adversas é comum para a generalidade da população, na medida em que, mais de metade da amostra em estudo reportou ter experienciado, pelo menos, uma das situações acima descritas e um quarto da amostra indicou ter experienciado dois ou mais eventos desta natureza. Para além disso, constatou-se a existência de um efeito cumulativo no que respeita às experiências adversas durante a infância, uma vez que os indivíduos que reportaram uma cumulação dessas experiências apresentavam uma maior variedade de disfunções na idade adulta, como por exemplo, tabagismo, obesidade, sedentarismo, depressão, ideações suicidas, alcoolismo e consumo de substâncias psicoativas [9]. Felitti *et al.* (1998) propõem a utilização de uma imagem piramidal que ilustra o modelo descrito. Na base desta pirâmide encontram-se as experiências adversas durante a infância que, por sua vez, originam problemas de ajustamento social, emocional e cognitivo que, por seu turno, se encontram associados a uma maior probabilidade de adoção de comportamentos de risco, tais como o consumo de substâncias ou o envolvimento em comportamentos criminais. No

[7] Loeber & Farrington, 2012; Wolff *et al.*, 2020.
[8] Felitti *et al.*, 1998.
[9] Leban & Gibson, 2020.

topo da pirâmide encontram-se representados os problemas de saúde, as incapacidades e os problemas sociais, que surgem num período mais tardio da vida do indivíduo [10].

Este estudo pioneiro inaugurou o prolífico campo de investigação em torno destas experiências que, ao longo dos últimos anos, observou o desenvolvimento de uma multiplicidade de estudos [11], muitos das quais apresentando resultados que, não só corroboram os obtidos no estudo acima descrito, como procuram alagar o seu alcance, incluindo outras variáveis e contextos considerados relevantes para o ciclo de vida dos indivíduos [12].

Nesta senda, será importante referir que, apesar da sua vasta aplicação e replicação, ainda não existe uma definição ou entendimento unívocos sobre o que traduzem e em que consistem estas experiências. Esta dificuldade advém, grandemente, da multiplicidade de experiências adversas elencadas nos diferentes estudos, que incluem experiências tão distintas como a agressão física, a falta de afeto, a disfunção familiar, o crime ou a pobreza; das variações relativas às próprias causas da adversidade, assistindo-se a um movimento entre a família nuclear e o ambiente social envolvente; da inexistência, em alguns casos, de qualquer tipo de definição conceptual do fenómeno nos estudos desenvolvidos, sendo esta remetida para as medidas de operacionalização do fenómeno; ou, ainda, da semelhança entre este e outros conceitos frequentemente utilizados, tais como, maus-tratos infantis ou trauma infantil que, muitas vezes, são empregues de forma indistinta [13].

Contudo, e apesar de se considerar relevante a chamada de atenção para este aspeto, a revisão das diferentes definições utilizadas para traduzir este conceito, e dos elementos que integram cada uma dessas definições, ainda que fundamental, não consubstancia o objetivo central deste trabalho pelo que, como ponto de partida para os aspetos que se pretendem abordar, será seguido o modelo integrativo proposto por Kalmakis e Chandler (2013, p. 1489) que entende, operacionalmente, estas experiências como "eventos durante a infância, de gravidade variável e muitas vezes crónicos, que ocorrem na família ou no ambiente

[10] Felitti *et al*., 1998; Leban & Gibson, 2020.
[11] Leban & Gibson, 2020.
[12] Veja-se Dube *et al*., 2001; Duke *et al*., 2010; Edwards *et al*., 2003; Mullen *et al*., 1996; Ramiro *et al*., 2010.
[13] Kalmakis & Chandler, 2013.

social de uma criança e que causam danos ou angústia, perturbando assim a saúde e o desenvolvimento físico ou psicológico da criança" [14].

Constata-se, assim, que este modelo propõe uma conceptualização de experiências adversas durante a infância na qual a criança, a família e o ambiente social funcionam como elementos mutuamente dependentes e inseparáveis. Especificamente, o conceito aqui proposto inclui situações aptas a causar dano à criança, podendo constituir formas de abuso ou negligência, exposição à violência doméstica, abuso de substâncias, atividade criminosa ou outras formas de disfunção familiar. Para além disso, admite a existência da possibilidade de variações em número, gravidade e frequência destas experiências, que podem contribuir para efeitos diferenciais ao nível dos danos causados e do impacto destes no desenvolvimento da criança. Em adição a estes elementos, este modelo integra a influência do ambiente social como um fator preponderante nesta definição, ao reconhecer que fatores como a pobreza, o racismo, a desigualdade de género ou os contextos comunitários violentos podem influenciar negativamente a família, potenciando a sua vulnerabilidade, o que poderá, consequentemente, ter um efeito adverso no ajustado desenvolvimento das próprias crianças. Em outras situações, a criança poderá estar a ser diretamente afetada pelo seu ambiente social (e.g., violência escolar, *bullying*) o que pode, por seu turno, ter uma influência negativa sobre a família. Assim, segundo estes autores, as experiências adversas na infância são o resultado de uma constelação de eventos adversos que se encontram relacionados e da falta de experiências positivas no ambiente familiar ou social da criança [15].

3. EXPERIÊNCIAS ADVERSAS NA INFÂNCIA E A SUA RELAÇÃO COM O COMPORTAMENTO DESVIANTE

Como referido anteriormente, este tipo de experiências pode impactar negativamente o desenvolvimento das crianças e jovens pelo que, cada vez mais, temos vindo a assistir à condução de investigações que

[14] Da versão original: "Adverse childhood experiences were defined operationally as childhood events, varying in severity and often chronic, occurring in a child's family or social environment that cause harm or distress, thereby disrupting the child's physical or psychological health and development."

[15] Kalmakis & Chandler, 2013.

abordam as consequências resultantes da vivência de eventos traumáticos, chamando à atenção para a necessidade de uma prevenção e intervenção eficazes [16].

De facto, o impacto das experiências adversas durante a infância tem sido amplamente estudado no campo da medicina, no qual a evidência empírica tem demonstrado que o efeito destes eventos no estado salutar dos indivíduos é forte e cumulativo [17]. Os resultados dos estudos neste âmbito têm apontado para a existência de uma associação entre estas experiências e a maior probabilidade de desenvolvimento de problemas de saúde na idade adulta, tais como, problemas cardíacos, cancro, acidentes vasculares cerebrais, doença pulmonar obstrutiva crónica, diabetes, alterações no desenvolvimento cerebral, afetações no sistema imunitário e endócrino, alterações da expressão genética e, em alguns casos, mesmo suicídio [18]. Será de notar, não obstante, que tal como mencionado anteriormente, este impacto não se subsume ao campo da saúde física ou mental, repercutindo-se, também, em determinadas manifestações comportamentais, tais como o consumo de substâncias, a adoção de comportamentos sexuais de risco ou a prática de comportamentos delinquentes e criminais [19].

Para além destes, uma linha de investigação mais recente, que procura expandir o corpo de conhecimento produzido no âmbito de adversidades específicas, como os maus-tratos infantis ou o desenvolvimento neurobiológico da criança, tem procurado perceber qual o impacto que estas experiências têm ainda durante a própria infância [20]. Com efeito, é clara a existência de um crescente número de estudos empíricos que procuram explorar, entre outros, a relação entre as experiências adversas durante a infância e problemas comportamentais, insucesso escolar, dificuldades ao nível do desenvolvimento, falta de competências sociais e problemas de saúde em crianças e jovens em idade escolar [21].

Assim, verifica-se que, independentemente do período desenvolvimental em relação ao qual os estudos se debruçam, é inequívoco o

[16] Narayan *et al.*, 2021.
[17] Anda *et al.*, 2006; Anda *et al.*, 2010; Felitti *et al.*, 1998.
[18] Revisto por Bryan, 2019; Dube *et al.*, 2003.
[19] Veja-se Baglivio *et al.*, 2015; Craig *et al.*, 2017; Dube *et al.*, 2003.
[20] Fisher *et al.*, 2016; Lipscomb *et al.*, 2021.
[21] Veja-se Blodgett & Lanigan, 2018; Cicchetti & Toth, 1995; Giovanelli *et al.*, 2019; Hunt *et al.*, 2017; Jimenez *et al.*, 2016; Mckelvey *et al.*, 2018.

impacto que a exposição a eventos traumáticos origina nas mais diversas áreas de funcionamento do indivíduo. Contudo, tendo em consideração os objetivos do presente trabalho, será de destacar a relação que se estabelece entre este tipo de eventos e a adoção de comportamentos antissociais, delinquentes e criminais [22].

Neste âmbito, a literatura científica tem apresentado evidência que, de algum modo, permite sintetizar os diferentes mecanismos que, potencialmente, subjazem à relação entre estas duas variáveis, uma vez que as experiências adversas durante a infância, poderão: *a)* ter consequências, não só imediatas, mas que também perdurem no tempo; *b)* causar modificações corporais que favoreçam o desenvolvimento de comportamentos agressivos futuros; *c)* levar à adoção de condutas (*coping styles*) impulsivas ou desajustadas, que podem potenciar o desenvolvimento de fracas competências para a resolução de conflitos ou de um baixo desempenho escolar; *d)* levar ao desenvolvimento de mudanças em termos de autoestima ou nos padrões do processo de informação social, o que pode potenciar a existência de comportamentos agressivos; *e)* levar à desestruturação familiar (e.g. institucionalização da criança); e *f)* levar a que as famílias entrem em contacto com o sistema de justiça, potenciando a rotulagem negativa destas crianças [23].

Com efeito, esta associação tem sido amplamente documentada na literatura científica. Por exemplo, no estudo desenvolvido por Duke *et al*. (2010), com uma amostra de jovens em idade escolar, veri ficou-se que quanto maior o número de experiências adversas durante a infância reportadas pelos participantes, maior a probabilidade de relato de comportamentos violentos e delinquentes. No mesmo sentido, Dierkhising, Ko, Woods-Jaeger, Briggs, Lee e Pynoos (2013) constataram que cerca de 90% dos jovens com criminalidade registada tinham experienciado, pelo menos, um evento traumático durante a infância. Da mesma forma, a investigação levada a cabo por Connolly e Kavish (2018) revelou que as experiências adversas durante a infância se encontravam associadas a maiores níveis de comportamentos delinquentes durante a adolescência e a um declínio mais lento destes comportamentos na passagem da adolescência para a idade adulta.

---

[22] Baglivio *et al*., 2015; Connolly & Kavish, 2018; Fox *et al*., 2015; Duke *et al*., 2010; Fagan & Novak, 2017; Wolff *et al*., 2020.

[23] Farrington *et al*., 2012; Santos *et al*., 2018.

No que respeita a experiências adversas na infância centradas, especificamente, no âmbito do abuso emocional, psicológico, físico e sexual, muitos outros estudos constatam esta associação. Um exemplo, foi o estudo conduzido por Jaffee, Caspi, Moffitt e Taylor (2004) no qual se demonstrou que o abuso físico era uma variável que se encontrava relacionada, de um modo causal, com o comportamento antissocial futuro por parte das crianças, sendo que este efeito se mantinha constante, mesmo após se controlar para a história de com portamentos antissociais por parte dos progenitores e para a transmissão genética de comportamentos antissociais. Do mesmo modo, através da análise de dados oficiais recolhidos sobre cerca de 18,000 crianças do estado do Illinois, referenciados por maus-tratos e seguidos até aos 18 anos de idade, o estudo desenvolvido por Ryan e Testa (2005) revelou que as crianças que sofreram algum tipo de abuso apresentavam maiores taxas de delinquência na adolescência, comparativamente com os seus pares que não sofreram qualquer tipo de abuso. Teisl e Cicchetti (2008) estudaram os processos cognitivos e emocionais em crianças com um historial de abuso físico, em crianças com um historial de outros tipos de abuso (e.g. sexual, emocional, negligência) e em crianças que não apresentavam nenhuma forma de abuso. Esta investigação demonstrou que a experiência de abuso estaria associada a erros na interpretação da informação, à maior facilidade no recurso a respostas agressivas em situações de conflito e à baixa capacidade de regulação emocional, comparativamente com crianças que não tinham sofrido qualquer forma de abuso. No mesmo sentido, o estudo realizado por Fergusson, McLeod e Horwood (2013), recorrendo a dados recolhidos sobre cerca de 1000 crianças seguidas desde o nascimento até aos 25 anos de idade, demonstrou que a exposição a situações de abuso físico e sexual durante a infância se encontrava associada a diferentes tipos de resultados negativos tardios na vida dos indivíduos, entre os quais, problemas de conduta e personalidade antissocial.

A evidência empírica tem, também, demonstrado a existência de associações entre a exposição a situações de violência doméstica e o desenvolvimento de disfunções por parte da criança, ao nível do funcionamento emocional, cognitivo e comportamental, da competência social, do desempenho escolar e da saúde [24], existindo diversos estudo

[24] Day & Wanklyn, 2012; Fox *et al*., 2015; Herrera & Mccloskey, 2001; Loeber & Stouthamer-Loeber, 1986; Wolfe *et al*., 2003; Moffit & The Klaus-Grawe 2012 Think Tank, 2013.

que indicam, entre outros, que as crianças expostas a eventos desta natureza têm uma maior probabilidade de encetar em comportamentos agressivos e delinquentes, de desenvolver problemas de ajustamento social, de apresentar sintomas de ansiedade, depressão, trauma e problemas de temperamento, comparativamente com crianças que não foram expostas a estas experiências [25]. Com efeito, estudos longitudinais, como o *The Cambridge Study in Delinquent Development* e o *The Christchurch Study*, demonstraram que a exposição a violência inter-parental se constitui como um importante fator de risco, mesmo depois de se controlarem outros fatores, como a criminalidade parental, o consumo de substâncias por parte dos pais, a punição física e os baixos rendimentos familiares [26]. No mesmo sentido, no estudo desenvolvido por Weaver, Borkowski e Whitman (2008) constatou-se que, independentemente do nível de risco, as crianças expostas a elevados níveis de violência no seio familiar, até aos 10 anos de idade, apresentavam níveis mais elevados de problemas de conduta (delinquência e comportamentos violentos) durante a adolescência, comparativamente com jovens expostos a menores níveis de violência durante a infância. Este resultado manteve-se estável mesmo após controlar para problemas de externalização pré-natais (por parte da mãe) e durante a própria infância. Na revisão da literatura realizada por Herrenkhol, Sousa, Tajima, Herrenkhol e Moylan (2008) verificou-se que a exposição a violência doméstica, por parte das crianças, estaria associada a maiores défices a nível cognitivo, psicológico e emocional, baixa autoestima, depressão, ansiedade, comportamentos de agressão e insucesso escolar.

Ainda no âmbito da dinâmica e funcionamento familiares, também a adoção de comportamentos delinquentes e criminais por parte dos progenitores tem sido encarada como uma experiência adversa durante a infância apta a potenciar o desenvolvimento e a adoção de comportamentos antissociais e delinquentes por parte das crianças expostas a este tipo de situações [27]. Por exemplo, no estudo realizado por Farrington, Jolliffe, Loeber, Stouthamer-Loeber e Kalb (2001) demonstrou-se que uma situação de reclusão, por parte de um familiar, particularmente se esta dissesse respeito à figura parental,

[25] Day & Wanklyn, 2012; Holden *et al.*, 1998; Loeber & Stouthamer-Loeber, 1986; Moffit & The Klaus-Grawe 2012 Think Tank, 2013.
[26] Farrington *et al.*, 2012.
[27] Day & Wanklyn, 2012.

predizia a maior probabilidade de encarceramento futuro das crianças e jovens participantes no estudo. A partir dos resultados do *Cambridge Study in Delinquent Development,* demonstrou-se que 63% dos rapazes participantes no estudo, com pais condenados, também foram alvo de, pelo menos, uma condenação num momento posterior. No estudo levado a cabo por Petitclerc e colegas (2009), demonstrou-se que comportamentos antissociais por parte da mãe estariam associados a comportamentos de violação das normas, de oposição e de desafio por parte das crianças [28].

No que respeita à vivência de uma experiência de divórcio ou separação parental, a literatura tem vindo a demonstrar resultados análogos. A título de exemplo, os resultados do *Cambridge Study in Delinquent Development* demonstraram que as crianças, do sexo masculino, que tinham experienciado a separação de uma figura parental, até aos 10 anos de idade, apresentavam uma maior probabilidade de serem condenadas pela prática de crimes até aos 50 anos de idade, comparativamente com outros indivíduos provenientes de famílias "intactas" [29]. Do mesmo modo, Theobald e colegas (2013) procuraram perceber o efeito que a desestruturação familiar (provocada por divórcio ou separação) teria na prática de atos violentos subsequentes. Os dados obtidos demonstraram que os jovens que experienciavam este tipo de acontecimentos (até aos 14 anos) tinham uma maior probabilidade de encetarem comportamentos violentos e ser detidos pelos mesmos, em adultos. Note-se, no entanto, que se verificou que esta relação era moderada por variáveis como o nervosismo e a disciplina parental severa, e mediada por variáveis como a hiperatividade e a violência auto-relatada, aos 14 anos [30].

Posto isto, e tendo como base a evidência empírica existente sobre a relação das experiências adversas durante a infância e a adoção de comportamentos desajustados ao longo do ciclo vida, relativamente aos quais se apresentou aqui breve revisão teórica, cada vez mais se tem vindo a alertar para a necessidade de uma prevenção e intervenção precoces que permitam prevenir ou colmatar o impacto destas experiências. Sendo certo que a intervenção se pode desenrolar em diversos níveis (e.g., individual, familiar, comunitário), e embora a evidência empírica indique as intervenções multimodais como sendo

[28] Petitclerc *et al.*, 2009.
[29] Farrington, Coid & Murray, 2009; Farrington, Coid & West, 2009.
[30] Theobald *et al.*, 2013.

as mais eficazes e aptas a produzir efeitos duradouros, neste capítulo aprofundar-se-ão as estratégias de prevenção e intervenção diretamente focadas na família, por se considerar que esta, enquanto instância primária de socialização, desempenha um papel central na promoção de um ambiente saudável no qual a criança possa, adequadamente, crescer e se desenvolver.

4. PREVENÇÃO E INTERVENÇÃO PRECOCES: A IMPORTÂNCIA DE ATUAR JUNTO DAS FAMÍLIAS

Como decorre das secções anteriores deste capítulo, embora a investigação no âmbito das experiências adversas durante a infância e do seu risco cumulativo não seja algo novo, esta potenciou o estudo sobre os efeitos a longo a prazo que a exposição infantil a eventos traumáticos pode despoletar. Continuando este percurso, ao longo dos últimos anos, temos observado uma alteração no que respeita aos grandes objetivos de investigação, intervenção e política públicas neste âmbito, deixando-se apenas de procurar perceber o modo como estas experiências afetam negativamente os indivíduos, mas visando o desenvolvimento de estratégias que permitam prevenir o surgimento ou intensificação das mesmas [31].

De um modo geral, estes esforços de prevenção e intervenção procuram prevenir ou diminuir os danos causados às crianças decorrentes da sua exposição a estas experiências adversas procurando, para tal, implementar um conjunto de estratégias que visam a promoção de relacionamentos seguros, estáveis e estimulantes nas famílias; a promoção da resiliência dos pais às pressões atuais, incluindo depressão, ansiedade, abuso de substâncias, violência nas relações de intimidade, isolamento social e dificuldades financeiras; e o encorajamento de normas culturalmente sensíveis que potenciem práticas parentais eficazes e expectativas saudáveis sobre o desenvolvimento infantil [32].

Assim, os programas de treino parental precoce *(early parenting interventions)*, que ao longo dos últimos 40 anos têm vindo a ser aplicados numa multiplicidade de contextos e famílias, geralmente postulam que a qualidade das relações pais-criança irá facilitar a

[31] Narayan *et al*., 2021.
[32] Narayan *et al*., 2021.

aprendizagem do controlo sobre comportamentos impulsivos, de oposição e agressivos, e assim reduzir comportamentos desajudados, evitando o seu impacto nefasto a longo prazo, em termos da integração social da criança [33]. Será de notar que o adequado desenvolvimento e implementação de programas desta natureza têm sido associados a resultados satisfatórios. Por exemplo, na meta-análise conduzida por Farrington e Welsh (2002), procurou-se fazer uma avaliação da eficácia dos programas neste âmbito, a partir da análise dos resultados obtidos em outros estudos avaliativos. Os autores verificaram, de um modo geral, que este tipo de programas tinha um efeito positivo na redução da delinquência, comportamentos agressivos e comportamentos antissociais das crianças. Na revisão levada a cabo por Piquero e Jennings (2012) chegou-se à mesma conclusão, ressalvando-se que os resultados positivos estariam potenciados aquando da aplicação destes programas numa fase precoce do desenvolvimento da criança.

No âmbito das intervenções familiares serão de salientar dois tipos de programas que têm vindo a ser considerados como particularmente bem-sucedidos na prevenção do desenvolvimento de comportamentos disruptivos: a educação parental e o treino de competências parentais [34].

Os programas de educação parental dividem-se, normalmente, em duas tipologias de intervenção: as visitas domiciliárias e a educação parental, aliada à disponibilização de serviços de "infantário".

As primeiras consistem na visita de profissionais ou técnicos de intervenção com conhecimentos na área da saúde, desenvolvimento infantil e cuidados infantis, à casa da família. Estas intervenções têm sido utilizadas com uma grande variedade de objetivos focados, não só nas crianças, mas também na família, como por exemplo, ensinar aos pais modos de promover um desenvolvimento saudável dos filhos a diferentes níveis: educacional (e.g. preparação da entrada para a escola), social (e.g. ligação aos serviços e instituições presentes na comunidade) e de saúde (e.g. prevenção do abuso/negligência) [35]. Concretamente, este tipo de intervenções procura não só a redução de comportamentos desajustados (e.g., comportamentos violentos e antissociais), mas também a promoção do sucesso escolar

[33] Bernazzani & Tremblay, 2007; Piquero *et al.*, 2009; Piquero *et al.*, 2016; Welsh *et al.*, 2012.
[34] Welsh & Farrington, 2012.
[35] Bilukha *et al.*, 2005; Farrington & Welsh, 2007; Piquero *et al.*, 2016.

das crianças, o desenvolvimento das capacidades de resolução de problemas e a potenciação do acesso aos recursos sociais disponíveis [36]. Por exemplo, o estudo desenvolvido por Eckenrode e colegas (2010) procurou explorar os efeitos de um programa de visitas domiciliárias — *Elmira Nurse-Family Partnership* — implementado durante o período pré-natal e primeira infância (até ao 2.º aniversário da criança). Este estudo, avaliou jovens participantes aos 19 anos de idade, cujas mães haviam participado no programa, a fim de medir dimensões relacionadas com o sucesso académico, comportamentos reprodutivos e envolvimento em práticas criminais. Entre outros resultados, esta investigação demonstrou que as jovens, cujas mães tinham participado no programa, apresentavam uma menor probabilidade de terem sido detidas e condenadas pela prática de uma ofensa criminal, comparativamente com outras jovens, cujas famílias não tinham sido alvo da intervenção.

Por sua vez, os programas de educação parental (com disponibilização de serviços de infantário) consubstanciam-se na criação de um espaço onde as crianças possam passar os seus dias, sendo semelhante aos infantários. Procura-se, essencialmente, conceber um local que permita a realização de atividades organizadas para as crianças, fornecendo aos pais uma forma alternativa de cuidar das mesmas e permitindo que estes (sobretudo as mães) regressem ao trabalho [37]. Neste contexto, a evidência empírica sugere que este tipo de programas traz alguns benefícios para as crianças ao nível do desenvolvimento de competências sociais, cognitivas [38], sensoriais, motoras e de controlo [39].

Relativamente ao treino de competências parentais, esta tipologia de programas visa produzir alterações nos comportamentos das crianças, através da promoção de mudanças nos comportamentos dos pais e nas práticas disciplinares parentais por eles adotadas. Entre uma multiplicidade de objetivos, estes programas procuram, por exemplo, apoiar os pais no modo como eles podem comunicar claramente as expectativas em relação ao comportamento das crianças, reconhecer os comportamentos que devem ser promovidos ou diminuídos, identificar os antecedentes de comportamentos

[36] Bilukha *et al.*, 2005.
[37] Welsh & Farrington, 2007.
[38] Hawkins *et al.*, 1995.
[39] Welsh & Farrington, 2007.

negativos, reforçar comportamentos positivos e punir comportamentos desadequados [40]. No sentido de potenciar a eficácia deste tipo de programas, o treino de competências parentais deverá incluir um conjunto de atividades positivas partilhadas entre pais e crianças. No que concerne ao seu efeito na prevenção de comportamentos disruptivos e a título de exemplo, a investigação desenvolvida por Hagen, Ogden e Bjørnebekk (2011) demonstrou que o programa de treino de competências parentais em estudo apresentava resultados positivos na redução de comportamentos aversivos e de problemas comportamentais por parte das crianças, bem como na promoção de competências sociais. No mesmo sentido, verificou-se que a participação neste programa estava associada a uma maior coesão familiar e ao recurso a práticas disciplinares mais efetivas. Da mesma forma, a revisão efetuada por Pearl (2009) corroborou a existência de resultados positivos, decorrentes da aplicação de programas de treino de competências parentais, na redução de comportamentos disruptivos apresentados pelas crianças [41].

5. CONCLUSÃO

A presente revisão procurou chamar à atenção para o papel crucial que as experiências durante a infância desempenham para o desenvolvimento das crianças e jovens. Ao longo deste capítulo, as consequências afetas à vivência de experiências adversas foram amplamente debatidas, sendo possível perceber que estas não se subsumem a uma área do funcionamento da criança podendo ter, ao invés, um impacto muito negativo em áreas tão diversas como a saúde, a educação, os relacionamentos interpessoais ou a adoção de comportamentos disruptivos ou mesmo delinquentes [42]. Nesta senda, é possível depreender-se que a importância de prevenir adversidades precoces nunca foi tão evidente, considerando o volume avultado de estudos que demonstram a associação entre estas experiências e resultados negativos, e cujo impacto não fica limitado a uma geração, tendo-se verificado, em muitos casos,

[40] Wasserman & Seracini, 2001; Piquero *et al.*, 2016.
[41] A secção relativa aos programas de treino parental precoce foi baseada na revisão realizada por Santos *et al.*, 2018.
[42] Veja-se Devaney, 2017; Delisi *et al.*, 2019; Leban & Gibson, 2020.

a transmissão intergeracional destas situações de vulnerabilidade [43]. Assim, cada vez mais, se tem procurado sensibilizar os governos e as comunidades para a necessidade de se apoiarem as crianças, procurando que as suas necessidades básicas para um desenvolvimento pleno e completo sejam acauteladas [44]. Deste modo, e considerando que um aspeto central para o adequado desenvolvimento infantil radica nas questões da parentalidade e das interações familiares, este capítulo procurou alertar para a importância de uma intervenção sistemática e teoricamente fundamentada junto das famílias que apresentam maior vulnerabilidade e risco de disfunção, reconhecendo-se o importante contributo que uma parentalidade positiva, um ambiente familiar estável e saudável, a existência de uma forte vinculação afetiva e um envolvimento da família com a comunidade e com as redes de apoio representam para o desenvolvimento completo e saudável dos indivíduos, das famílias, das comunidades e da sociedade [45].

BIBLIOGRAFIA

ANDA, Robert; CROFT, Janet; FELITTI, Vincent; NORDENBERG, Dale; GILES, Wayne; WILLIAMSON, David & GIOVINO, Gary (1999). Adverse childhood experiences and smoking during adolescence and adulthood. *JAMA*, *282(17)*, 1652-1658.

ANDA, Robert; FELITTI, Vincent; BREMNER, Douglas; WALKER, John; WHITFIELD, Charles; PERRY, Bruce; DUBE, Shanta & GILES, Wayne (2006). The enduring effects of abuse and related adverse experiences in childhood: A convergence of evidence from neurobiology and epidemiology. *European Archives of Psychiatry and Clinical Neuroscience, 256,* 174-186.

ANDA, Robert; TIETJEN, Gretchen; SCHULMAN, Elliott; FELITTI, Vincent & CROFT, Janet (2010). Adverse childhood experiences and frequent headaches in adults. *Headache, 50(9),* 1473-1481.

APEL, Robert & KAUKINEN, Catherine (2008). On the relationship between famlily structure and antissocial behavior: parental cohabitation and blended households. *Criminology, 46(1),* 35-70.

BAGLIVIO, Michael; WOLFF, Kevin; PIQUERO, Alex & EPPS, Nathan (2015). The Relationship between Adverse Childhood Experiences (ACE) and Juvenile Offending Trajectories in a Juvenile Offender Sample. *Journal of Criminal Justice, 43(3),* 12-34.

BERNAZZANI, Odette & TREMBLAY, Richard (2007). Early parent training. WELSH, Brandon & FARRINGTON, David (Eds.). *Preventing Crime: What Works for Children, Offenders, Victims and Places* (pp. 21-32). New York: Springer.

[43] Veja-se Metzler *et al.*, 2017.
[44] Devaney, 2017.
[45] Devaney, 2017; Metzler *et al.*, 2017.

BETHELL, Christina; CARLE, Adam; HUDZIAK, James; GOMBOJAV, Narangerel; POWERS, Kathleen; WADE, Roy & BRAVEMAN, Paula (2017). Methods to Assess Adverse Childhood Experiences of Children and Families: Toward Approaches to Promote Child Well-being in Policy and Practice. *Academic Pediatrics*, *17(7S),* S51-S69.

BILUKHA, Oleg; HAHN, Robert; CROSBY, Alex; FULLILOVE, Mindy; LIBERMAN, Akiva; MOSCICKI, Eve; SNYDER, Susan; TUMA, Farris; CORSO, Phaedra; SCHOFIELD, Amanda & BRISS, Peter (2005). The effectiveness of early childhood home visitation in preventing violence: A systematic review. *American Journal of Preventive Medicine*, *28(2S1),* 11-39.

BLODGETT, Christopher & LANIGAN, Jane (2018). The association between adverse childhood experience (ACE) and school success in elementary school children. *School Psychology Quarterly*, *33(1)*, 137-146.

BRYAN, Rebecca (2019). Getting to Why: Adverse Childhood Experiences' Impact on Adult Health. *The Journal for Nurse Practitioners, 15(2),* 153-157.

CICCHETTI, Dante & TOTH, Sheree (1995). A developmental psychopathology perspective on child abuse and neglect. J*ournal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry*, *34(5),* 541-565.

CONNOLLY, Eric & KAVISH, Nicholas (2018). The Causal Relationship between Childhood Adversity and Developmental Trajectories of Delinquency: A Consideration of Genetic and Environmental Confounds. *Journal of Youth and Adolescence, 48,* 199-211.

CRAIG, Jessica; BAGLIVIO, Michael; WOLFF, Kevin; PIQUERO, Alex & EPPS, Nathan (2017). Do social bonds buffer the impact of adverse childhood experiences on reoffending? *Youth Violence and Juvenile Justice*, *15(1),* 3-20.

CRAIG, Jessica; PIQUERO, Alex; FARRINGTON, David & TTOFI, Maria (2017). A little early risk goes a long bad way: Adverse childhood experiences and life-course offending in the Cambridge study. *Journal of Criminal Justice*, *53,* 34-45.

CROUCH, Elizabeth; PROBST, Janice; RADCLIFF, Elizabeth; BENNET, Kevin & MCKINNEY, Selina (2019). Prevalence of adverse childhood experiences (ACEs) among US children. *Child Abuse & Neglect, 92,* 209-218.

DAY, David & WANKLYN, Sonya (2012). Identification and operationalization of the major risk factors for antisocial and delinquent behaviour among children and youth. *National Crime Prevention Centre.*

DELISI, Matt; DRURY, Alan & ELBERT, Michael (2019). The etiology of antissocial personality disorder: The differential roles of adverse childhood experiences and childhood psychopathology. *Comprehensive Psychiatry*, *92,* 1-6.

DEVANEY, Carmel (2017). Promoting Children's Welfare through Family Support. DOALN, Pat & FROST, Nick (Eds.). *The Routledge Handbook of Global Child Welfare* (cap. 8). London: Routledge.

DIERKHISING, Carly; KO, Susan; WOODS-JAEGER; BRIGGS, Ernestine; LEE, Robert & PYNOOS, Robert (2013). Trauma histories among justice-involved youth: findings from the National Child Traumatic Stress Network. *European Journal of Psychotraumatology*, *4(1)*, 1-12.

DUBE, Shanta; FELITTI, Vincent; DONG, Maxia; CHAPMAN, Daniel; GILES, Wayne & ANDA, Robert (2003). Childhood abuse, neglect, and household dysfunction and the risk of illicit drug use: the adverse childhood experiences study. *Pediatrics*, *111(3),* 564-572.

DUKE, Naomi; PETTINGELL, Sandra; MCMORRIS, Barbara & BOROWSKY, Iris (2010). Adolescent violence perpetration: Associations with multiple types of adverse childhood experiences. *Pediatrics*, *124(4),* 778-786.

ECKENRODE, John; CAMPA, Mary; LUCKEY, Dennis; HENDERSON, Charles; COLE, Robert; KITZMAN, Harriet; ANSON, Elizabeth; SIDORA-ARCOLEO, Kimberley; POWERS, Jane & OLDS, David (2010). Long-term effects of prenatal and infancy nurse home visitation on the life course of youths. *Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine*, *164(1),* 9-16.

EDWARDS, Valerie; HOLDEN, George; FELITTI, Vincent & ANDA, Robert (2003). Relationship between multiple forms of childhood maltreatment and adult mental health in community respondents: results from the adverse childhood experiences study. *American Journal of Psychiatry, 160(8),* 1453-1460.

FAGAN, Abigail & NOVAK, Abigail (2017). Adverse Childhood Experiences and Adolescent Delinquency in a High-Risk Sample: A Comparison of White and Black Youth. *Youth Violence and Juvenile Justice, 16(4),* 1-22.

FARRINGTON, David; COID, Jeremy & MURRAY, Joseph (2009). Family factors in the intergenerational transmission of offending. *Criminal Behaviour and Mental Health, 19(2),* 109-124.

FARRINGTON, David; COID; Jeremy; & WEST, Donald (2009). The development of offending from age 8 to age 50: Recent results from the Cambridge Study in Delinquent Development. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 92(2),* 160-173.

FARRINGTON, David; JOLLIFFE, Darrick; LOEBER, Rolf; STOUTHAMER-LOEBER, Magda & KALB, Larry (2001). The concentration of offenders in families, and family criminality in the prediction of boys' delinquency. *Journal of Adolescence*, *24(5), 579-596*.

FARRINGTON, David; LOEBER, Rolf & TTOFI, Maria (2012). Risk and protective factors for offending. WELSH, Brandon & FARRINGTON, David (Eds.). *The Oxford Handbook of Crime Prevention* (p. 46-69). New York: Oxford University Press.

FARRINGTON, David & WELSH, Brandon (2003). Family-based prevention of offending: a meta-analysis. *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, *36(2),* 127-151.

FARRINGTON, David & WELSH, Brandon (2007). *Saving Children from a Life of Crime: Early Risk Factors and Effective Interventions*. New York: Oxford University Press.

FELITTI, Vincent; ANDA, Robert; NORDENBERG, Dale; WILLIAMSON, David; SPITZ, Alison; EDWARD, Valerie; KOSS, Mary & MARKS, James (1998). Relationship of childhood abuse and household dysfunction to many of the leading causes of death in adults. The Adverse Childhood Experiences (ACE) Study. *American Journal of Preventive Medicine*, *14(4),* 245-258.

FERGUSSON, David; MCLEOD, Geraldine & HORWOOD, John (2013). Childhood sexual abuse and adult developmental outcomes: findings from a 30-year longitudinal study in New Zealand. *Child Abuse and Neglect*, *37(9),* 664-674.

FISHER, Philip; BEAUCHAMP, Kate; ROOS, Leslie; NOLL, Laura; FLANNERY, Jessica & DELKER, Brianna (2016). The neurobiology of intervention and prevention in early adversity. *Annual Review of Clinical Psychology*, *12,* 331-357.

FOX, Bryanna; PEREZ, Nicholas; CASS, Elizabet; BAGLIVIO, Michael & EPPS, Nathan (2015). Trauma changes everything: Examining the relationship between

adverse childhood experiences and serious, violent and chronic juvenile offenders. *Child Abuse & Neglect, 46,* 163-173.

GIOVANELLI, Alison; MONDI, Christina; REYNOLDS, Arthur & OU, Suh-Ruu (2019). Adverse childhood experiences: Mechanisms of risk and resilience in a longitudinal urban cohort. *Development and Psychopathology, 32(4),* 418-1439.

HAGEN, Kristine; OGDEN, Terje & BJøRNEBEKK, Gunnar (2011). Treatment outcomes and mediators of parent management training: A one-year follow-up of children with conduct problems. *Journal of Clinical Child & Adolescent Psychology, 40(2),* 165-178.

HAWKINS, David; CATALANO, Richard & BREWER, Devon (1995). Preventing serious, violent and chronic juvenile offending: Effective strategies from conception to age 6. HOWELL, James; KRISBERG, Barry; HAWKINS, David & WILSON, John (Eds.). *Serious, Violent & Chronic Juvenile Offenders* (pp. 47-60). Thousand Oaks: Sage Publications.

HERRENKOHL, Todd; MAGUIN, Eugene; HILL, Karl; HAWKINS, David; ABBOTT, Robert & CATALANO, Richard (2000). Developmental risk factors for youth violence. *Journal of Adolescent Health*, *26(3),* 176-186.

HERRENKOHL, Todd; SOUSA, Cynthia; TAJIMA, Emiko; HERRENKOHL, Roy & MOYLAN, Carrie (2008). Intersection of child abuse and children's exposure to domestic violence. *Trauma, Violence & Abuse*, *9(2),* 84-99.

HOEVE, Machteld; STAMS, Geert; VAN DER PUT, Claudia; DUBAS, Judith; VAN DER LAAN, Peter & GERRIS, Jan (2012). A meta-analysis of attachment to parents and delinquency. *Journal of Abnormal Child Psychology, 40(5),* 771-785.

HOLDEN, George; GEFFNER, Robert & JOURILES, Ernest (1998). *Children exposed to marital violence: Theory, research, and applied issues.* American Psychological Association.

HUNT, Tenah; SLACK, Kristen & BERGER, Lawrence (2017). Adverse childhood experiences and behavioral problems in middle childhood. *Child Abuse & Neglect*, *67,* 39-402.

HERRERA, Veronica & MCCLOSKEY, Laura (2001). Gender differences in the risk for delinquency among youth exposed to family violence. *Child Abuse & Neglect*, *25(8),* 1037-1051.

JAFFEE, Sara; CASPI, Avshalom; MOFFITT, Terrie & TAYLOR, Alan (2004). Physical maltreatment victim to antisocial child: Evidence of an environmentally mediated process. *Journal of Abnormal Psychology*, *113(2),* 44—55.

JIMENEZ, Manuel; WADE, Roy; LIN, Yong; MORROW, Lesley & REICHMAN, Nancy (2016). Adverse Experiences in Early Childhood and Kindergarten Outcomes. *Pediatrics*, *137(2),* e20151839.

KALMAKIS, Karen & CHANDLER, Genevieve (2013). Adverse childhood experiences: towards a clear conceptual meaning. *Journal of Advanced Nursing*, *70(7),* 1489-1501.

LEBAN, Lindsay & GIBSON, Chris (2020). The role of gender in the relationship between adverse childhood experiences and delinquency and substance use in adolescence. *Journal of Criminal Justice*, *66,* 101637.

LEIBER, Michael; MACK, Kristin & FEATHERSTONE, Richard (2009). Family structure, family processes, economic factors, and delinquency similarities and differences by race and ethnicity. *Youth Violence and Juvenile Justice*, *7(2),* 79-99.

LIPSCOMB, Shannon; HATFIELD, Bridget; LEWIS, Hillary; GOKA-DUBOSE, Emiko & ABSHIRE, Caitlyn (2021). Adverse childhood experiences and children's

development in early care and education programs. *Journal of Applied Developmental Psychology*, *2,* 101218.

LOEBER; Rolf & FARRINGTON, David (2012). Advancing Knowledge About Direct Protective Factors That May Reduce Youth Violence. *American Journal of Preventive Medicine*: *Issues and Evidence of Protective Factors*, *43(2s.1)*, s24-s27.

LOEBER, Rolf & SOUTHAMER-LOEBER, Magda (1986). Family factors as correlates and predictors of juvenile conduct problems and delinquency. *Crime and Justice*, *7*, 29-149.

MCKELVEY, Lorraine; EDGE, Nicola; MESMAN, Glenn; WHITESIDE-MANSELL, Leanne & BRADLEY, Robert (2018). Adverse experiences in infancy and toddlerhood: Relations to adaptive behavior and academic status in middle childhood. *Child Abuse & Neglect*, *82,* 168-177.

METZLER, Marilyn; MERRICK, Melissa; KLEVENS, Joanne; PORTS, Katie & FORD, Derek (2017). Adverse childhood experiences and life opportunities: Shifting the narrative. *Children and Youth Services Review, 72,* 141-149.

MOFFITT, Terrie & THE KLAU-GRAWE 2012 THINK TANK (2013). Childhood exposure to violence and lifelong health: Clinical intervention science and stress biology research join forces. *Development and Psychopathology, 25(4Pt2),* 1619-1634.

MULLEN, P.E; MARTIN, J.L; ANDERSON, J.C; ROMANS, S.E & HERBISON, G.P (1996). The long-term impact of the physical, emotional, and sexual abuse of children: A community study. *Child Abuse & Neglect*, *20(1),* 7-21.

NARAYAN, Angela; LIEBERMAN, Alicia & MASTEN, Ann (2021). Intergenerational transmission and prevention of adverse childhood experiences (ACEs). *Clinical Psychology Review, 85,* 101997.

PEARL, Erica (2009). Parent management training for reducing oppositional and aggressive behavior in preschoolers. *Aggression and Violent Behavior*, *14(5),* 295-305.

PETICLERC, Amélie; BOIVIN, Michel; DIONNE, Ginette; ZOCCOLILLO, Mark & TREMBLAY, Richard (2009). Disregard for rules: the early development and predictors of a specific dimension of disruptive behavior disorders. *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 50(12), 1477-1484.

PETTS, Richard (2009). Family and religious characteristics' influence on delinquency trajectories from adolescence to young adulthood. *American Sociological Review, 74(3),* 465-483.

PIQUERO, Alex; FARRINGTON, David; WELSH, Brandon; TREMBLAY, Richard & JENNINGS, Wesley (2009). Effects of early family/parent training programs on antisocial behavior and delinquency. *Journal of Experimental Criminology*, *5(2),* 83-120.

PIQUERO, Alex & JENNINGS, Wesley (2012). Parent training and the prevention of crime. WELSH, Brandon; FARRINGTON, David (Eds.). *The Oxford Handbook of Crime Prevention* (pp. 89-101). New York: Oxford University.

PIQUERO, Alex; JENNINGS, Wesley; DIAMOND, Brie; FARRINGTON, David; TREMBLAY, Richard; WELSH, Brandon & GONZALEZ, Jennifer (2016). A meta-analysis update on the effects of early family/parent training programs on antisocial behavior and delinquency. *Journal of Experimental Criminology*, *12,* 229-248.

PRICE, Cynthia & KUNZ; Jenifer (2003). Rethinking the paradigm of juvenile delinquency as related to divorce. *Journal of Divorce and Remarriage,* 39(1-2), 109-133.

RAMIRO, Laurie; MADRID, BERNADETTE & BROWN, David (2010). Adverse childhood experiences (ACE) and health-risk behaviors among adults in a developing country setting. *Child Abuse & Neglect, 34(11),* 842-855.

RYAN, Joseph & TESTA, Mark (2005). Child maltreatment and juvenile delinquency: Investigating the role of placement and placement instability. *Children and Youth Services Review, 27(3),* 227-249.

SANTOS, Gilda; AGRA, Cândido da; CASTRO, Josefina & CARDOSO, Carla (2018). Prevenção Desenvolvimental de Comportamentos Antissociais e Delinquentes. GOMES, Marcus & AGRA, Cândido (Coord.). *Criminologia Integrativa: contributos para uma comunidade criminológica de língua portuguesa* (pp. 157-198). Belo Horizonte, Brasil: D'Plácido.

TEISL, Michael & CICCHETTI, Dante (2008). Physical abuse, cognitive and emotional processes, and aggressive/disruptive behavior problems. *Social Development*, *17(1),* 1-23.

THEOBALD, Delphine; FARRINGTON, David & PIQUERO, Alex (2013). Childhood broken homes and adult violence: An analysis of moderators and mediators. *Journal of Criminal Justice*, *41(1),* 44-52.

WASSERMAN, Gail & SERACINI, Angela (2001). Family risk factors and interventions. LOEBER, Rolf & FARRINGTON, David (Eds.). *Child Delinquents: Development, Intervention and Service Needs* (pp. 165-189). London: Sage Publications.

WEAVER, Chelsea; BORKOWSKI, John & WHITMAN, Thomas (2008). Violence breeds violence: Childhood exposure and adolescent conduct problems. *Journal of Community Psychology*, *36(1),* 96-112.

WELSH, Brandon & FARRINGTON, David (2007). Saving children from a life of crime. *Criminology and Public Policy, 6(4),* 871-880.

WELSH, Brandon & FARRINGTON, David (2012). The future of crime prevention: Developmental and situational strategies. *National Institute of Justice.*

WELSH, Brandon; LIPSEY, Mark; RIVARA, Frederick; HAWKINS, David; AOS, Steve & HOLLIS-PEEL, Meghan (2012). Promoting change, changing lives: Effective prevention and intervention to reduce serious offending. LOEBER, Rolf & FARRINGTON, David (eds.). *From Juvenile Delinquency to Adult Crime: Criminal careers, justice policy and prevention* (pp. 245-277). New York: Oxford University Press.

WOLFE, David; CROOKS, Claire; LEE, Vivien; MCINTYRE-SMITH, Alexandra & JAFFE, Peter (2003). The Effects of Children's Exposure to Domestic Violence: A Meta-Analysis and Critique. *Clinical Child and Family Psychology Review, 6,* 171-187.

WOLFF, Kevin; BAGLIVIO, Michael; KLEIN, Hannah; PIQUERO, Alex; DELISI, Matt & HOWELL, James (2019). Adverse Childhood Experiences (ACEs) and Gang Involvement Among Juvenile Offenders: Assessing the Mediation Effects of Substance Use and Temperament Deficits. *Youth Violence and Juvenile Justice*, *18(1),* 24-53.

WONG, Thessa; SLOTBOOM, Anne-Marie & BIJLEVELD, Catrien (2010). Risk factors for delinquency in adolescent and young adult females: A European review. *European Journal of Criminology*, *7(4),* 266-284.

IDENTITY AND SOVEREIGNTY OF THE MEMBER STATES AND THE EUROPEAN UNION AFTER THE LISBON TREATY

A BRIEF ESSAY ON A (RE)DEFINITION OF SOVEREIGNTY, FOLLOWING DIETER GRIMM *

Graça Enes **

Summary: 1. Identity(ies) in the European Union. Between the teleoaxiology of the Treaties and the fundamental political and constitutional structures. 2. The redefining of sovereignty in Europe. Integrated sovereignty and teleofunctional sovereignty (or strategic autonomy). 3. Conclusion. References.

Abstract: The concept of national identity has been used by the French Constitutional Council and the German Constitutional Court as the core of the Constitution and Democracy. It has been reaffirmed by the Lisbon Treaty, imposing on the Union respect for the "constitutional identity" of the Member States (hereinafter MSs). The identity of the Union, in turn, asserts itself by summoning constitutional dimensions — values and principles — alongside the reinforcement of normative power. Sovereignty, on the other hand, tenaciously reemerges (Walker, 2020), not only as a theoretical legal concept but as a real operative legal concept, primarily focusing on protecting the identity of a political society (D. Grimm, 2015), and especially within the European Union (EU) protecting democracy. In view of the development of European integration and considering the heuristic example of the Portuguese Constitution (hereinafter, also CRP),

* This chapter corresponds to a chapter first published in Portuguese: "Identidade(s) e Soberania(s) dos Estados-Membros e da União Europeia após o Tratado de Lisboa. Ensaio breve para uma (re)definição da soberania, seguindo Dieter Grimm", in Sardinha Monteiro, S. *et al*. (2023). A *União Europeia em tempos de crise. Direito e Políticas Públicas de 2020 a 2023*, Coimbra, Almedina, 89-115. The chapter was updated to consider some relevant decisions that have been approved since 2022.

** Associate Professor of the Faculty of Law of the University of Porto. Researcher of the Centre for Interdisciplinary Research on Justice.

does the sovereignty of the MSs still correspond to the modern concept? Can the Union be elevated to the status of a sovereign polity? This chapter consists of a journey through these concepts — "identity" and "sovereignty" — following the path of D. Grimm.

Keywords: European Union; Member States; Identity; Sovereignty; Democracy.

Resumo: O conceito de identidade nacional foi convocado pelo Conselho Constitucional francês e pelo Tribunal Constitucional alemão como reduto nuclear da Constituição e da Democracia. Foi retomado pelo Tratado de Lisboa, impondo à União o respeito pela «identidade constitucional» dos Estados-Membros (EM). A identidade da União, por sua vez, afirma-se igualmente convocando dimensões de tipo constitucional — valores e princípios — a par com o reforço do poder normativo. Por sua vez, a soberania reemerge tenazmente (Walker, 2020), não apenas como conceito jurídico teórico, mas como conceito jurídico operatório real, desde logo para proteger a identidade de uma sociedade política (Grimm, 2015) e, em especial na União Europeia (UE), a democracia. Em face do desenvolvimento da integração europeia, à luz do exemplo heurístico da Constituição portuguesa, a soberania dos EM ainda corresponderá ao conceito moderno? E a União, poderá este ente ser elevado à categoria de sujeito soberano? Segue-se um périplo sobre esses conceitos — «identidade» e «soberania» —, na senda da perspetiva avançada por D. Grimm.

Palavras-chave: União Europeia; Estados-Membros; Identidade; Soberania; Democracia.

1. IDENTITY(IES) IN THE EUROPEAN UNION. BETWEEN THE TELEOAXIOLOGY OF TREATIES AND FUNDAMENTAL POLITICAL AND CONSTITUTIONAL STRUCTURES

Made up of States that continue to be sovereign States, the Union has what is termed a "network identity"; it is an identity composed of identities, an identity of interconnection. It is also a platform for convergence and feedback from the different national identities that compose it.

Firstly, it cannot elude the constituent plurality that is inherently engraved into it. The Union consists of sovereign States that have not given up their sovereign nature. As Advocate General Maduro [1] recognised, the process of European integration preserves the existence of the MSs. It has been and continues to be an instrument of their "rescue" (Milward, 1992). The MSs continue to be present in international life as sovereign States, developing broad and encompassing international relations with other States and international organisations. The Union's competences within the scope of the Common Foreign

[1] Opinion of 8.10.2008, *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:544, pt. 31.

and Security Policy (hereinafter, CFSP) are exercised in parallel with the external policies of the MSs and preserve their identity and functional structure (Declarations 13 and 14 annexed to the Lisbon Treaty). The common security and defence policy, envisaged since the Treaty of Lisbon, safeguards "the specific character of the security and defence policy of certain Member States" (e.g. with a status of international neutrality, such as Ireland or Austria) and the obligations arising from membership of the North Atlantic Treaty Organization (hereinafter NATO) (Article 42(2) of the Treaty on European Union (hereinafter TEU)). The establishment of a common defence, in turn, will require a decision by the MSs, in accordance with their constitutional law. The MSs maintain exclusive jurisdiction over their territory and over the individuals present therein, without prejudice to international obligations, of course. It is the Union itself that recognises this. Article 4(2) of the TEU states that the Union "shall respect [the Member States'] essential State functions, including ensuring the territorial integrity of the State, maintaining law and order and safeguarding national security", further stressing that "national security remains the sole responsibility of each Member State". Even though its scope is ambiguous, Article 4(2) represents the recognition of an impregnable core of MSs' competences that derive from sovereignty, further reinforced by the provisions of Articles 346 and 347 of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter TFEU).

The functioning of the Union also features characteristics that arise from and are legitimised through pluralism. Some are formally enshrined directly in the Treaties, others are established by interinstitutional agreements and secondary legislation, others were coined informally. The political will of the Union is formed with the help of state plurality through all these avenues. In addition to the participation of national governments in the most important institutions of the Union — the European Council and the Council —, the participation of national delegates in decision-making procedures is noteworthy, be it in the process leading to the Council's decisions, through COREPER (Committee of Permanent Representatives), or in the Commission's decisions, through "Comitology". Since the "Luxembourg Agreements", consideration of national interests has been imposed beyond the formal institutional participation of the MSs. Consideration of national "vital interests" ended up setting aside, although not definitively, the regime of deliberation enshrined in the Treaty and imposed a model of arduous negotiation of consensus (Enes, 2019, p. 139). That may have translated into a "downgrading of initial objectives and ambitions" (Enes,

2019, p. 147) [2]. Permanent negotiation and commitment to solutions that accommodate the multiple demands of the MSs (e.g. the "package deal") are intrinsic to the functioning of the Union. In fact, consensus imposes itself as an essential legitimising condition in founding political pacts in situations of existential diversity. Only consensus can establish a set of fundamental and structuring principles, which are both material and adjective, able to legitimise other more simplified forms of deliberation (Puy-Muñoz, 2002, pp. 184-185). European integration has followed this logic, with treaties and their respective revisions subject to the requirement of agreement between all the MSs. Furthermore, consensus and unanimity, still present in the Treaties and even dominant in areas such as the CFSP, have an ambivalent meaning: initially, they force the accommodation of different interests and values and hinder decision-making and regulatory ambition, but they may end up achieving a positive sum game for all actors that majority formulas do not ensure (Puy-Muñoz, 2002, p. 171); secondly, once agreement has been reached, its implementation is facilitated, especially in the absence of central application instruments, as occurs in the Union. Furthermore, in the Union there are several established practices in the Treaty rules and procedures, which can be referred to as "constitutional conventions" or "constitutional practices", such as the "Luxembourg Agreements" and, more recently, the European Council decisions that depart from the regime provided for in the Treaties (e.g. Decision 2009/857/EC). Another practice, in crisis situations, is searching for solutions through intergovernmental means, outside the Treaties, as occurred with the European Financial Stability Fund, the European Stability Mechanism, and the "Budget Treaty". J. Tully (1995) highlights the advantages of "constitutional conventions" in diverse polities.

This plurality is also revealed in the EU representation and leadership framework — President of the European Council; State Presidency of the Council; High Representative; President of the European Commission; Presidency of the European Central Bank — even though a management with so many protagonists does not necessarily favour recognition and relevance. Since the original community model, the balance and articulation of powers present in the Council/EP/Commission institutional triangle does not correspond to the classic model of

[2] The Lisbon Treaty enshrined "echoes" of the 1966 Luxembourg Agreements (e.g. the regime provided for in Article 83(3) of the TFEU).

the "Montesquean" separation of powers and it is tempered by the recognition of different seats of legitimacy (Enes, 2017, pp. 148-158). European democratic legitimacy has its seat in the European Parliament (hereinafter EP) and state legitimacy is in the European Council and the Council, and these are articulated with the European political-technocratic legitimacy of the European Commission. Since the Treaty of Lisbon, the nature of the latter has moved closer to that of a governmental executive, both through the reinforcement of the legitimacy imposed by the hearings and approval of the EP, and in the new "status" of *primus supra pares* of the President of the Commission.

Secondly, the EU is a polity with a limited capacity. The Union does not have the sovereign "competence of competences" but is rather limited by a principle of conferral. The Treaties reiterate this limit several times, in Article 4(1) and Article 5 of the TEU, and Declaration 18. Some policy fields are expressly excluded, as is the case with property (Article 345 of the TFEU). In some areas (Article 6 of the TFEU), the Union only has competences to supplement or support the actions of the Member States (human health, industry, culture, tourism, education, vocational training, youth and sport, civil protection and administrative cooperation). In these areas, although it can adopt binding legal acts, the Union cannot harmonise MSs' legislation. Furthermore, the exercise of non-exclusive competences of the Union is conditioned by the principle of subsidiarity, which sets out the preferential exercise of these competences by the Member States (Article 5(3) of the TEU), and under the principle of pre-emption, the Union's competence is limited to the space effectively regulated by it (Article 2(2) of the TFEU). Some of the shared competences have very limited scope, as occurs in areas such as judicial and police cooperation.

The Union's regulatory approach has increasingly developed according to a multi-level model, involving the European level, itself through a plurality of independent institutions and bodies, and the MSs, also at different levels. Even private actors are integrated into governance, according to a "PPP" ("public-private partnership") formula. The Open Method of Coordination, launched in the "Lisbon Strategy", has reappeared in a more structured version and is to be found in the most recent regulatory proposals within the digital domain. The legal and institutional response to the so-called "sovereign debt crisis" was largely achieved through the creation of new intergovernmental and technocratic structures, such as the European Stability Mechanism. In fact, governance in the EU territory has

always had a two-tier structure, since, in the absence of a decentralised executive and judicial machine, the normative enforcement of European legislation and its jurisdictional application was entrusted to the Member States and their courts. The Treaty of Lisbon enshrined this multi-level enforcement structure in Article 291 of the TFEU and Article 19 of the TEU.

This political-legal reality reveals an EU with a broad, yet discontinuous, spectrum of action in an oscillating intersection with the national sphere of action, and with differentiation of rules (Enes, 2020). Differentiation has always been present, whether temporary, through special and derogatory regimes, or definitive, as a result of insurmountable structural-constitutional divergence, or even, since the Treaty of Amsterdam's enhanced cooperation, as a way of deepening common policies in the face of fundamental divergences (Enes, 2017). Disagreement regarding the main political aims of integration, potentially based on identity or constitutional requirements, led to the great moments of 'structural-constitutional' differentiation, from Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, in 1989, to the Opt-out in the Economic and Monetary Union (hereinafter EMU) and the Area of Freedom, Security, and Justice (hereinafter AFSJ) (Majone, 2008, p. 465). Enhanced cooperation follows of the same line of justification but does not concern the MSs' structural political preferences. This may have more to do with the method pursued, the timing, the current political options or the legal specificities that lead to a Member State not committing to an initiative. Temporary or geographical derogations are the recognition of the legitimacy of specific political interests and socioeconomic realities. Mandatory national requirements, according to Article 4(2) TEU, can be accommodated by derogations, enhanced cooperation, "constitutional conventions" or interpretative "flexibility" of Union law.

The cohesion and consistency of this diverse unity rests on a common foundation, formed by shared elements. The first of these is a common historical-political-cultural heritage. In addition to the classical Greco-Roman and Judeo-Christian legacies, which bequeathed Politics and Religion, Philosophy and Law to Europe, we must remember Enlightenment reason and liberal constitutionalism, but also the experiences of illiberal authoritarianism on the right and left, in addition to the cultural movements that have followed one another throughout History. All these movements, with different intensities, at successive moments, crossed and were present throughout European

territory. Every State in Europe has an unquestionably European cultural heritage, although tinged with particular hues in each national territory. The TEU Preamble recalls this common heritage.

With this common cultural heritage in the background, another axiological-legal heritage based on values and principles developed. In October 1972, at the Paris Summit, the Heads of State and Government affirmed "their determination to base the development of their Community on democracy, freedom of opinion, the free movement of people and ideas, and participation by their peoples through their freely elected representatives" (Unspecified, 1972, p. 3, English translation). Shortly afterwards, in 1973, the Copenhagen Declaration on European Identity was proclaimed (Unspecified, 1973, pp. 118-122) [3]. However, the most tangible manifestation of this heritage for a long time was the respective densification of specific fundamental rights, through the well-known case law of the Court of Justice. Fundamental rights were part of the common constitutional heritage of the MSs and, as such, were general principles of European Community law. With the Treaty of Lisbon, Article 2 of the TEU leaves no room for doubt regarding the axiological anchoring of the Union and the MSs. The Union "is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail". These values and principles constitute the Union's identity code and are its main political asset. The Rule of Law has received the greatest attention from the Union's institutions, but democracy must be highlighted as a structuring political value of a political community of citizens, and this is enshrined in the rights and principles of Title V of the Charter of Fundamental Rights (hereinafter also CFR or Charter) and of Title II of the TEU.

[3] On April 5, 1977, the presidents of the three Union institutions — EP, Council and Commission — signed a Joint Declaration undertaking to continue to respect fundamental rights resulting from the Constitutions of the Member States and the ECHR (European Parliament, Council & European Commission (1977). Therein lies an "*avant la lettre*" statement of the "Community of Law" that the ECJ would enunciate in the "Greens" case, in 1986, the first jurisprudential ascendant of a long case law protecting the Rule of Law in the EU that was to follow.

Recent years have put these values to the test, and in some MSs we have seen a deliberate challenge that calls into question the most contemporary dimensions of this heritage: liberal pluralism, non-discrimination, and particularly the Rule of Law. National constitutional identity has been an instrumental pretext for national political protagonists to justify actions and measures that undermine these values.

Unlike what has happened with the identity of the MSs, the identity of the EU is prospective; it is forged as a project for the future through a deliberate commitment to common objectives to be achieved. The Preamble of the TEU is testimony to this model and the "constitutional charter of the Union", constituted by the Treaties, is the last example of a "directive constitution", with an encompassing political-legislative programme. European integration is a "process", and the parties are resolved to "continue the process of creating an ever closer union among the peoples of Europe (…) [i]n view of further steps to be taken in order to advance European integration". As a deliberate prospective project, its identity is dynamic, and its consistency and cohesion have an axiological basis and a teleological commitment to promoting common values and objectives [4]. The Preamble of the TEU is once again enlightening and, in addition to the preservation of values, examples include promoting "economic and social progress" or reinforcing the "European identity and its independence" at the international level.

On international relations, Article 21 of the TEU determines that the Union's objective is to "advance in the wider world: democracy, the rule of law, the universality and indivisibility of human rights and fundamental freedoms, respect for human dignity, the principles of equality and solidarity, and respect for the principles of the United Nations Charter and international law". These humanist values and principles that are common to the MSs and the Union must be permanently associated with their interests in the international arena. At present, the first objective is the Union's own subsistence as a relevant and independent actor, protecting it from becoming a playground for external dominance and other rivalries. Globalisation, which had a great boost and was shaped largely by the EU, brought to the fore

[4] The Declaration of European Identity of 1973 had already indicated this, when highlighting the "interests" and "dynamic nature" of European unification (Unspecified, 1973).

the power of large continental states that possess immense natural resources which the Union does not have (*e.g.* minerals essential to the "green and digital transition"). Europe's geographical situation places it under additional difficulty. Being a headland of Asia, it is located on the border and convergence of complex and problematic geopolitical territories, the Middle East and Africa. In the East, Russia assumes express hostility to the EU and acts deliberately to promote its failure and to weaken national democracies. In today's global geopolitics, the failure of the Union weakens MSs and puts their existential identity as democracies at risk. When European unity is at risk, national diversity is also at risk.

As previously mentioned, diversity is an "ontogenetic constituent of the European unity" (Enes, 2019, p. 147) and is engraved into the identity of the Union. Unity and diversity are not two opposite poles in search of a balance. They are the two faces of integration, and they cannot exist in isolation, but rather converge in European integration. Unity is constituted with diversity; it does not annul it but is built with it and through it. Diversity is part of the European motto but can also be seen in multiple normative dimensions of EU Law and the legal and institutional system, from education, culture and religion to the balances underlying the membership and functioning of the EU Institutions, including the regime of official languages (Enes, 2017, pp. 742-761). One of its dimensions is respect for national identity.

National, cultural, historical and linguistic identity is pacifically integrated into the Union, whether in the consecration of the official languages of the MSs as official languages of the EU, or in the TFEU title relating to culture (Title XVIII). Occasionally, difficulties arise in articulating the principles and requirements of European integration, including with national constitutional identity. The solution is achieved through derogation clauses, as provided in Article 36 of the TFEU.

The concept of "national identity" as constitutional identity was enshrined in the Lisbon Treaty. According to Article 4(2) of the TEU, "The Union shall respect the equality of the Member States before the Treaties, as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government". More than a set of references to trans-intersubjective or collective representation, it is above all a set of political and legal-constitutional variables that conditions European integration (Nabli, 2012).

The constitutional case law of several MSs has made use of this concept [5], the most prominent example being the ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon [6]. That Court declared constitutional identity to be an existential limit to European integration, considering it inseparable from democracy, and involving areas such as citizenship, the organisation of civil and military security, and fundamental rights (§ 249), which correspond to the core of material limits to constitutional revision. The concept of constitutional identity thus emerges as the "ultimate and inalienable stronghold" of the sovereignty of the MSs (Enes, 2019, p. 147). Article 8(4) of the Portuguese Constitution refers to the "fundamental principles of the democratic rule of law", precisely the cornerstone of the Portuguese Republic according to Article 2, even though this does not have to coincide entirely with the scope of Article 288 that enshrines the limits to constitutional revision (Silveira & Perez, 2017, p. 20).

A. Mattera (2002, pp. 220-222) proposed that national identity should be included in the Treaty as a fundamental principle. It would need to be recognised as a meta-principle that shapes the fundamental normative framework and the commitments that are made positive there. It also plays a role in shaping the interpretation of Union norms, as occurred with the Irish and Czech demands regarding the Treaty of Lisbon [7].

It is a "principle-guarantee" that prevents its features from being ignored, homogenised or mischaracterised by the Union's legislative developments. In this last dimension, it has a conflictual in nature and it is not a claim of formal superiority from the national

[5] In 2006, the French Constitutional Council included in the "French constitutional identity" the secularity of the State, the right to strike, and the principle of continuity of public service. Decision no. 2006-540 DC, of 07/27/2006, pt. 19. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/anglais/en2006_540dc.pdf.

[6] BverfGE, II Senat, 30.06.2009, 2 BvE 5108. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/2009/06/es20090630_2bve000208en.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

[7] European Council (2008). "Conclusions of the European Council 11-12 December 2008". https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-17271-2008-INIT/en/pdf; European Council (2029). "Conclusions of the European Council 29-30 October 2009". https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15265-2009-INIT/en/pdf.

constitution of the MSs. It can legitimise subjecting EU norms, including Treaty norms, to an "exceptional conditionality", to safeguard the MSs' specific and distinct "fundamental structures, political and constitutional". Constitutional identity has been protected by the ECJ through the admission of case-by-case derogations from Union law, under the "public policy" [8] clause, in favour of national law claims. Under this clause, the ECJ has recognised human dignity, republican equality, and the protection of the national language. That said, its admissibility has been conditioned by the ECJ case law requiring that it correspond to the values of the Union's axiological framework [9]. Therefore, the decision of the Polish Constitutional Court [10] in its ruling of October 7, 2021, is not acceptable. This decision rejected the primacy of Union law over the Constitution, declared Article 19(1) of the TEU to be contrary to the Constitution and considered that the ECJ case law prevented Poland from functioning as a sovereign and democratic State, but it ignored the substance of the values enshrined in Article 2, namely, that democracy is not simply the "*dictat*" of the majority resulting from elections.

In none of these forms does national identity limit the Union's sphere of action, although it conditions and even occasionally limits its application, according to an inverse conflict pre-emption in favour of national law (Enes, 2019, p. 45). This restraint of EU law is justified as a means of honouring the legitimacy underlying certain constitutional legal principles and political-democratic options of the MSs, which deserve legal protection when they do not oppose the common axiological framework enshrined in Article 2 of the TEU. When such an exceptional conflict occurs, the specific non-enforcement of EU rules must be accepted or, if possible, their enforcement should follow an interpretation in accordance with national identity. EU law remains valid and in force, however. The Union law "retreat" does not result from the primacy of the constitution. This conflict is neither abstract nor absolute but related to a specific situation in which EU law encroaches upon some national competence. This is

[8] Judgment of 14.10.2004, *Omega*, C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614; Judgment of 22.12.2010, *Sayn Wittgenstein*, C— 208/09, ECLI:EU:C:2010:806.

[9] "Sayn Wittgenstein" case.

[10] A summary is available at https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej.

different from the approach adopted recently by some national courts, namely the German Constitutional Court, in the ruling of May 5, 2020 [11], in which it claims the "last call" and does not accept the interpretation of the treaties given by the ECJ regarding the exercise of powers of the ECB. In fact, the German Constitutional Court unduly uses the prerogative to control the *ultra vires* action of the Union by confusing the limits of conferral with respect for the principle of proportionality. *De iure constituendo*, it would be important to have clearly established guidelines on these "vital" identity features, which are indispensable to maintaining the national identity, similar to the list of "vital interests" that was drawn up in relation to the "Luxembourg compromise" [12].

The MSs' legal systems should enshrine some "meta-principles", such as the "integration principle" or "European principle", as well as other principles that arise from this, e.g. the principles of free movement, non-discrimination, mutual recognition and mutual trust. These principles play a role in shaping national law. They require States to consider the values and interests of the Union, and of other MSs, and, most importantly, the interests and rights of European citizens beyond their own law. Although the meaning is somewhat ambiguous, since 2004 [13] the French Constitutional Council has recognised the legitimacy of a European constitutional requirement (Levade, 2009). This perspective is also present in the decision of the Spanish Constitutional Court in the Melloni case [14] (Enes, 2019, p. 45). Moreover, Article 7(5) and (6) and Article 8(3) and (4) of the Portuguese Constitution also admit this perspective, despite some ambiguity. The national constitutional identity, although exclusive and sovereign, has evolved with European integration into an "interdependent" identity.

---

[11] Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court], 2 BvR 859/15, May 5, 2015. English translation https://bit.ly/3qMoBcj.

[12] Committee of the Three to the European Council (1979), Report on European Institutions. (October 1979, p. 40). http://aei.pitt.edu/999/1/Committee_of_Three_Report_1979.pdf; Ad. hoc Committee for Institutional Affairs, Report to the European Council. "Dooge Report" (Brussels, 29-30 March 1985). http://aei.pitt.edu/997/1/Dooge_final_report.pdf.

[13] Cons. const. no. 2004-496 DC. https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004496DC.htm.

[14] Tribunal Constitucional de España, Sentencia 26/2014, de 13 de febrero (BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2014) ECLI:ES:TC:2014:26. https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/23814.

Shaped this way, constitutional identity corresponds to the fundamental existential stronghold of a democratic political community. The aim and object of sovereignty in 21st century Europe is to uphold democracy (D. Grimm, 2015, p. 9 and p. 128).

2. A REDEFINITION OF SOVEREIGNTY IN EUROPE. "INTEGRATED SOVEREIGNTY" AND "TELEOFUNCTIONAL SOVEREIGNTY" (OR "STRATEGIC AUTONOMY")

The concept of sovereignty has a long history (Grimm, 2015) and became one of the essential characteristics of European states, later exported across the globe. Now, the multiple external and internal tensions to which it is subjected require its reformulation (Walker, 2020). What impact has the European integration process had on the sovereignty of the MSs? Furthermore, considering the extent and importance of the powers progressively conferred to the Union, has the Union become a sovereign polity? These two questions will be addressed in this chapter.

Let us turn to the first question: how has the sovereignty of the MSs been reshaped by the European integration process?

Sovereignty is a legal concept. In its external dimension, relating to international relations and according to international law, the sovereign State is a subject of international law with the broadest international legal capacity, the "competence of competences", which cannot be bound by commitments that it has not voluntarily accepted. We know that contemporary international law encompasses imperative claims conditioning States, whether through the principles of *ius cogens* or the UN Charter chapters related to the enforcement of international peace and security. Nevertheless, this does not truly affect the legal capacity of the States, as those principles and rules are in accordance with the recognition of State sovereignty, since the basis on which they are founded is their acceptance and recognition by the international community of States (Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)) and, also, because they aim to prevent or repress violation of the international legal order and the sovereignty of States.

The creation of international organisations, or the accession of States to them, does not undermine the sovereignty of States; it is rather a manifestation of the exercise of their respective international competences. However, the impact on the powers/competences

of States cannot be ignored, especially when those States are part of international organisations that are, themselves, relevant international subjects, due to their extensive and important internal and external competences, as is the case with the EU.

The "founding fathers" of the EU did not hide the federal purpose of the project, even if distant and eventual. Initially, the project proceeded in the economic domain with the building of a common market and a few common policies. Nevertheless, sovereignty was soon brought to the fore in community law. In the Van Gend & Loos case, the ECJ declared "the Member States transferred sovereignty" and the EEC exercised these sovereign powers. The Court repeated this in the Costa/Enel case. This was one of the arguments that supported the principles of direct effect and primacy and established the specific nature of the community legal order, different from the international legal order. Since then, we have witnessed the extension of the competences of the European Communities, today the EU, and the deepening of their intensity and scope. Let's look at some of its dimensions, focusing on current law and present actions, in order to understand what this means for the sovereignty of the MSs.

MSs are bound by a commitment of respect, loyalty and solidarity towards the CFSP, as provided for in Article 24(3) of the TEU, according to which "The Member States shall support the Union's external and security policy actively and unreservedly (…) and work together to enhance and develop their mutual political solidarity. They shall refrain from any action which is contrary to the interests of the Union or likely to impair its effectiveness as a cohesive force in international relations". The coordination focuses on all foreign policy issues of general interest, takes place primarily in the European Council and the Council, and has the aim of defining a common approach (Article 32 of the TEU). Each MS must consult with its partners before acting at the international level or making any commitment that could affect the Union's interests. MSs must converge to defend the Union's interests and values at the international level. Their diplomatic missions in third countries and representations in international organisations must contribute to formulating and implementing the Union's common approach. Furthermore, in addition to coordinating their action in international organisations and at international conferences, the MSs must defend the Union's positions within those organisations, with special emphasis on the UN Security Council (Article 34 of the TEU). A similar obligation is also imposed regarding the implementation and enforcement of the

Union's decisions (Article 35 of the TEU). In fact, the MSs are called upon to implement the CFSP broadly (Article 26(3)).

In the area of external action governed by the TFEU, the Union has extensive competences. In addition to the competences directly provided for in the Treaty (Part *V)*, the principle of implicit competences and the parallelism of competences, resulting from case law and the clause currently enshrined in Article 3(2) of the TFEU, grant the Union a significant scope for action. Hundreds of international agreements that the EU has concluded with third countries and international organisations [15] and thousands of acts of international organisations and common bodies are in force and are part of EU law. In some areas (e.g. the common commercial policy), the Union has exclusive competence. Within its internal sphere, successive revisions of the Treaties have extended the Union's powers to practically all socioeconomic areas. Although with different levels of regulatory intensity, these have decisively restricted the political-legislative action of the States.

The sovereignty of the MSs is not immune to these developments. Speaking of "shared sovereignty" has become commonplace. This expression suggests that the European integration process does not imply a loss of sovereignty for the MSs. Yet, its meaning has never been perfectly clear.

MSs remain sovereign states. Although a number of competences are no longer in their hands, now being located within the sphere of the Union, they maintain the original power and the final power. The Union was established by the Member States and its existence and essential features remain under the control of the States. Its scope of jurisdiction is defined by the MSs [16]. Unlike the Members States themselves, the EU does not have the "competence of competences". This limitation, called the "principle of conferral", was confirmed by the Treaty of Lisbon. Failure to comply with this limit constitutes an *ultra vires* action [17]. Any amendment to the Union's

[15] https://eur-lex.europa.eu/browse/directories/inter-agree.html#arrow_11.

[16] The integration of the territory and population of the German Democratic Republic into the German Federal Republic led to an automatic expansion of the territory and population under the Union's jurisdiction, without there being a process of enlargement.

[17] The German Constitutional Court has already demonstrated that it will continue to carry out this control.

competences, either increasing or reducing them, continues to be the responsibility of the MSs, whether in the intergovernmental form of ordinary revision or in the internal form of simplified revision [18] introduced by the Treaty of Lisbon. Article 48(5) of the TEU sets out an ambiguous possibility, when one or more MSs (up to one fifth of the total) have failed to ratify an amendment treaty, of this being referred to the European Council for analysis. Were it accepted that the amendments could enter into force, along the lines of the rules contained in the Vienna Convention on the Law of the Treaties(Articles 40 and 41), then a qualitative change would occur in the nature of the Union. Finally, MSs can leave the Union and, in the absence of an agreement defining the conditions of that exit and the future relationship, their unilateral will is sufficient to produce this radical legal effect (Article 50(3) TEU). Lastly, even though this is not specifically regulated in the Treaties, the MSs can put an end to the EU by common agreement. In short, it is indisputable that the MSs have been and continue to be "masters of the Union".

Therefore, sovereignty is the ultimate decision-making power regarding the Union, and as such it remains in the hands of the MSs (Duarte, 1997, p. 569; Enes, 2017, p. 219). However, direct applicability, direct effect and primacy of Union law imply submission to Union rules. Are the MSs still sovereign States? Is the concept of "shared sovereignty" an operative concept? Let's look at what the Portuguese Constitution says about sovereignty. According to Article 3 of the CRP, sovereignty "is one and indivisible and resides in the people". Its exercise will take place "according to the forms provided for in the Constitution". Article 7(6) provides that "Portugal may, under conditions of reciprocity, with respect for the fundamental principles of the democratic rule of law and the principle of subsidiarity and with a view to achieving economic, social and territorial cohesion, an area of freedom, security and justice and the definition and implementation of a common foreign, security and defence policy, agree on the exercise, in common, in cooperation or by the institutions of the Union, of the powers necessary for the construction and deepening of the European union". Regardless of an abstract admissibility of a "divisible sovereignty" or of a "shared ownership" of sovereignty, the aforementioned provisions do not

[18] Even if it is decided in the European Council, it is subject to the constitutional procedures binding the Member States (Article 48(6) of the TEU).

allow that possibility. Sovereignty cannot be the object of shared ownership by several States, since the CRP declares that it resides in the People, and that People can only be the Portuguese People. In theory, the Portuguese People could share its sovereignty with some other People(s). Also in theory, the Portuguese People could become part of a future "European People". Regardless of the real possibility of the latter, none of those situations have occurred. The ratifications of the European treaties that have followed since Portugal's accession have not been capable of achieving this result. Considering the founding reach of such a result, only an explicit decision would be adequate for that purpose. Then, how can the CRP be made compatible with integration into a "space of sovereignty" (Enes, 2017, p. 143) such as the EU?

The ownership of sovereignty must not be confused with its exercise, and this is the result of the constitutional provisions mentioned above. In the contemporary constitutional State, the exercise of powers arising from sovereignty, at both the international and national level, takes place through the competences and the forms provided for in the Constitution (Article 108 of the CRP).

The exercise of sovereign powers may be shared and conferred upon another polity. The Portuguese Constitution declares, in Article 7(5), the commitment "to strengthening European identity and strengthening the action of European States in favour of democracy, peace, economic progress and justice in relations between peoples". Paragraph 6 sets the terms of this European commitment: in compliance with the conditions and with a view to the objectives indicated in the first part of the provision — "under conditions of reciprocity, with respect for the fundamental principles of the democratic rule of law and the principle of subsidiarity and with a view to achieving economic, social and territorial cohesion, an area of freedom, security and justice and the definition and implementation of a common foreign, security and defence policy" —, the Portuguese State may agree on [the granting of and] the "European" exercise of the necessary powers. Within the EU framework, this exercise can be "in common, in cooperation or by the institutions of the Union". Shared exercise means both a coordination or combination of powers by the MSs, through their bodies, and a unilateral exercise by European institutions.

Still, considering the extent of the powers the exercise of which has been assigned to the Union, and, indeed, their depth, one may ask whether the concept of sovereignty still makes sense or whether

it is no longer a valid operational concept. Effectively, Member States cannot unilaterally recover the exercise of the competences they have assigned to the Union, other than through secession. In the case of some of those competences, only the Union can adopt binding legal acts (exclusive competences), thereby excluding their exercise by the MSs, either individually or collectively, except for the adoption of implementing acts. On the other hand, in the category of competing shared competences, the principle of pre-emption precludes their exercise by MSs to the extent that the Union has legislated on them. This exercise can only be resumed after a decision from the Union. Even when exercising their own powers, the MSs are conditioned insofar as such exercise impacts on the EU's powers and laws (Enes, 2017, pp. 237-240). Within the scope of the TFEU this is a conflict pre-emption effect, and within the scope of the CFSP this arises from the vaguer obligations of loyalty and solidarity. The principle of sincere cooperation (Article 4(3) TFEU) towards the Union obliges the MSs to take the Union's interest into account. Finally, there is a principle of mutual recognition of MSs' national legislation and decisions. This principle was developed within the scope of common market freedoms and later incorporated within the scope of the AFSJ. Following this principle, MSs are open to incorporating the interests and giving legal recognition to acts from other MSs. Even in an area where the exercise of powers remains with the MSs, sovereignty does not prevent the application of other MSs' Law.

This reality imposes a reconfiguration of the sovereignty of the EU MSs (Enes, 2017, p. 57). The essence of sovereignty is not static. As has happened throughout history, this concept must evolve (D. Grimm, 2015; Walker, 2020) and adapt to the new context of the MSs. Outside of the example of European integration, the sovereignty of States does not require significant reconfiguration [19]. The sovereignty of the MSs of the EU has suffered very relevant vicissitudes due to the extensive conferral of competences to the Union and the conditioning of the competences the MSs retain resulting from pre-emption in cases of conflict. The MSs are still sovereign, and their sovereignty is still one and indivisible, but its exercise has largely been transferred to the Union, in part exclusively. Where competences are retained by the MSs, given certain circumstances,

[19] The consequences of the interdependence and economic globalisation that we have witnessed in recent decades are different, but that is not the topic of this essay.

the exercise of these should be waived in order to enforce the Law of the Union or the Law of the other MSs. In the Union and regarding relations with other MSs, categories such as a rigid concept of sovereignty, exclusivity, and a supreme self-interest are inappropriate. Sovereignty becomes porous and the interests of the Union and of other MSs must be considered in policymaking, and in the interpretation and enforcement of Law. These specific features of sovereignty are best understood through the concept of "integrated sovereignty", since this label corresponds more accurately to the meaning that the concept has at present and probably will have in the future relationship between the EU and the MSs. Ownership of sovereignty remains entirely with each of the MSs, but the commitment made to European integration reshapes the nature of national sovereignty and the nature of the MSs. Alongside "integrated sovereignty", a new category of State emerges in the EU — the "integrated State" (Nabli, 2022).

"Integrated sovereignty" may become a capsule progressively emptied of content. In fact, it is important to remember the requirements of the MSs' constitutional identity and the conditions under which this identity can shape and even limit the enforcement of Union law. The core areas of identity composed of fundamental political and constitutional structures are the inalienable substantive dimension of MSs' sovereignty (Grimm, 2015). Protection of the constitutional identity of the MSs is not a concept in a post-sovereign Europe that would have replaced "démodé" sovereignty [20]. At present, the preservation of this fundamental core identity of the MSs is the object and the legitimising justification of MSs' sovereignty. Although the components of this identity are specific to each MS, they must all fit within the axiological framework shared with the Union and set out in Article 2 of the TEU. Furthermore, those common values and principles contribute to the preservation and solidification of national democratic societies.

The progressive shift in the exercise of sovereign powers to the Union, exclusively in some areas and in a significant number of others with pre-emption benefiting the Union, forces us to ask another question: Has the Union become a sovereign polity, albeit with derived and limited sovereignty?

[20] We paraphrase the statement by J. Weiler (2003) "(to) protect national sovereignty is *passé*; to protect national identity by insisting on constitutional specificity is *à la mode*" (p. 16).

If we consider sovereignty to be the ultimate legal power of self-determination, the answer must be negative. However, this answer will not suffice. In fact, the exercise of sovereign powers conferred to the EU does not follow a "principal-agent" [21] logic, in which the Union would be bound to exercise those powers in the self-interest of each of the MSs from which the conferral originates. Conferral of those competences places their exercise in the hands of the Union to achieve the objectives set out in the treaties. And the exercise of EU competences takes place autonomously through the EU institutions, according to the policies and rules enshrined in those treaties. Notwithstanding, common policies cannot be defined without considering the interests of the MSs, which participate in the decision-making procedures. Yet, they do not correspond to their sum, nor to their average or median. MSs' interests are variables that are part of the equation, but they are not the only ones, and they are not the constant variable. Instead, the constant variable is composed of the general and specific objectives and values, principles, and fundamental rights enshrined in the Treaties and the Charter.

Recently, a concept has entered the debate that aims to give meaning to this European sphere of power, particularly in its external projection. This concept is that of "strategic autonomy".

At present, a "geopolitics of great powers" is re-emerging in the international political landscape. The Union, a "normative power" until now, is unable to escape the progressive reduction in the European continent's global relevance. Globalisation is being replaced by "balkanisation". The decline of Europe was prophesised long ago, and European integration was, from its inception, an attempt to prevent that. The end of the "cold war" brought about new uncertainties. The effort to integrate the new European democracies two decades ago, with important difficulties and risks, was also a manifestation of this objective of maintaining European relevance and preserving the European identity. Since the beginning of the 21st century, signs of new global challenges have become visible, with the assertive actions of new protagonists, such as China, and old threats, such as Russia. Those signs grew and became more evident with the war in Ukraine. We are also witnessing growing instability and a retreat in all political latitudes from the democratic and liberal path, including in the EU MSs.

[21] This theory, developed in the 1970s, analysed the potential for conflict between two entities in which one (the "agent") represents the other (the "principal").

The "digital and green revolutions" entail a new race to dominate mineral raw materials (e.g. lithium for batteries) that takes us back to the last quarter of the 19th century with new powers participating. Slowly, in Brussels and in most European capitals, the "Mercator illusion" [22] is fading, and the "Gall-Peters reality" [23] is becoming clear. As in geography, Europe and the EU may become a small peripheral headland in global politics and order, net importers of rules set by others, or even a playground for an alien political game in which their interests and values are diminished and their identity is at risk of dissolution.

Facing this context, the EU's agenda highlights "strategic autonomy" as a priority. What does this mean and what are the implications of this concept? The essence of this concept, like the very nature of the Union, is functional in character. Is it the teleological-functional correspondent of sovereignty? The answer must be affirmative, to the extent that it is fundamental to preserving European identity.

Modern sovereignty of the State is a legal concept, and it has a territorial and political foundation, the polity (*polis*). Its functional dimension — relating to "governance" — has partly been subject to a progressive emptying through the reallocation of powers to the Union. Furthermore, it is conditioned by the fundamental principles of the European legal order. Currently, for the Member States of the Union, the inalienable stronghold of sovereignty essentially involves essential State functions, including ensuring the territorial integrity of the State, maintaining law and order and safeguarding national security, and protecting constitutional identity (Article 4 of the TEU). In the above-mentioned context, the terms and conditions of the exercise of sovereign powers in the Union provision are crucial.

On September 28, 2020, before the Bruegel think tank, C. Michel gave a speech entitled "Strategic autonomy for Europe — the goal of our generation". There, the then President of the European Council

[22] The usual planisphere projection of the Earth's globe in which the European space is in the centre and appears to have a relative dimension much larger than its real one. https://en.wikipedia.org/wiki/Mercator_projection#/media/File:Mercator_projection_Square.JPG

[23] This planisphere projection is not rigorous, but it corresponds closely to the physical reality of the Earth and demonstrates that Europe's place is peripheral and its relative size in relation to the other continents is much smaller. https://en.wikipedia.org/wiki/Gall%E2%80%93Peters_projection#/media/File:Gall%E2%80%93Peters_projection_SW.jpg

acknowledged the relationship between the concepts of "strategic autonomy" and "sovereignty". Despite the somewhat pamphleteering tone, the speech recalls aspects that reveal that the EU has managed to achieve common regulation and governance in multiple areas and has been a protagonist in defining standards and rules at the global level in areas as important as trade or the environment. This ability, the so-called "Brussels effect" (Bradford, 2012), has been fundamental for the preservation of the European identity, as it contributes to achieving the Union's objectives and values and reinforces its standards. The European Council Conclusions of 1-2 October 2020 embrace this concept. The Versailles Declaration of Heads of State and Government of March 11, 2022, expressly refers to the will to "take new decisive steps to build our European sovereignty" [24].

The areas that were mentioned are the strengthening of defence capabilities, the reduction of energy dependencies and the construction of a more solid economic base. Difficulties cannot be ignored. "Brexit" has also tested the Union's resilience. Dependence in the energy field, shown by the multiple crises since the 1970s, and in strategic production sectors (especially felt in health with the COVID-19 pandemic) emerge as a weapon of economic coercion. In light of the blockade of the World Trade Organization (WTO), the conditions of global commodity transactions require attention, and the EU has promoted bilateral cooperation with numerous partners, even if its entry into force continues to face difficulties. The recovery from the pandemic crisis and the fight against climate change have witnessed the revival of "neo-industrialisation" initiatives in the USA (e.g. the US Inflation Reduction Act); the EU is still hesitating about the appropriate response [25].

According to C. Michel, European "strategic autonomy" has three objectives: (1) guaranteeing stability; (2) preserving the global normative power of the EU; and (3) promoting our values.

Stability is a multidimensional objective that first and foremost involves security. Certainly, this does not curtail the MSs' essential State

[24] https://www.consilium.europa.eu/media/54773/20220311-versailles-declaration-en.pdf, p. 3.

[25] On 17 January 2023, the President of the Commission announced, in Davos, the Net-Zero Industry Act and is preparing the creation of a sovereign wealth fund. Two years on, the defence industry is seen as the core of future re-industrialisation in the EU.

competences, namely "ensuring the territorial integrity of the State, maintaining law and order and safeguarding national security" (Article 4(2) of the TEU). Although it was in the context of defence that the expression "strategic autonomy" was first introduced in 2013 [26], as a substitute for a "common defence", the difficulties in taking a qualitative step in defence are evident, despite the common commitment to "invest more and better in defence capabilities and innovative technologies" [27], the establishment of the European Defence Fund and the Strategic Partnership with NATO [28]. The EU Strategic Agenda 2019-2024 [29] underlined, on the one hand, the "capacity to act autonomously", and, on the other hand, the promotion of the "interests, values and way of life" of the Union, while the European Council Conclusions of 1-2 October 2020 [30] stated that achieving strategic autonomy must not be at the cost of an open economy. An optimistic perspective still prevailed.

In 2022, a few weeks after the Russian invasion of Ukraine, the EU and the MSs approved the Strategic Compass for Security and Defence [31]. The EU wishes to become "a stronger and more capable security provider". It recognises a "new strategic landscape" with hybrid threats that demand "unity, solidarity and determination". The strategy is built incrementally on four pillars: act, invest, partner and secure. The approach follows a multilevel coordination model involving the EU, the MSs and private actors, establishing targets, milestones, operational tasks, and a new "hybrid" instrument: the "toolbox" [32], a mix of preventive and repressive political, diplomatic, legal and operational measures. On achievements in

[26] European Council, "Conclusions", 19/20.12.2013, pt. 16. https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-217-2013-INIT/en/pdf.

[27] Versailles Declaration, cit., p. 4.

[28] E. Fabry considers this dimension to be a failure (2022, p. 8).

[29] European Council (2019). A *New Strategic Agenda 2019-2024*. https://www.consilium.europa.eu/media/39914/a-new-strategic-agenda-2019-2024.pdf.

[30] European Council (2020). "European Council Conclusions 1-2 October 2020". — Conclusions", p. 1. https://www.consilium.europa.eu/media/45910/021020-euco-final-conclusions.pdf.

[31] European Union (2022). A *Strategic Compass for Security and Defence. For a European Union that protects its citizens, values and interests and contributes to international peace and security*, 21.03.2022, https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7371-2022-INIT/en/pdf.

[32] E.g. the "EU cyber diplomacy toolbox" and the "EU foreign information manipulation and interference toolbox".

security and defence it signals a common forward-looking objective towards strategic culture as well. Another important signal is that the core interests and values of the EU and of the MSs converge and are interwoven, though there is the possibility of differentiated implementation by a "group of Member States which are willing and have the necessary capability for such a task", according to Article 44 of the TEU.

On 5 April 2022, the Council adopted Conclusions on the strategic autonomy of the European economic and financial sector, structured around five priorities: strengthening the international role of the euro; a strong, competitive and resilient European financial sector at the service of the real economy, which avoids the risks inherent in excessive dependence on financial institutions and infrastructures from third countries; protecting and strengthening the resilience of financial market infrastructure; the development of an effective sanctions management mechanism; cooperation with partners.

The EU has been a "global standard setter". *De iure*, the EU has driven multilateral normative globalisation in the General Agreement on Trade and Tariffs (GATT) and the WTO, and at the same time concluded many regional and bilateral agreements. It promoted an integrated approach to trade, including social and environmental concerns. At present, the EU is adopting a more incisive unilateral approach, reinforcing the extraterritorial normative effects of its rules [33]. This enhances the *de facto* "Brussels Effect": due to the importance of the European market, companies apply the rules imposed on them in the European territory to their global operations [34]. The EU has managed to make its highly demanding standards become "gold" global standards, whether in the chemical industry or in data protection. However, this role is at risk. The new international context and some fundamental legal issues have reached an impasse. If the war in Ukraine is an attempt by Russia to remain a super-power in the international arena, it has brought back the international protagonism of the USA. Between 2022 and 2025, the

[33] The USA and, more recently, China have also adopted this measure (Fabry, 2022, p. 4).

[34] In 2006, Dow Chemical extended compliance with REACH rules to its entire global operation. In 2018, Microsoft extended the GDPR rules to its global operations. Charles Michel cites eradicating hate speech from social media as an example.

war in Ukraine strengthened the partnership between the US and Europe. The new Trump administration is decoupling from Ukraine and Europe. This change may give the EU the opportunity "to come of age" but that is far from certain, and the building of autonomous capabilities will take years. The end of the transatlantic military protection will certainly increase insecurity and anxiety for some time. China, with its "Belt and Road Initiative", intends to be a global leader by the 100th anniversary of the revolution, in 2049, eventually replacing the "Brussels effect" with a "Beijing effect" [35]. That is why, in 2019, it became a "systemic rival" (European Commission, High Representative of the EU for Foreign Affairs and Security Policy, 2019) [36]. Now, the US also risks becoming a "systemic rival", leaving Europe more isolated than ever. The era of a rules-based international order and multilateralism, a premise for one of the pillars of the Strategic Compass for Security and Defence (pp. 53-58), in 2022, seems to have disappeared.

The 2024 "Report of the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy to the Council. Annual Progress Report on the Implementation of the Strategic Compass for Security and Defence" (March 2024) was still optimistic about the incremental approach. In 2025, a sense of urgency emerged and the possibility of a revision of the Strategy seems to be necessary. Yet, the recent agreement in the European Council of 6 March 2025 [37] may maintain the status quo, since the new expense commitments will be supported by the MSs of their own will and at their own pace. The recent "new life" instilled into NATO by the war in Ukraine seems more fragile than ever. Other "functional" dimensions of security have been highlighted by C. Michel (environmental, economic, and migration).

The success of the EU's objectives will be the basis for ensuring respect for and universalisation of our values, which the Union intends to affirm in a more assertive way. At present, there is a new geopolitical reality in which the West no longer constitutes the only model of

[35] In 2018, the Chinese government launched the "China Standards 2035" strategy, in which it reveals its intention to be a "global standard setter" in emerging technologies (5G, AI, IoT) by that date. China has been an increasingly active player in the international standardisation bodies ISO and IEC (Yi, 2022).

[36] This classification can be found in EEAS (2022).

[37] European Council (2025). "Special meeting of the European Council (6 March 2025) — Conclusions" https://www.consilium.europa.eu/media/tzkadtec/20250306-european-council-conclusions-en.pdf

progress and wealth and must compete with other models openly hostile to its values. If the EU is to continue as a protagonist, it must demonstrate that its model is the best, not only capable and efficient, but the most humane, the most sustainable, providing solidarity. It must, in addition to promoting its interests, prove the worth and universality of its values, not only internally but also externally, linking the respect for and promotion of its values with its external measures and agreements. The Commission has already put forward some initiatives seeking to implement this approach. Among them, the Global Gateway Strategy, presented on December 1, 2021, stands out (Commission, 2021). The digital sector is at the core of this strategy. Digital infrastructures and the dominance of cutting-edge technology are currently critical dimensions of sovereignty, as important as land, air or sea, and communication routes (European Commission, 2020A, p. 9; European Union, 2022, pp. 45 and 47). It is in these digital infrastructures that practically all the information available on the globe is found, accessed and transmitted; through them citizens, companies and administrations communicate and carry out their activities, and governance takes place at every level, local, national, and international. The ongoing "digital revolution", namely with artificial intelligence (AI) and the internet of things (IoT), is revolutionising the economy and society. Hence, the EU and MSs cannot give up their leadership and autonomy in those emerging digital technologies ("EDT") (European Commission, 2020B, p. 1) [38].

Recalling the words of Charles Michel, "Sovereignty, independence, empowerment… Whichever word you use, it's the substance that counts. Less dependence, more influence." (Charles Michel, 2020, p. 3). The concept of "strategic autonomy" is the path and the framework for preserving the European identity based on common interests and values, essential for the Union as a democratic polity. In short, "strategic autonomy" is a key concept for an open economy integrated into multilateral and bilateral institutional and legal frameworks in a world of geopolitical giants. In turn, the axiological framework of the Union represents a "political lever" in favour of the Union to convert it from a (still) economic giant into a political actor in the new global geopolitical reality that is emerging (Fabry, 2022, p. 1).

[38] In 2023, the European Defence Agency created a Hub for EU Defence Innovation; the European Commission and the High Representative presented the EU Space Strategy for Security and Defence, in 2023, and the European Defence Industrial Strategy, in 2024.

Following Dieter Grimm's line of thought, "strategic autonomy" represents a form of sovereignty, essentially teleofunctional, and corresponds to the essential function of sovereignty in the 21st century, preserving the identity of a democratic polity. The Preamble of the TEU establishes the preservation of "identity and independence" as the purpose of the Union, that is, it calls for a concept of sovereignty in this contemporary configuration. Given the multilevel intersection with the MSs, the EU's "strategic autonomy" also guarantees the MSs' identity as democracies, and therefore the MSs' sovereignty.

CONCLUSION

Constitutional identity corresponds to the fundamental existential stronghold of a democratic polity. Besides the specific features that distinguish the identity of the EU and the identities of its Member States, there is a shared common basis, the values enshrined in Article 2 of the TEU. According to D. Grimm, the aim and object of sovereignty in 21st century Europe is to uphold democracy. Given that the Member States have conferred on the EU the exercise of important and encompassing sovereign competences, "strategic autonomy" is the teleofunctional form of sovereignty necessary to guarantee democracy in the EU and its Member States.

REFERENCES

Ad. hoc Committee for Institutional Affairs (1985), Report to the European Council. "Dooge Report", Brussels, 29-30 March, 1985. http://aei.pitt.edu/997/1/Dooge_final_report.pdf.

Bradford, A. (2012). The Brussels Effect, Northwestern University Law Review,. n.º 107, 1, 1-67.

Duarte, M. L. (1997). A Teoria dos Poderes Implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros, Lex.

Committee of the Three (1979), Committee of the Three to the European Council "Report on European Institutions". http://aei.pitt.edu/999/1/Committee_of_Three_Report_1979.pdf.

EEAS (2022). EU-China Relations factsheet, 01.04.2022. https://www.eeas.europa.eu/eeas/eu-china-relations-factsheet_en.

Enes, G. (2017). Unidade e Diferenciação no Direito da União Europeia. A Diferenciação como Princípio Estruturante do Sistema Jurídico da União, Almedina.

Enes, G. (2019). A Heterogeneidade Política e Jurídica como Resposta ao Desafio da Diversidade na União Europeia. In J. M. Pureza & J. J. Ruiz (Coords.). Os

Estados e a Ordem Internacional Contemporânea. Atas do V encontro Luso-Espanhol de Professores de Direito Internacional e Relações Internacionais (pp. 137-155). Imprensa da Universidade de Coimbra. https://doi.org/10.14195/978-989-26-1524-0_7.

Enes, G. (2020). O "Diálogo Judicial" na União Europeia. A "química" do delicado equilíbrio entre autonomia e constitucionalismo multinível. In A. G. Martins *et al.* (Eds.), Atas do XII Encontro de Professores de Direito Público. O Poder Judicial: Revisitar o passado e pensar o futuro (pp.35-52). Escola de Direito da Universidade do Minho. https://bit.ly/at-xxi-epdp-dnl.

European Commission (2020A). Communication "Secure 5G deployment in the EU — Implementing the EU toolbox", Brussels, 29.1.2020, COM(2020) 50 final. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0050.

European Commission (2020B). Communication "EU Security Union Strategy", Brussels, 24.07.2020, COM(2020) 605 final. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52020DC0605.

European Commission & High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy (2019), Communication "EU-China — A strategic outlook", Strasbourg, 12.3.2019, JOIN(2019) 5 final. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019JC0005.

European Commission & High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, Communication "The Global Gateway" (2021), 1.12.2021, JOIN (2021) 30 final. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52021JC0030.

European Council (2008). "Conclusions of the European Council 11-12 December 2008". https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-17271-2008-INIT/en/pdf.

European Council (2009). "Conclusions of the European Council 29-30 October 2009". https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15265-2009-INIT/en/pdf.

European Council (2013). Conclusions of the European Council 19-20.12.2013. Part I. https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/140214.pdf.

European Council (2019). A *New Strategic Agenda 2019-2024*. https://www.consilium.europa.eu/media/39914/a-new-strategic-agenda-2019-2024.pdf.

European Council (2020). Conclusions of the European Council 1-2.10.2020. https://www.consilium.europa.eu/media/45910/021020-euco-final-conclusions.pdf.

European Council (2022). Informal meeting of the Heads of State or Government. Versailles Declaration, 10-11.03.2022. https://www.consilium.europa.eu/media/54786/20220311-versailles-declaration-pt.pdf.

European Council (2025). "Special meeting of the European Council (6 March 2025) — Conclusions" https://www.consilium.europa.eu/media/tzkadtec/20250306-european-council-conclusions-en.pdf.

European Parliament, Council & European Commission (1977). *Common Declaration by Parliament, the Council and the Commission* on fundamental rights. In European Commission, *Bull. EC 3-1977*. http://aei.pitt.edu/57741/1/BUL139.pdf.

European Union (2022). A Strategic Compass for Security and Defence. For a European Union that protects its citizens, values and interests and contributes to international peace and security, 21.03.2022. https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7371-2022-INIT/en/pdf.

Fabry, E. (2022). Building the strategic autonomy of Europe while global decoupling trends accelerate", CES Discussion Paper No. 9, December 2022. https://institutdelors.eu/wp-content/uploads/2022/12/221212-DP-ELVIRE-FABRY-CES-Final.pdf.

Grimm, D. (2015). Sovereignty. The Origin and Future of a Political and Legal Concept, New York, Columbia University Press (translated from the German by Belinda Cooper) https://doi.org/10.7312/grim16424.

Levade, A. (2009). Cahiers du Conseil Constitutionnel, Hors série — Colloque du Cinquantenaire, 3 novembre 2009. https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-conseil-constitutionnelet-l-union-europeenne.

Majone, G. (2008). Unity in diversity: European integration and the enlargement process, *European Law Review*, 33(4), 457-481.

Mattera, A. (2002). L'Union européenne assure le respect des identités nationales, régionales et locales, en particulier par l'application et mise en oeuvre du principe de la reconnaissance mutuelle. Un article 12 A à introduire dans le future traité?, *Revue du droit de l'Union européenne*, 2002, n.º 2, 217-239.

Michel, C. (2020). "Strategic autonomy for Europe — the aim of our generation, 2020. https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/09/28/l-autonomie-strategique-europeenne-est-l-objectif-de-notre-generation-discours-du-president-charles-michel-au-groupe-de-reflexion-bruegel/.

Milward, A. S. (1992). The European Rescue of the Nation-State, London and New York, Routledge.

Nabli, B. (2012). L'identité (constitutionnelle) nationale: limite à l'Union européenne?, *Revue de l'Union Européenne*, n.º 556, 2012, 210-215.

Nabli, B. (2022). L'État intégré, un nouveau type d'État européen. Le cas de la France (Dir.), Collection: Droit de l'Union européenne — Colloques, Bruylant.

Puy-Muñoz, F. (2002). O tópico do Consenso. In L. F. Colaço Antunes (coord.), Colóquio Internacional Autoridade e Consenso (pp. 161-193). Almedina.

Silveira, A. & Perez, S. (2017). A saga Taricco continua: entre identidade constitucional do Estado-Membro e nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais — onde fica a efetividade do direito da UE?. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, vol. XII, n.º 1, 2017, 5-33. DOI: https://doi.org/10.22456/2317-8558.75956.

Tully, J. (1995). Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity, Cambridge University Press.

Weiller, J. (2003). In defence of the status quo: Europe's constitutional Soderweg. In J. Weiler & M. Wind (Eds.). *European constitutionalism beyond the State*, Cambridge University Press.

Walker, N. (2020). The Sovereignty Surplus. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 18, n.º 2, July 2020, 370-428. https://doi.org/10.1093/icon/moaa051.

Yi, W. (2022), China Briefing, 26.07.2022. https://www.china-briefing.com/news/china-standards-2035-strategy-recent-developments-and-their-implications-foreign-companies/.

Unspecified (1972), Conference of Heads of State and Government of the Nine Member States and future Members. *Special issue of Bulletin of the European Communities 10-1972*. Paris, 19-21 October 1972. [EU Commission — Working Document]. http://aei.pitt.edu/id/eprint/74938. English translation: https://

www.cvce.eu/content/publication/1999/1/1/b1dd3d57-5f31-4796-85c3-cfd2210d6901/publishable_en.pdf.

Unspecified (1973). Declaration on European Identity, 14-15 December 1973, *Bull. EC 1 —1973*, pp. 118-122. http://aei.pitt.edu/57092/1/BUL104.pdf. English translation: https://www.cvce.eu/content/publication/1999/1/1/02798dc9-9c69-4b7d-b2c9-f03a8db7da32/publishable_en.pdf.

MICA E DEFI ("REGULAMENTO EUROPEU SOBRE O MERCADOS DE CRIPTOATIVOS" E "FINANÇAS DESCENTRALIZADAS")
UMA VERSÃO ATUALIZADA

Guilherme Maia *
João Vieira dos Santos **

Sumário: 1. O que é o MiCA? 2. O que é o DeFi? 2.1. Arquitetura do DeFi; 2.2. Categorias do DeFi. 3. Como o MiCA aborda o DeFi? 4. O que é um protocolo descentralizado? 5. Como regular os protocolos descentralizados?

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar a relação entre o Regulamento sobre Mercados de Criptoativos (MiCA), um elemento do Pacote de Finanças Digitais da Comissão Europeia apresentado no dia 24 de setembro de 2020, e DeFi (Finanças Descentralizadas), um ecossistema de aplicações descentralizadas (dapps) que fornecem serviços financeiros construídos sobre redes peer-to-peer e sem necessidade de confiança. Para tal, também se analisa o que pode ser considerado um protocolo descentralizado. Posteriormente, este artigo pretende propor soluções para alinhar as aplicações DeFi com os quadros legais e com a intervenção do Estado na economia (particularmente a proteção dos investidores e a estabilidade financeira).

Palavras-chave: Criptoativos, Finanças Descentralizadas, DeFi, Blockchain, Fintech; MiCA.

1. O QUE É O MICA?

O Regulamento (UE) 2023/1114 relativo aos mercados de criptoativos

* Consultor senior em matérias relacionadas com criptoativos e Professor na Coimbra Business School (CBS).
** Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona e Jurista da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários. As opiniões expressas neste texto são a do autor e não vinculam a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários.

(MiCA) entrou em aplicação na sua plenitude no dia 30 de dezembro de 2024, tendo resultado de uma extensa e prolongada monitorização do mercado e da participação em trabalhos de política internacional desde o surgimento das Ofertas Iniciais de Moedas (ICOs) em 2017 e 2018, do parecer recebido da EBA (Autoridade Bancária Europeia) e da ESMA (Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados) em 9 de janeiro de 2019, e da consulta pública da Comissão Europeia sobre um quadro da UE para os mercados de criptoativos, que ocorreu entre 5 de dezembro de 2019 e 19 de março de 2020. Parece também responder ao debate político sobre as stablecoins globais, causado pela proposta da Libra do Facebook em junho de 2019 [1].

Este Regulamento procura responder à (i) inexistência de um quadro regulamentar da União Europeia para os criptoativos que não se qualificam enquanto instrumentos financeiros; (ii) notória a falta de confiança dos utilizadores no mercado dede criptoativos; e (iii) à falta de segurança jurídica para as empresas que prestam serviços relativos a criptoativos.

O MiCA é, assim, um regime específico para todos os criptoativos não abrangidos por outra legislação de serviços financeiros da União Europeia, para os seus emitentes, oferentes e prestadores de serviços, proporcionando um regime único de autorização em todos os Estados-Membros da União Europeia.

Consequentemente, o MiCA tem como objetivo proporcionar segurança jurídica e instaurar níveis adequados de proteção dos consumidores e investidores, estabilidade financeira e integridade do mercado num mercado crescente, inovador e anteriormente não regulamentado, sem colocar obstáculos à aplicação de novas tecnologias.

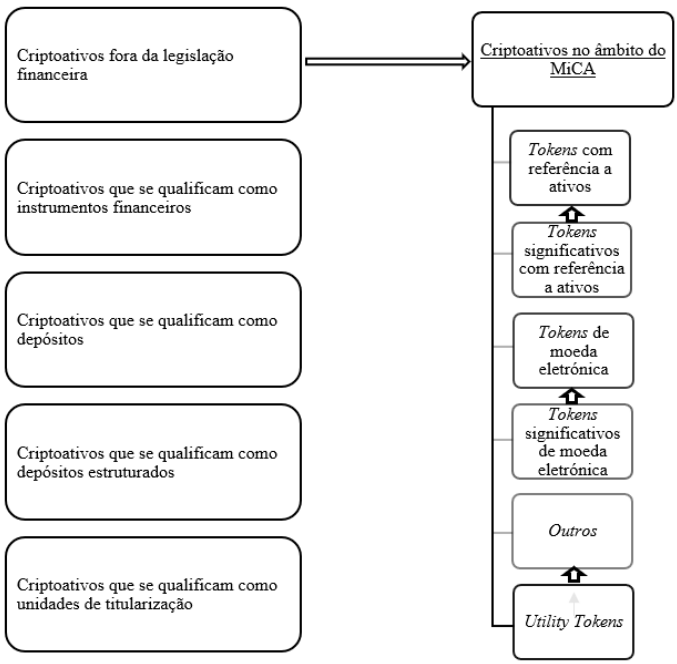
O Regulamento tem um âmbito extenso, definindo o termo "criptoativo" de forma ampla como "uma representação digital de valor ou direitos que pode ser transferida e armazenada eletronicamente, utilizando tecnologia de registo distribuído ou tecnologia similar". Embora os criptoativos abrangidos pela legislação de serviços financeiros da União Europeia estejam excluídos do MiCA, existem outras exclusões, principalmente nas ofertas públicas de criptoativos.

---

[1] Dirk A. Zetzsche, Filippo Annunziata, Douglas W. Arner And Ross P. Buckley, "The Markets in Crypto-Assets Regulation (MICA) and the EU Digital Finance Strategy" *in European Banking Institute Working Paper Series No. 2020/77, University of Luxembourg Law Working Paper Series No. 2020-018, University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2020/059*, 2020, p. 4.

O Regulamento estabelece uma taxonomia para os diferentes tipos de criptoativos. Estes podem ser concebidos de várias formas e implicar a titularidade de uma variedade de direitos, financeiros e não financeiros [2]. Esta exclusão dos criptoativos abrangidos pela legislação de serviços financeiros da União Europeia e a taxonomia dos criptoativos abrangidos pelo MiCA podem ser exemplificadas da seguinte forma:

Figura A
Taxonomia dos criptoativos no MiCA



Em primeiro lugar, deve-se notar que os oferentes de criptoativos devem explicar por que o criptoativo não está abrangido pela legislação de serviços financeiros da União Europeia na informação fornecida na oferta pública respetiva, de acordo com o MiCA. Esta obrigação pode, em alguns casos, ser complexa e criar dificuldades de harmonização, principalmente devido ao conceito aberto e às diferentes transposições dos Estados-Membros, em particular do

[2] Ibid., p. 5.

conceito de valores mobiliários na DMIF II (Diretiva 2014/65/UE), o que exigirá um importante trabalho de coordenação por parte das autoridades nacionais competentes, da ESMA (Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados) e das restantes Autoridades Europeias de Supervisão.

No que diz respeito à taxonomia dos criptoativos, foram estabelecidas duas categorias de criptoativos para as chamadas *stablecoins*: tokens referenciados a ativos e tokens de moeda eletrónica (e-money tokens). Esta distinção das stablecoins foi feita devido à sua ampla adoção e potencial para serem utilizadas como método de pagamento e reserva de valor.

Os tokens referenciados a ativos referem-se a um tipo de criptoativo que procura manter um valor estável por referência a outro valor ou direito, ou a uma combinação de ambos, nomeadamente uma ou várias moedas oficiais, e os tokens de moeda eletrónica referem-se a um tipo de criptoativo ue procura manter um valor estável por referência ao valor de uma moeda oficial. Esta última categoria deve ser considerada equivalente à moeda eletrónica, tal como definido no artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 2009/110/CE, para efeitos do MiCA, apesar de existir a especificidade de os tokens de moeda eletrónica serem emitidos, transferidos e armazenados utilizando uma tecnologia de registo distribuído.

Duas subcategorias foram criadas no MiCA, tokens referenciados a ativos significativos e tokens de moeda eletrónica significativos, para responder aos riscos para a estabilidade financeira que um token referenciado a ativos ou um token de moeda eletrónica podem representar se atingirem uma grande escala em termos de capitalização de mercado, número e valor das transações e outros fatores. As regras previstas Regulamento relativamente a estas subcategorias de criptoativos, consideradas significativas, consistem em obrigações adicionais, tais como políticas de remuneração, governação e a participação num colégio de emitentes presidido pela EBA (Autoridade Bancária Europeia), que visa facilitar o exercício das tarefas de supervisão desta autoridade.

A categoria restante de criptoativos é delimitada pela negativa, sendo composta por todos os criptoativos abrangidos pelo MiCA que não são tokens referenciados a ativos nem tokens de moeda eletrónica. Dentro desta categoria abrangente, encontramos a subcategoria de utility tokens, um tipo de criptoativo destinado exclusivamente a facultar o acesso a um bem ou serviço prestado pelo emitente desse token.

Esta taxonomia define a forma como o MiCA está estruturado. Por esta razão e pela natureza quase financeira dos criptoativos, que apresentam grande parte dos mesmos riscos que outros serviços financeiros, o MiCA é inspirado na DMIF II, no Regulamento Prospecto, no

Regulamento Abuso de Mercado, na Diretiva de Serviços de Pagamento e na Diretiva de Moeda Eletrónica. No entanto, o quadro estabelecido no MiCA tenta ser proporcional e apoiar a inovação, não sendo tão exigente como a legislação financeira acima mencionada.

Uma demonstração fácil de que o MiCA é inspirado na legislação financeira é observar que a maioria dos serviços de criptoativos são os mesmos que a maioria dos serviços da DMIF II, em particular, a custódia e administração, a colocação, a receção e transmissão de ordens, a execução de ordens, a consultoria, a gestão de carteiras e a operação de uma plataforma de negociação. Os únicos serviços de criptoativos que não foram mencionados estão relacionados com os serviços de pagamento: a troca de criptoativos por fundos, a troca de criptoativos por outros criptoativos e a transferência.

O MiCA exige que qualquer pessoa que pretenda prestar serviços de criptoativos na União Europeia tenha sido autorizada num Estado-Membro. Para tal, precisa de estabelecer uma sede social nesse Estado e a autorização concedida por um Estado-Membro será válida em toda a União Europeia.

2. O QUE É DEFI?

A DeFi (Finanças Descentralizadas) é um ecossistema de aplicações descentralizadas (dapps) [3] que fornecem serviços financeiros construídos sobre redes peer-to-peer e sem necessidade de confiança, o que significa que não precisam de uma autoridade central [4], e que começou a ser relevante em termos de dimensão em 2020 [5]. A DeFi é geralmente descrito como um conjunto de protocolos abertos, sem permissões e interoperáveis, construídos sobre tecnologias de registo

[3] "*dApps são programas executados numa rede descentralizada que podem ser executados automaticamente quando certas condições são cumpridas, onde as transações são realizadas de forma segura e verificável, e as alterações de estado legítimas persistem numa blockchain pública*.", Ethereum Foundation, em https://ethereum.org/en/dapps/#what-are-dapps. Consultado em Fevereiro de 2025.

[4] Tamás Katona, "Decentralized Finance — The Possibilities of a Blockchain «Money Lego» System", in *Financial and Economic Review*, Magyar Nemzeti Bank (Central Bank of Hungary), vol. 20(1), 2021, p. 76.

[5] Atualmente, o valor total alocado (TVL) em DeFi supera os $100bn, DefiLlama, em https://defillama.com/. Consultado em Fevereiro de 2025.

distribuído públicas para replicar serviços financeiros existentes de forma mais transparente e aberta [6].

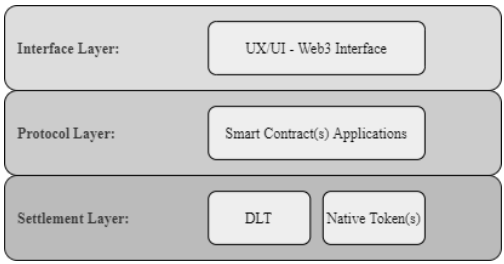
A DeFi pode incluir a prestação de serviços financeiros por múltiplos participantes, intermediários e utilizadores finais em várias jurisdições, com uma infraestrutura puramente tecnológica para facilitar as interações entre os agentes [7]. "*À medida que a tecnologia blockchain amadurece e evolui para processar mais transações, a tecnologia pode fornecer uma plataforma para executar sistemas baseados em código que estão cada vez mais desvinculados do controlo humano*" [8].

Neste capítulo, iremos abordar o ecossistema DeFi, descrevendo a infraestrutura técnica da tecnologia e as suas diferentes aplicações.

2.1. Arquitetura DeFi

Este subcapítulo ilustra uma versão simplificada da estrutura da DeFi, fornecendo uma visão geral geral e não técnica da sua estrutura. A DeFi utiliza uma arquitetura hierárquica com diferentes propósitos. Diferencia entre três níveis, como mostrado na Figura b: a *Settlement Layer, Protocol Layer e a Interface Layer* [9].

Figura B
Sistema de níveis de DeFi



6 Ibid. p. 1.

7 Dirk A. Zetzsche, Douglas W. Arner And Ross P. Buckley, "Decentralized Finance (DeFi)" in IIEL Issue Brief 02/2020, European Banking Institute Working Paper Series 59/2020, University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2020/010, University of Luxembourg Faculty of Law, Economics & Finance WPS, Journal of Financial Regulation — forthcoming, 2020. p. 4.

8 Primavera De Filippi and Aaron Wright, *Blockchain and the Law — The Rule of Code*, Harvard University Press, Cambridge, 2018, p. 147.

9 Para um quadro conceptual técnico baseado num Modelo OSI, consulte nota n.º 7. O quadro proposto neste artigo foi fortemente influenciado pelo modelo de Fabian Schär, mas, por razões de simplicidade, optámos por uma abordagem diferente.

2.1.1. A *Settlement Layer*

A ***Settlement Layer*** consiste na tecnologia de registo distribuído (DLT) [10] e no seu criptoativo nativo, contendo as regras operacionais básicas do ecossistema [11]. Idealmente, a DLT compreende a camada de ***hardware*** onde uma rede ***peer-to-peer*** de computadores é necessária para computar transações e armazená-las em ordem numa base de dados distribuída. Numa blockchain [12], cada agente na rede é um "nó", e valida e organiza as transações recebidas em blocos que são transmitidos para a rede. Estas transações podem conter valor e informação. O valor é expresso no criptoativo nativo da rede, e a informação é código que pode passar dados e desencadear ações. O criptoativo é utilizado para transferir valor, ser utilizado como meio de troca, executar aplicações e incentivar os "nós" a manter a neutralidade [13].

2.1.2. A *Protocol Layer*

A ***Protocol Layer*** compreende o compilador e a capacidade de criar Interfaces de Programação de Aplicações (*API*). Um compilador é um programa que converte linguagens de programação de alto

[10] DLT (Tecnologia de Registo Distribuído) é utilizada na Figura 2 para uma abordagem tecnologicamente agnóstica. No entanto, para que as "finanças descentralizadas" sejam eficazes, é necessário que uma DLT seja descentralizada por padrão. Para o nosso estudo, a descentralização só é alcançada se (1) a arquitetura do sistema for distribuída e (2) nenhum indivíduo ou entidade controlar o sistema. A distribuição da governança da rede só é possível se houver uma arquitetura distribuída. Para uma melhor compreensão, consulte https://medium.com/@VitalikButerin/the-meaning-of-decentralization-a0c92b76a274. Consultado em Fevereiro de 2025.

[11] Tamás Katona, "Decentralized Finance — The Possibilities of a Blockchain "Money Lego"" *System Financial and Economic Review,* Magyar Nemzeti Bank (Central Bank of Hungary), vol. 20(1), pp 74-102, 2021, p. 81.

[12] Como definido pelo Dr. Keir Finlow-Bates, "Blockchain compreende uma lista ligada por hash com carimbo de data/hora distribuída por uma rede peer-to-peer com um algoritmo de consenso para incentivar a consistência de dados e utilizar criptografia de chave assimétrica para gestão de identidade e acesso." Vd. Keir Finlow-Bates, *Move over brokers here comes the blockchain*, Thinklair, TMI.2020, p. 16.

[13] Para uma melhor compreensão, consulte https://medium.com/@micheledaliessi/how-does-ethereum-work-8244b6f55297. Consultado em Fevereiro de 2025.

nível para linguagens de baixo nível [14]. Nesta camada, os desenvolvedores podem escrever código, compilá-lo em *bytecode* (linguagem de máquina) e implantá-lo na DLT. Além disso, os desenvolvedores podem criar uma API que permitirá que outros desenvolvedores interajam com o código implantado. Uma API é um conjunto de definições e protocolos para construir e integrar software de aplicação que permite que um produto ou serviço comunique com outros produtos ou serviços sem entender como são implementados.

Este nível inclui as linguagens de programação que podem ser compiladas, como Solidity ou Python, padrões de smart contracts [15] e quaisquer criptoativos emitidos sobre a Settlement Layer. Além disso, todos os padrões utilizados para aplicações específicas, como os descritos na subsecção 2.2, e agregadores que podem conectar várias aplicações e protocolos, estão incluídos.

2.1.3. A *Interface Layer*

A ***Interface Layer*** cria aplicações orientadas para o utilizador que permitem que os utilizadores interajam com uma aplicação através de uma página web. O propósito das interfaces é facilitar a utilização do programa através de objetos familiares para a maioria dos utilizadores, como caixas de texto, botões ou qualquer interação encontrada numa página web [16].

2.2. Categorias DeFi [17]

Esta subsecção tem como objetivo descrever as principais aplicações da DeFi. Existem categorias denominadas "stablecoins" e "derivados",

---

[14] Abinaya Perumal, G. Deepica and V. Jyothir Bindu, "Simulation of Compiler Phases" in *Indo-Iranian Journal of Scientific Research (IIJSR), Peer-Reviewed Quarterly International Journal, Volume 2, Issue 2*, 2018, pp. 100-104.

[15] Considerados aqui como programas autoexecutáveis, sem interação humana e realizados através de códigos executados por computador, veja MAX RASKIN, "The Law and Legality of Smart Contracts" em 1 Geo. L. Tec. Rev., 2017, p. 306.

[16] https://www.cs.utah.edu/~germain/PPS/Topics/interfaces.html. Consultado em Fevereiro de 2025.

[17] Para uma descrição mais aprofundada com exemplos, Directorate-General for Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union (European Commission), IBM Promontory, "*Embedded supervision of decentralized finance*",

que formalmente se referem à representação de um instrumento específico; no entanto, o âmbito desta subsecção é determinar as aplicações a nível de protocolo. Como resultado, esses termos são meramente utilizados para facilitar a referência técnica.

Atualmente, DeFi têm sete classes principais [18]:

2.2.1. Stablecoins: As stablecoins são criptoativos que normalmente transacionam num registo distribuído e dependem de técnicas de validação criptográfica para serem transacionados, com o objetivo de alcançar um valor estável em relação a moedas fiduciárias ou outros ativos. Em princípio, as stablecoins permitem que os utilizadores protejam o valor nominal das suas participações. Existem três tipos de stablecoins; as stablecoins com referência a um valor estável de uma moeda fiduciária, as stablecoins com referência a um valor estável a um ou mais ativos e as stablecoins algorítmicas.

2.2.1.1. ***Fiat-backed stablecoins*** visam manter um valor estável em relação à moeda fiduciária que podem representar [19].

2.2.1.2. ***Asset-backed stablecoins*** visam manter um valor estável em relação a várias moedas fiduciárias, uma ou mais mercadorias, outros criptoativos, ou um conjunto de ativos [20].

2.2.1.3. ***Algorithmic stablecoins*** visam manter um valor estável através de funções de estabilização incorporadas que preveem o aumento ou diminuição da oferta de tais criptoativos em resposta a mudanças na procura [21].

Pode haver alguns casos de uso em que uma stablecoin pode ser híbrida.

As stablecoins descentralizadas visam resolver o problema de confiança que pode surgir das stablecoins com referência a um valor

2025, disponível em: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/772103b9-e829-11ef-b5e9-01aa75ed71a1/language-en. Consultado em Fevereiro de 2025.

18 Lau, et al, 2020, pp.13-16

19 P.ex., a Tether (https://tether.to/). Consultado em Fevereiro de 2025.

20 P.ex., o Sky.money, mais conhecido por MakerDAO (https://makerdao.com/en/whitepaper/#notes). Consultado em Fevereiro de 2025.

21 P.ex., a AmpleForth (https://www.ampleforth.org/papers/). Consultado em Fevereiro de 2025.

estável de uma moeda fiduciária. Idealmente, as stablecoins descentralizadas são criadas de forma descentralizada através de um método de sobrecolateralização ou algorítmico, operam totalmente em registos descentralizados, são governadas por organizações autónomas descentralizadas (***DAO***) e qualquer pessoa pode auditar publicamente as suas reservas. Assim, pode-se concluir que os componentes principais de uma stablecoin descentralizada são os seguintes [22]:

— **Colateral:** Este é o armazenamento de valor primário para uma stablecoin. O colateral pode ser exógeno e principalmente utilizado noutros protocolos; endógeno, onde o colateral foi criado para ser um tipo de colateral utilizado dentro do próprio protocolo; ou implícito, onde o design carece de um armazenamento de colateral explícito.
— **Participantes:** Os fornecedores de colateral e os utilizadores da stablecoin.
— **Governance/DAO:** As funções e parâmetros que governam o protocolo.
— **Oráculos:** Um mecanismo para controlar o valor do colateral e a respetiva gestão de emissão de stablecoins.

2.2.2. Mercados de Empréstimo: Estes protocolos visam fornecer serviços de empréstimo a qualquer pessoa que colateralize os seus criptoativos e os utilize para obter empréstimos. Adicionalmente, os credores também podem ganhar um rendimento com os seus ativos, contribuindo para *pools* de empréstimo e ganhando juros sobre esses ativos. No entanto, estes mercados não são comparáveis ao empréstimo *peer-to-peer*, uma vez que os criptoativos não são emprestados diretamente entre agentes individuais, mas são emprestados contra as reservas do protocol: criptoativos agregados e agrupados por agentes de empréstimo.

Devido à natureza da DeFi e da blockchain, onde os mutuários são pseudo-anónimos, não existem mecanismos para identificar o agente, aceder à sua pontuação de crédito e capacidade de reembolsar o empréstimo, e fazer cumprir quaisquer procedimentos legais contra um incumprimento. Para evitar que os mutuários incumpram as suas obrigações de dívida e criem um risco de crédito para

[22] Klages-Mundt et al, 2020, pp. 59-79.

os credores, os mutuários devem colateralizar a sua posição para cobrir o valor da dívida. Devido à volatilidade histórica e iliquidez dos criptoativos, é necessária uma sobrecolateralização. Se o preço de mercado do ativo subjacente descer, não afetará o mercado de empréstimo, uma vez que o colateral suficiente cobrirá o valor da dívida do mutuário.

O mutuário deve garantir que o valor do colateral esteja sempre acima de um limiar de liquidação pré-determinado definido pelo protocolo, ou os "liquidadores" podem comprar o colateral bloqueado com desconto e fechar a posição de dívida do mutuário [23].

2.2.3. Exchanges (DEXs): As DEXs "*nasceram do desejo de abordar as vulnerabilidades das plataformas centralizadas*" [24], pelo que visam fornecer uma troca entre um ou mais criptoativos com soluções não custodiais. Como resultado, os utilizadores têm controlo total sobre os seus ativos e não precisam de transferir e armazenar criptoativos numa exchange. Com base no mecanismo de descoberta de preços, podem existir diferentes variantes, tais como [25]:

2.2.3.1. Order Book DEX: Manter o estado de um livro de ordens é uma tarefa computacionalmente dispendiosa e, dado o design de tecnologias de registo distribuído públicas e sem confiança, não é viável hospedá-lo on-chain. Consequentemente, um utilizador que deseje executar uma ordem assinará uma transação que permitirá à DEX executar a troca em seu nome quando certas condições forem cumpridas. As ordens são correspondidas manualmente ou algoritmicamente; no entanto, isto envolverá sempre um grau de confiança em mecanismos off-chain que podem ser suscetíveis a manipulação [26].

2.2.3.2. Automated Market Maker (AMM): Um AMM é um protocolo descentralizado que depende de uma fórmula matemática para calcular o valor dos criptoativos. O AMM não requer um livro de ordens, uma vez que os criptoativos são avaliados de acordo com um algoritmo de preços. A liquidez para criar o mercado é fornecida pelos fornecedores de liquidez.

[23] Perez et al, 2020, p 4.
[24] ESMA, 2019, p 44.
[25] Werner et al, 2021, pp 3-4.
[26] Daian et al, 2019, p 1.

Os fornecedores de liquidez fornecem criptoativosa a um *pool* de liquidez, onde as reservas para dois ou mais ativos são depositadas num *smart contract*. Cada fornecedor de liquidez recebe tokens de liquidez emitidos para representar a sua parte da liquidez na *pool*. Uma troca pode ocorrer quando um utilizador deposita um criptoativo, fornecendo assim mais liquidez para esse ativo específico, e retira as reservas do(s) outro(s) criptoativos depositados na *pool*.

À medida que as proporções de reserva para os criptoativos de uma *pool* mudam à medida que a liquidez é retirada e adicionada, um fornecedor de liquidez pode receber uma proporção diferente de criptoativos ao retirar a sua parte da liquidez em relação à proporção que depositou inicialmente. Este risco é conhecido como perda impermanente [27].

2.2.4. Derivados: Os derivados são contratos que derivam o seu valor do desempenho de um ativo subjacente, evento ou resultado. Sem um subjacente para derivar o seu valor, os derivados em si não têm valor.

Desde o desenvolvimento de contratos de derivados para ajudar a reduzir o risco para os agricultores, os usos e tipos de contratos de derivados e o tamanho do mercado de derivados aumentaram significativamente. Os derivados podem ser utilizados para gerir riscos associados ao ativo subjacente, mas também podem resultar num aumento da exposição ao risco para a outra parte do contrato. Hoje em dia, os derivados já não são apenas utilizados para reduzir o risco, mas também fazem parte das estratégias de investimento de muitos gestores de fundos e investidores retalhistas.

2.2.4.1. Derivados Típicos: Os contratos de derivados típicos, onde se incluem futuros e opções, podem ser definidos por terem um tamanho e preço subjacentes, uma data de expiração e um mecanismo de liquidação.

2.2.4.2. Swaps Perpétuos: Estes contratos são uma mistura de contratos futuros e contratos por diferença, onde não há uma data de expiração definida e a liquidação pode ser satisfeita através da entrega

[27] https://uniswap.org/docs/v2/advanced-topics/understanding-returns/. Consultado em Fevereiro de 2025.

do ativo subjacente. Além disso, os traders podem decidir manter a sua posição, fornecendo uma transação de financiamento se a sua posição estiver subfinanciada [28].

2.2.4.3. Ativos Sintéticos: São tokens lastreados em colateral cujo valor flutua dependendo do índice de referência do ativo subjacente, sem tomar diretamente uma posição nesse ativo. Algumas plataformas permitem a criação de ativos sintéticos lastreados em criptomoedas que fornecem exposição on-chain a mercadorias, ações, índices ou outros ativos [29].

2.2.5. Gestão de carteiras: Os protocolos DeFi permitem a automatização da gestão de carteiras de ativos on-chain. Os criptoativos são depositados e agrupados em contratos inteligentes e alocados de acordo com uma estratégia de investimento codificada no *smart contract* ou gerida por um gestor da estratégia. A estratégia de investimento pode variar desde o reequilíbrio da carteira até estratégias de agregação de rendimento [30].

2.2.6. Pagamentos: A blockchain permite que qualquer pessoa envie valor sem um intermediário ou depositário de confiança; no entanto, uma transação pode demorar algum tempo a ser confirmada e a ser irreversível na blockchain. Os protocolos de pagamento DeFi permitem o processamento de micropagamentos instantâneos e de alto volume que podem remover o risco de delegar a custódia dos criptoativos a terceiros de confiança [31].

2.2.7. Seguros: O seguro é uma estratégia de gestão de risco na qual um indivíduo recebe proteção financeira ou reembolso contra perdas oriundos da utilização de determinados protocolos. Os protocolos de seguros DeFi estão, até agora, restritos à cobertura de riscos on-chain, onde qualquer agente pode adquirir cobertura para usos não intencionais de código em qualquer *smart contract* oferecido na lista do protocolo de seguros. Por exemplo, se um evento semelhante

[28] https://www.bitmex.com/app/perpetualContractsGuide. Consultado em Fevereiro de 2025.
[29] https://synthetix.io/. Consultado em Fevereiro de 2025.
[30] https://yearn.finance. Consultado em Fevereiro de 2025.
[31] https://matic.network/. Consultado em Fevereiro de 2025.

ao hack "The DAO" acontecesse, o segurado estaria coberto contra quaisquer perdas financeiras resultantes desse hacking [32].

3. COMO O MICA ABORDA A DEFI?

O MiCA não se refere expressamente a DeFi, uma vez que é uma tendência tecnológica emergente num estado muito inicial para ser institucionalizada legalmente, salvo certos apontamentos que passamos a exporto.

O primeiro que podemos analisar é se as categorias DeFi correspondem a atividades que são abrangidas pelo MiCA ou não.

No que diz respeito às stablecoins, o tipo de criptoativos que corresponde às stablecoins, ou seja, criptofichas referenciados a ativos e criptofichas de moeda eletrónica, já foi mencionado acima. O MiCA refere-se apenas ao termo stablecoins (ou criptomoedas estáveis) nos considerandos, o que é compreensível porque não é um termo rigoroso e objetivo. As moedas oficiais, mercadorias e criptoativos cujo valor os criptoativos referenciam podem ser estáveis durante um determinado período, mas dificilmente de uma forma permanente. Neste sentido, o valor estável é porque sempre se refere ao valor dessas moedas oficiais, commodities e criptoativos específicos, embora possam ser altamente voláteis em termos macroeconómicos.

O MiCA, no seu considerando (26), afirma que se um criptoativo for abrangido pela definição de criptoficha referenciada a ativos ou criptoficha de moeda eletrónica, deverão aplicar-se o título III ou IV do presente regulamento, independentemente da forma como o emitente pretende conceber o criptoativo, incluindo o mecanismo para manter um valor estável do criptoativo. O mesmo se aplica às chamadas «criptomoedas estáveis» algorítmicas, que procuram manter um valor estável em relação a uma moeda oficial ou em relação a um ou vários ativos por meio de protocolos que preveem o aumento ou a diminuição da oferta de tais criptoativos em função das alterações na procura. Os oferentes ou as pessoas que solicitam a admissão à negociação de criptoativos algorítmicos que não visem estabilizar o valor dos criptoativos por referência a um ou vários ativos deverão, em qualquer caso, cumprir o disposto no título II do presente regulamento".

[32] https://nexusmutual.io/. Consultado em Fevereiro de 2025.

De acordo com as definições do MiCA, não nos parece que o objetivo de um token referenciado a ativos ou de um token de moeda eletrónica esteja relacionado com os ativos de reserva que sustentam o valor criptoativo, mas sim com os ativos aos quais o criptoativo está indexado, bem como o seu valor de troca. Se a nossa interpretação estiver correta, qualquer stablecoin algorítmica seria abrangida pelo MiCA, ou seja, seria qualificada como um token referenciado a ativos ou um token de moeda eletrónica, dependendo dos ativos cujo valor visa referenciar, não se percebendo a útlima hipótese constante deste considerando.

De acordo com o MiCA, os emitentes de tokens referenciados a ativos devem ser apenas entidades legais estabelecidas na União, exceto se a oferta não exceder 5.000.000 EUR num período de 12 meses ou se for dirigida exclusivamente a investidores qualificados. Estes emissores estão sujeitos a várias obrigações. Por exemplo, devem sempre fornecer aos detentores de tokens referenciados a ativos informações claras, justas e não enganosas. Portanto, o white paper do criptoativo sobre tokens referenciados a ativos deve incluir informações sobre o mecanismo de estabilização, a política de investimento dos ativos de reserva, os arranjos de custódia dos ativos de reserva e os direitos concedidos aos detentores.

Em relação aos tokens de moeda eletrónica, uma vez que são moeda eletrónica, apenas instituições de crédito e instituições de moeda eletrónica estão autorizadas a emiti-los. Os emitentes de tokens de moeda eletrónica também devem produzir um white paper de criptoativo e notificar a sua autoridade competente, exceto se os tokens de moeda eletrónica forem detidos apenas por investidores qualificados ou se o montante médio em circulação de tokens de moeda eletrónica não exceder 5.000.000 EUR num período de 12 meses.

No que diz respeito aos derivados, alguns deles são qualificados como instrumentos financeiros, nomeadamente os definidos no ponto (44)(c) do artigo 4.º, n.º 1, da DMIF II e referidos no Anexo I, Secção C (4) a (10) da mesma. Estes derivados estão fora do âmbito do MiCA, de acordo com o seu artigo 2.º, n.º 4 (a). No entanto, ainda existe um conjunto de derivados que não cumprem os critérios da DMIF II (principalmente relacionados com o subjacente de referência, se o instrumento é transacionado over-the-counter ou em plataforma de negociação e ainda o método de liquidação do instrumento) para serem qualificados como instrumentos financeiros. Se esses derivados forem criptoativos, devem estar sujeitos ao MiCA e ser qualificados como tokens referenciados a ativos, tokens de moeda eletrónica ou outros criptoativos (a categoria "catch-all"), dependendo das características desses instrumentos.

No que diz respeito aos serviços DeFi, a maioria deles não está abrangida pelo MiCA, como a gestão de carteiras, seguros, empréstimos e pagamentos, embora neste último caso, os serviços de pagamento de tokens de moeda eletrónica sejam regulados pela Diretiva (UE) 2015/2366, uma vez que são considerados moeda eletrónica. O único caso abrangido pelo MiCA são as DEXs, que podem ser enquadradas como o serviço de troca de criptoativos por outros criptoativos ou a operação de uma plataforma de negociação de criptoativos. No primeiro caso, o modelo de negócio é semelhante a uma casa de câmbio, onde o prestador de serviços determina livremente o preço para trocar criptoativos por moeda fiduciária ou outros criptoativos. No segundo caso, a operação de uma plataforma de negociação, o prestador de serviços gere um sistema multilateral que reúne interesses de compra e venda de terceiros para criptoativos.

Para cumprir com o MiCA, os prestadores de serviços devem ser entidades legais com uma sede social num Estado-Membro e autorizados pela autoridade nacional competente do Estado-Membro de origem. Em termos dos deveres dos prestadores de serviços de criptoativos, são muito semelhantes aos das empresas de investimento e prestadores de serviços de financiamento colaborativo. Os prestadores de serviços de criptoativos devem sempre agir de forma honesta, justa e profissional no melhor interesse dos seus clientes, fornecer aos seus clientes informações claras, justas e não enganosas, avisá-los sobre os riscos associados aos criptoativos e cumprir alguns requisitos prudenciais.

À luz do exposto, surge um problema com a relação entre a DeFi e o MiCA, que é o facto de, na DeFi, a operação dos serviços ser supostamente descentralizada e não controlada por uma entidade ou um pequeno grupo de entidades e a obrigação de sempre haver um emitente, oferente ou prestador de serviços que sejam entidades legais responsáveis por cumprir com as disposições do MiCA.

Para responder a esta questão, o considerando 22 do MiCA esclarece que este Regulamento aplica-se apenas a pessoas singulares e coletivas e às atividades realizadas e prestadas por elas, sendo que apenas o que for verdadeiramente descentralizado deverá ficar fora do escopo do Regulamento [33].

[33] Convergentemente, Madalena Perestrelo de Oliveira e Marta Boura, MiCA e DeFi: onde fica a regulação no caminho da descentralização, in MiCA — Estudos sobre a Nova Regulação Europeia de Criptoativos, coord. João Vieira dos Santos, João Luz Soares, Martinho Lucas Pires e Guilherme Maia, Almedina, 2023, p. 302.

Existe, no entanto, um problema na redação do considerando 22 que é a inclusão do título II, referindo que o mesmo não se aplica quando não exista um emitente identificável. Ora, os deveres impostos pelo título II do MiCA concernem os oferentes, não se percebendo a razão para esta isenção, a não ser que haja uma intenção do legislador europeu de desonerar as ofertas sobre os criptoativos mais relevantes como bitcoin e ether da obrigação de redação de um white paper (face à dificuldade do oferente se responsabilizar pelo mesmo). Ainda assim, há o problema dessa desoneração não estar prevista no articulado, perdendo-se força legal.

Em alguns projetos DeFi, é possível este enquadramento do considerando 22 [34]. Como observado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) e pelo Conselho de Estabilidade Financeira (FSB), a maioria dos projetos DeFi muitas vezes existe ao longo de um espectro de centralização, dependendo da fase de desenvolvimento da aplicação [35], o que geralmente significa ter um intermediário identificável que seria a entidade responsável no âmbito do MiCA. Como afirmado nas últimas recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), as aplicações ou plataformas DeFi "são frequentemente executadas num registo distribuído, mas ainda têm geralmente uma parte central com alguma medida de envolvimento, como criar e lançar um ativo, definir parâmetros, manter uma "chave" administrativa ou cobrar taxas" [36].

Além disso, as aplicações DeFi provavelmente evoluirão para plataformas cada vez mais centralizadas com a pressão do mercado, ou seja, o surgimento de novos operadores intermediários e novos potenciais players no espaço DeFi [37].

Noutros casos, os projetos DeFi são modelos puramente descentralizados que dependem apenas de smart contracts e, portanto, não estão dentro do âmbito do MiCA, uma vez que as suas disposições não se aplicariam se não houver uma pessoa coletiva ou singular a

[34] Michael Schillig, *Lex Cryptographia, 'Cloud Crypto Land' or What? — Blockchain Technology on the Legal Hype Cycle*, 2021, p. 37.

[35] OECD, *Why Decentralised Finance (DeFi) Matters and the Policy Implications*, 2022, p. 20; FSB, *Assessment of Risks to Financial Stability from Crypto-assets,* 2022, p. 16.

[36] FAFT, *Updated Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*, 2020, p 27.

[37] Primavera De Filippi and Xavier Lavayssière, *Blockchain Technology: Toward a Decentralized Governance of Digital Platforms?,* 2020, p. 204.

quem responsabilizar. Por esta razão, é essencial saber quando estamos perante um protocolo descentralizado para que o MiCA não se aplique a um projeto DeFi.

Com efeito, a DeFi não é composta por compartimentos estanques [38], pelo que é fundamental compreender as suas especificidades no que diz respeito à descentralização.

4. O QUE É UM PROTOCOLO DESCENTRALIZADO?

O termo "descentralizado" é utilizado em vários sentidos diferentes na indústria. Em primeiro lugar, o termo é utilizado na *Settlement Layer*, onde uma rede de nós compreende uma blockchain sem permissões através de conexões *peer-to-peer* entre agentes não relacionados e independentes, em vez de depender de um servidor central ou de uma organização central. Este eixo de descentralização é referido como a distribuição arquitetónica [39]. Este artigo assume que a *Settlement Layer,* na qual os protocolos DeFi são desenvolvidos, é sempre suficientemente distribuída [40].

Em segundo lugar, o termo pode referir-se à descentralização da custódia de criptoativos). Nas finanças tradicionais, a custódia é um serviço financeiro central no qual o custodiante detém ativos em nome do cliente. Normalmente, este tipo de serviço é endossado pela reputação do custodiante e pelo quadro legal e regulamentar. A principal razão para utilizar custodiantes é a garantia de segurança de não perder ou ter os ativos roubados. Como resultado, a segurança e a confiabilidade tornam-se simbióticas no que diz respeito à guarda de ativos. Com o avanço tecnológico das aplicações DeFi, a solução para provar a confiabilidade sem endosso de autoridades centrais é através de uma implementação técnica robusta, resistente e transparente de um *smart contract*. O cliente/utilizador é a única parte com acesso aos ativos

[38] Fernando Zunzunegui, *¿Cómo regular las plataformas financieras digitales?,* 2022, p. 11.

[39] https://medium.com/@VitalikButerin/the-meaning-of-decentralization-a0c92b76a274. Consultado em Fevereiro de 2025.

[40] Para mais detalhes sobre a discussão relacionada à "descentralização" da Camada de Liquidação (Settlement Layer), consulte ANGELA WALCH em *"Deconstructing 'Decentralisation': Exploring the Core Claim of Crypto Systems"*, publicada como capítulo no livro *Crypto Assets: Legal and Monetary Perspectives*, editado por Brummer C, Oxford University Press, 2019.

depositados no mesmo [41]. Na *Protocol Layer*, um protocolo não custodial permite que os utilizadores tenham controlo total sobre os seus criptoativos depositados num endereço de *smart contract* para uma finalidade específica de um protocolo, sem depender de uma parte centralizada. A interação entre o protocolo e o utilizador é autónoma e automática, sem contacto com a equipa de desenvolvimento, transferindo assim a responsabilidade dos intermediários para os utilizadores.

Em terceiro lugar, o termo refere-se à descentralização da gestão, organização e propriedade de um protocolo. Embora este tipo de descentralização seja fundamental em todas os níveis, existe uma clara tendência de "gestão descentralizada" nos protocolos DeFi. As organizações que procuram emular a operação de uma entidade corporativa através de código e integrar funcionalidades de governança descentralizada nos seus protocolos são geralmente conhecidas como DAOs [42], onde as partes interessadas detêm direitos de voto através de criptoativos que determinam uma execução autónoma de um conjunto de *smart contracts* quando certas condições são cumpridas. Os criptoativos que representam a possibilidade de os detentores deste s fazerem parte de um protocolo DeFi são conhecidos como criptoativos de governança e podem dar ao detentor do mesmo, controlo (direitos de voto [43]) e propriedade (direitos de fluxo de caixa) da organização.

No DeFi, a descentralização política é semelhante, à primeira vista, ao voto dos acionistas nas corporações, mas, em substância, são consideravelmente diferentes. Na governança corporativa tradicional, os acionistas podem apenas participar em decisões macro/estruturais, enquanto no DeFi, um detentor deste tipo de criptoativos pode potencialmente influenciar qualquer elemento do protocolo, desde a direção de alto nível até aspetos da sua operação diária.

---

41 ESMA, *Advice Initial Coin Offerings and Crypto-Assets,* 2019, p 44.

42 "Uma DAO (Organização Autônoma Descentralizada) pode ser definida como um smart contract concebido como uma organização com fins lucrativos relativamente autônoma e autossuficiente, que é coletivamente detida por titulares de criptoativos e pode distribuir seus lucros." Ver António Rolo, "*Challenges in the Legal Qualification of Decentralised Autonomous Organisations (DAOs): The Rise of the Crypto-Partnership?"* na *Revista de Direito e Tecnologia*, Vol. 1, n.º 1, pp. 33-82, 2019, p. 59.

43 "Em vez de representar a propriedade de um ativo, a posse de criptoativos de governança está relacionada a direitos de voto, como o próprio nome sugere." Ver Campbell Harvey, Ashwin Ramachandran E Joey Santoro, *DeFi and the Future of Finance*, 2021, p. 21.

Um entendimento mais profundo do tipo de controlo concedido a estes detentores de criptoativos é necessário para compreender a extensão da descentralização política dos protocolos DeFi. Para alcançar uma descentralização de governança adequada, as decisões de governança e os privilégios administrativos sobre os *smart contracts* que estão por trás de um protocolo teriam de ser distribuídos por uma rede dispersa de detentores independentes que têm acesso igual à informação e à capacidade de propor e votar para mudar qualquer aspeto do protocolo.

Neste contexto, a solução de um projeto para a descentralização pode incluir uma distribuição de criptoativos de governança para os primeiros adotantes e utilizadores diários (por vezes realizada através de "airdrops"). Consequentemente, os desenvolvedores do protocolo precisariam de implementar um sistema no qual todos os aspetos da governança e manutenção seriam entregues aos detentores de criptoativos, que são na sua maioria tecnologicamente iletrados e não podem construir ou manter código [44].

Como alternativa ao desenvolvimento de um sistema completamente descentralizado, os desenvolvedores permitem que os detentores de criptoativos participem na gestão do protocolo, criando um mecanismo no qual qualquer parte interessada pode propor, discutir e votar para qualquer melhoria a ser implementada pelos detentores das chaves mestras. O controlo é exclusivo dos desenvolvedores, uma vez que são responsáveis por implementar quaisquer mudanças propostas. Consequentemente, as propostas, votos e decisões dos detentores de criptoativos não são vinculativos. É comum que os desenvolvedores detenham as chaves mestras do sistema que lhes permitem desligar ou desativar a dapp e proceder a atualizações ou desligamentos de emergência.

Pelos motivos supra descritos, os criptoativos de governança representam meramente um direito de voto não vinculativo associado a procedimentos ou funcionalidades específicas, onde tal direito não pode ser comparado aos direitos de controlo dos acionistas de entidades legais. No momento da redação deste artigo, os protocolos DeFi ainda não alcançaram uma descentralização completa e, como tal, oferecem apenas uma solução financeira não custodial construída sobre uma Camada de Liquidação descentralizada.

---

[44] Igor Mikhalev, Kaj Burchardi, Paul-Emmanuel Tasiaux, Kendrick Lau and Erik Lie, *The Sudden Rise of DeFi: Opportunities and Risks for Financial Services*, 2020.

É nosso entendimento que o termo protocolos descentralizados deve aplicar-se apenas a sistemas construídos sobre uma *Settlement Layer* descentralizada (descentralização arquitetónica), sem controlo sobre os ativos dos utilizadores (não custodial) e nos quais todos os aspetos da tomada de decisão, responsabilidades de manutenção de código e direitos associados ao controlo e propriedade do protocolo são detidos pelos detentores dos criptoativos (descentralização política). O código é executado automaticamente e não pode ser controlado por uma entidade.

Para a qualificação de um protocolo como descentralizado, outros critérios também podem ser relevantes, como os benefícios económicos dos programadores ou outras pessoas responsáveis por qualquer parte da operação do protocolo. Se tiverem direito a quaisquer taxas, o protocolo não pode ser considerado descentralizado. Alguém que receba uma remuneração age profissionalmente dentro de uma atividade empresarial, pelo que alguém presta um serviço.

Além disso, para ser considerado descentralizado, um protocolo não pode ter qualquer entidade que forneça uma interface para ele, uma vez que beneficiaria dessa prospeção de clientes e seria responsável pelos efeitos que o protocolo reflete no público. Além disso, existem serviços de criptoativos no MiCA que envolvem apenas uma simples interação com os clientes, nomeadamente a receção e transmissão de ordens em nome de terceiros, definidos no MiCA como a receção de uma pessoa de uma ordem para comprar ou vender um ou mais criptoativos ou para subscrever um ou mais criptoativos e a transmissão dessa ordem a um terceiro para execução. A criação de uma interface para um protocolo que permita ordens de compra ou venda de criptoativos pode implicar que a entidade que opera é um prestador de serviços de criptoativos e é obrigada a ser autorizada ao abrigo do MiCA.

Portanto, um protocolo descentralizado deve presumir-se existir quando não há taxas atribuídas a uma entidade ou a um pequeno grupo de entidades, e não há uma interface controlada por uma entidade ou um pequeno grupo de entidades.

5. COMO REGULAR OS PROTOCOLOS DESCENTRALIZADOS?

A intermediação é fundamental para o funcionamento do sistema financeiros, uma vez que os bancos comerciais, os bancos de investimento, os corretores, os gestores de ativos e as seguradoras formam

o tecido das estruturas financeiras modernas [45]. Dado que uma estrutura institucional funcionalmente interconectada é inerente ao sistema financeiro, os quadros regulatórios financeiros são sempre baseados numa intervenção ex-ante (procedimentos de autorização) e na criação de regras de conduta para os referidos intermediários. No entanto, esta ideia deve ser adaptada após o advento de protocolos descentralizados que permitem serviços financeiros sem intermediários [46], um objetivo que traz benefícios e deve ser promovido.

Não faz sentido desconsiderar estas novas aplicações, apesar da sua ainda pequena dimensão. Riscos (cibernéticos, branqueamento de capitais, fraude, alta alavancagem, entre outros) e oportunidades (transparência, acessibilidade, eficiência, celeridade, entre outros) podem não ser abordados se não houver uma integração adequada no sistema jurídico. Além disso, a falta de segurança jurídica força os promotores e participantes destas aplicações a mudarem para jurisdições não cooperativas, aproveitando a pseudonimização que as novas tecnologias proporcionam. Em primeiro lugar, é necessário reconhecer que um quadro regulatório financeiro como o que temos hoje não seria aplicável a um protocolo descentralizado. A ampla diversidade geográfica de utilizadores e a falta de entidades centrais responsáveis pela prestação de serviços nas redes financeiras descentralizadas tornam muito difícil identificar um ponto de acesso e controlo de supervisão.

A abordagem inicial que as instituições europeias escolheram recentemente para a regulamentação é baseada na proporcionalidade e no risco. São os casos do MiCA e do Regulamento (UE) 2024/1689 que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Regulamento sobre Inteligência Artificial). Enquanto o primeiro adota regras que visam promover a inovação enquanto protegem os investidores e os riscos de estabilidade financeira — baseadas na legislação financeira existente para instrumentos financeiros —, o segundo segmenta os sistemas de inteligência artificial em categorias de risco: risco inaceitável e risco elevado.

---

[45] Tom Lin, "Infinite Financial Intermediation" in *Wake Forest Law Review, Vol. 50, No. 643, Temple University Legal Studies Research Paper No. 2016-06.2015*, 2015, p. 1.

[46] "O modelo tradicional de regulamentação está sob pressão diante do aumento da globalização e das mudanças tecnológicas." Ver Philip J. Weiser, "*Entrepreneurial Administration*", na *Colorado University Legal Studies Research Paper Series*, Paper Number 17-1, 2017, p. 2017.

Embora as abordagens baseadas na proporcionalidade e no risco tenham virtudes inquestionáveis, dada a maior objetividade que oferecem, ainda não encontramos qualquer solução para protocolos descentralizados (ou sistemas autónomos) nestes diplomas, uma vez que se baseiam na imposição de deveres sob entidades.

Portanto, as «verdadeiras aplicações descentralizadas» DeFi permanecerão sem qualquer enquandramento jurídica, o que parece justificável, por enquanto, face à constante evolução do ecossistema e à necessidade de o compreender melhor — não apenas os aspetos técnicos, mas também as motivações dos seus programadores.

A partir do momento em que se verifique que uma solução seja vital, devido à dimensão alcançada pela DeFi, talvez a primeira abordagem surja principalmente da comunidade. É o caso da criação de DAOs (organizações autónomas descentralizadas). Este tipo de entidade possibilita o desenvolvimento de uma comunidade e a materialização de efeitos de rede, criando-se valor. A institucionalização das DAOs poderia ser uma solução para o quadro legal das finanças descentralizadas através da criação de um novo tipo de entidade no sistema jurídico, passível de direitos e obrigações, que o ecossistema das finanças descentralizadas considere apropriado para os seus modelos de negócio, para a sua escalabilidade (um acompanhamento próximo pelos programadores seria necessário) e para a confiança dos utilizadores.

Além disso, a institucionalização pode resolver alguns problemas associados às DAOs, como a falta de segurança jurídica, a responsabilidade ilimitada dos seus fundadores, programadres e utilizadores, bem como a falta de benefícios económicos da descentralização para todos estes agentes, o que pode encorajá-los a procurar jurisdições que ofereçam este tipo de institucionalização. É o que tem acontecido com o estado do Wyoming dos Estados Unidos da América, que avançou com um diploma legal para este tipo de entidade em julho de 2021.

Além das DAOs, a alternativa aos nossos quadros legais também deve ser apoiada por uma combinação entre o Estado Regulador e o Estado Empreendedor [47]. Além de estabelecer incentivos para contribuições autorregulatórias, as entidades públicas determinam políticas de gestão

[47] "A ideia de um estado empreendedor sugere que um dos elos perdidos fundamentais entre crescimento e desigualdade (ou, usando as palavras da estratégia EC 2020, entre crescimento 'inteligente' e 'inclusivo') reside em uma identificação e compreensão mais amplas dos agentes que contribuem para a assunção

e outras que fornecem financiamento para projetos que ajudam a alcançar objetivos públicos [48]. Todas elas atuam no mercado como qualquer entidade privada, pelo que faz sentido ter uma entidade pública nestes termos para a DeFi, uma vez que não há possibilidade de ter uma entidade pública com poder soberano (jure imperii) dentro da DeFi.

A DeFi, em princípio, não apresenta riscos graves para a proteção dos investidores, uma vez que não há questões significativas relacionadas com a assimetria de informação [49], uma vez que todos os participantes têm acesso à mesma informação, e não há uma relação cliente-intermediário, pelo que a abordagem deve ser diferente da legislação financeira tradicional. Embora a DeFi possa apresentar riscos graves para a estabilidade financeira, a intervenção pública não pode ser excluída; portanto, a função primordial da atuação das organizações públicas para DeFi deve ser a prevenção desses riscos, como riscos cibernéticos, fraudes, manipulação de preços, problemas de *front end*, riscos de crédito, riscos de câmbio e riscos de liquidez. Em resumo, a DeFi parece apresentar muitos riscos semelhantes para a estabilidade financeira como outros produtos e serviços financeiros, e também apresenta riscos e desafios específicos e únicos para os reguladores considerarem [50].

Essa prevenção pode ser feita através de uma intervenção ativa de uma entidade pública [51] em protocolos descentralizados seguros,

---

de riscos necessária para que esse crescimento ocorra." Ver Mariana Mazzucato, The Entrepreneurial State, Demos, Londres, 2011, p. 67.

48 Richard B. Stewart, "Administrative Law in the Twenty-First Century" in *N.Y.U.L. Rev. 78.2003*, 2003, p. 450. Damos nota, igualmente, do *princípio da liberdade de eleição do Direito Público ou do Direito Privado*, um princípio muito versado pela doutrina e jurisprudência, que permite às organizações jurídico-públicas a adoção de formas de atuação privadas, desde que a decisão seja sustentada na lei, cfr. Ana Raquel Coxo, O Direito Administrativo Privado — contributos para a compreensão do direito *suis generis,* 2013, pp. 17 e ss., disponível em: https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/70941/2/24740.pdf.

49 "Em virtude da transparência, qualquer atividade na DeFi é pública e pode ser contratada" (tradução nossa), Tarik Roukny, Decentralized finance — Information frictions and public policies: approaching the regulation and supervision of decentralized finance, 2022, p. 18, disponível em: https://digital-finance-platform.ec.europa.eu/observatory/library/decentralized-finance-information-frictions-and-public-policies-approaching.

50 IOSCO, IOSCO Decentralized Finance Report, 2022, p. 4.

51 Para uma proposta próxima (um observatório público), vd. Tarik Roukny, Decentralized finance — Information frictions and public policies: approaching the regulation and supervision of decentralized finance, 2022, p. 41 e ss.,

reputáveis, conformes e adequados para beneficiar de poltícicas públicas. Para determinar que um determinado protocolo é seguro, reputável e adequado, essa entidade pública deve ter a experiência adequada (por exemplo, experiência em cibersegurança) e deve apenas escolher participar e investir em protocolos descentralizados que cumpram a legislação de combate ao branqueamento de capitais e financiamento de terrorismo (pelo menos os padrões mínimos estabelecidos pelo GAFI [52]), através da compra de criptoativos de governança desse protocolo.

Esta regra recompensaria os programadores que criam um protocolo descentralizado com as restrições necessárias, além da boa governança promovida pela referida entidade pública dentro dessas comunidades, integrando os seus esforços com entidades privadas que têm experiência na prática e garantindo a qualidade da informação publicamente divulgada.

Um papel crítico dessa entidade pública deve ser fornecer aconselhamento e disseminar informação [53] e as melhores práticas sobre DeFi [54], em vez de impor um esquema regulatório único, ou seja, modelação horizontal em detrimento de uma direção hierárquica [55]. Este papel deve sempre ter em conta a neutralidade tecnológica no sentido de que o aconselhamento, a informação e as melhores práticas devem focar-se nos serviços financeiros que a tecnologia permite e nos riscos que a tecnologia pode representar para esses serviços [56].

disponível em: https://digital-finance-platform.ec.europa.eu/observatory/library/decentralized-finance-information-frictions-and-public-policies-approaching.

52 FATF, *International Standards on Combining Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, 2022.

53 Na mesma linha, EBA e ESMA, Joint Report Recent developments in crypto-assets (Article 142 of MiCAR), 2024, p. 26, disponível em: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/2025-01/ESMA75-453128700-1391_Joint_Report_on_recent_developments_in_crypto-assets__Art_142_MiCA_.pdf.

54 Numa base próxima, a Comissão Europeia iniciou um projeto piloto sobre supervisão embutida de DeFI, vd. https://ted.europa.eu/en/notice/-/detail/542418-2022. Defendendo que SupTech e RegTech é o caminho, vd. Madalena Perestrelo de Oliveira e Marta Boura, MiCA e DeFi: onde fica a regulação no caminho da descentralização, in MiCA — Estudos sobre a Nova Regulação Europeia de Criptoativos, coord. João Vieira dos Santos, João Luz Soares, Martinho Lucas Pires e Guilherme Maia, Almedina, 2023, pp. 329 e 330.

55 Philip J. Weiser, "Entrepreneurial Administration" in *Colorado University Legal Studies Research Paper Series, Paper Number 17-1.2017*, 2017, p. 2022.

56 Dirk A. Zetzsche, Douglas W. Arner, Ross P. Buckley and Janos Nathan Barberis, "Regulating a Revolution from Regulatory Sandboxes to Smart Regulation" in *23 Fordham Journal of Corporate and Financial Law 31-103 2017, European*

Com o MiCA em aplicação e os prestadores de serviços de criptoativos autorizados pelas autoridades competentes, mais informação útil sobre o ecossistema de criptoativos começará a ficar disponível para as avaliações que essa entidade pública precisa de saber quais os protocolos descentralizados a escolher. Isto também seria uma oportunidade para fomentar a inovação no setor financeiro para, numa visão mais ampla, promover o crescimento económico, tendo em conta os princípios da gestão pública, principalmente relacionados com, entre outras coisas, princípios de eficiência e racionalidade na gestão de recursos, máxima transparência na divulgação da sua atividade, maximização da participação dos cidadãos, equidade e consideração de longo prazo nas decisões e meios razoáveis para o desempenho do serviço [57].

No entanto, ainda há que acautelar os riscos sistémicos que afetem gravemente a estabilidade financeira que possam ser identificados nesses protocolos descentralizados. Destarte, a entidade pública que se propõe deve monitorizar esses riscos e partilhá-los com os supervisores prudenciais, para que estes encontrem em conjunto a melhor forma de lidar com esses riscos sistémicos, eventualmente e tentativamente com apoio internacional. Estes protocolos geralmente têm uma escala global e não estão restritos a um único país, pelo que uma abordagem internacional aos riscos sistémicos da DeFi é a abordagem ideal. Neste sentido, este tópico deve ser promovido em fóruns internacionais, por exemplo, na IOSCO (Organização Internacional das Comissões de Valores Mobiliários), FMI (Fundo Monetário Internacional) e WBG (Grupo do Banco Mundial).

Tal como no Regulamento sobre Inteligência Artificial, em que o operador de um sistema de IA de risco elevado deve estar sujeito a obrigações para prevenir qualquer risco para os direitos fundamentais, os criadores de protocolos descentralizados que apresentem risco elevado para a estabilidade financeira também devem cumprir medidas preventivas e serem responsabilizados se essas medidas falharem e causarem qualquer dano ao sistema financeiro como um todo ou

Banking Institute Working Paper Series 2017 — No. 11, University of Luxembourg Law Working Paper No. 006/2017, University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2017/019, UNSW Law Research Paper No. 17-71, Center for Business and Corporate Law (CBC) Working Paper Series 001/2017, 2017, pp. 54-55.

[57] J. Patrick Dobel,"Public Management as Ethics" in *The Oxford Handbook of Public Management*, Oxford University Press, 2006, pp. 161-181.

aos direitos fundamentais. Um exemplo poderia ser uma DEX que não tenha quaisquer controlos relativos à prevenção do branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo. Igualmente, estes projetos DeFi que apresentem risco elevado devem ser obrigados a ser registados e autorizados por um regulador financeiro [58], identificando os seus programadores e detentores de criptoativos de governança, para garantir a responsabilização [59].

Em suma, como o MiCA e as autoridades reguladoras financeiras serão as pedras angulares da supervisão dos criptoativos emitidos e transacionados em protocolos com algum grau de centralização, uma nova entidade pública deve ser competente para lidar com atividades financeiras prestadas em protocolos descentralizados, tendo as seguintes missões:

— Prevenir riscos para os consumidores e investidores através da boa governança promovida nessas comunidades, integrando esforços com entidades privadas que têm experiência no campo e garantindo a qualidade da informação publicamente divulgada.
— Prevenir riscos para a estabilidade financeira, monitorizando protocolos descentralizados e informando prontamente as autoridades reguladoras financeiras e organizações internacionais de quaisquer sinais graves desses riscos, para que estas entidades possam determinar se um protocolo descentralizado específico deve ser considerado um protocolo de risco elevado e, portanto, se os seus criadores devem cumprir medidas preventivas para prevenir qualquer perigo para a estabilidade financeira e os direitos fundamentais.
— Fomentar a inovação responsável e o crescimento económico, investindo em protocolos descentralizados seguros, reputáveis, conformes e adequados, considerando os princípios da gestão pública.

[58] Neste casos, não concordamos com a proposta de Tarik Roukny de existir um cumprimento voluntário na DeFi, cfr. Tarik Roukny, Decentralized finance — Information frictions and public policies: approaching the regulation and supervision of decentralized finance, 2022, p. 39 e ss., disponível em: https://digital-finance-platform.ec.europa.eu/observatory/library/decentralized-finance-information-frictions-and-public-policies-approaching.

[59] Em termos próximos, a "criação, o controlo e a aplicação de regras adequadas exigem quer a adaptação do mandato das actuais reguladores financeiros existentes, ou a criação de novas entidades para lidar com a DeFi" (tradução nossa), Matteo Aquilina, Jon Frost, e Andreas Schrimpf, Decentralised Finance (DeFi): A Functional Approach, 2023. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=4325095.

— Fornecer aconselhamento e disseminar informação e as melhores práticas sobre DeFi.

Em conclusão, o MiCA é um excelente primeiro passo para abordar muitas questões do mercado de criptoativos, mas a DeFi está a crescer rapidamente e exigirá uma resposta rápida e eficaz das instituições europeias devido aos desafios legais e regulatórios exigentes que a DeFi coloca. Também será fundamental ter uma abordagem harmonizada para evitar iniciativas nacionais que fragmentem o mercado DeFi, que só faz sentido com escala e uma abordagem internacional. Por estas razões, apresentamos a nossa contribuição para esclarecer melhor a interação entre o MiCA e a DeFi e uma possível forma de avançar em áreas lacunares numa perspetiva regulatória.

O Direito tenta sempre seguir a inovação e encontrará o equilíbrio certo entre centralização e descentralização. Até lá, consideramos que é melhor manter uma abordagem aberta face à institucionalização das DAOs e ao papel que o Estado pode ter em relação a soluções descentralizadas que contornam os requisitos legais, devido aos riscos que representam para a nossa sociedade, mas também devido às aspirações que temos para uma sociedade mais justa, acessível e menos desigual.

LISTA DE REFERÊNCIAS

Aquilina, Matteo and Frost, Jon and Schrimpf, Andreas, Decentralised Finance (DeFi): A Functional Approach (2023). Disponível em: https://ssrn.com/abstract=4325095. Consultado em Fevereiro de 2025.

Coxo, Ana Raquel (2013), O Direito Administrativo Privado — contributos para a compreensão do direito *suis generis*. Disponível em: https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/70941/2/24740.pdf. Consultado em Fevereiro de 2025.

Daian P, Goldfeder S, Kell T, Li Y, Zhao X, Bentov I, Breidenbach L and Juels A (2019) Flash boys 2.0: Frontrunning, transaction reordering, and consensus instability in decentralised exchanges. disponível em: https://arxiv.org/abs/1904.05234. Consultado em Fevereiro de 2025.

De Filippi P, Lavayssière X (2020), Blockchain Technology: Toward a Decentralized Governance of Digital Platforms? Disponível em: https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-03098502/document. Consultado em Fevereiro de 2025.

De Filippi P, Wright A (2018) Blockchain and the Law — The Rule of Code, Harvard University Press, Cambridge.

Directorate-General for Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union (European Commission) and IBM Promontory (2025) Embedded supervision of decentralized finance. Disponível em: : https://op.europa.eu/en/

publication-detail/-/publication/772103b9-e829-11ef-b5e9-01aa75ed71a1/language-en. Consultado em Fevereiro de 2025.
Dobel J (2007) Public Management as Ethics. In: Ferlie E, Lynn Jr. L and Pollitt C (ed) The Oxford Handbook of Public Management. Oxford University Press.
EBA e ESMA (2024), Joint Report Recent developments in crypto-assets (Article 142 of MiCAR). Disponível em: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/2025-01/ESMA75-453128700-1391_Joint_Report_on_recent_developments_in_crypto-assets__Art_142_MiCA_.pdf. Consultado em Fevereiro de 2025.
ESMA (2019) Advice Initial Coin Offerings and Crypto-Assets. Disponível em: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma50-157-1391_crypto_advice.pdf. Consultado em Fevereiro de 2025.
FATF (2020) Draft updated Guindance for a risk-based approach to virtual assets and VASPs. Disponível em: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/March%202021%20-%20VA%20Guidance%20update%20-%20Sixth%20draft%20-%20Public%20consultation.pdf. Consultado em Fevereiro de 2025.
Finlow-Bates K (2020) Move over brokers here comes the blockchain, Thinklair TMI.
FSB (2022) Assessment of Risks to Financial Stability from Crypto-assets. Disponível em: https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P160222.pdf. Consultado em Fevereiro de 2025.
Harvey C, Ramachandran A and Santoro J (2021) DeFi and the Future of Finance. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3711777. Consultado em Fevereiro de 2025.
Katona T (2021) Decentralized Finance — The Possibilities of a Blockchain "Money Lego" System. Financial and Economic Review, Magyar Nemzeti Bank (Central Bank of Hungary), vol. 20(1), pp 74-102.
Klages-Mundt A, Harz D, Gudgeon L, Liu J, and Minca A (2020) Stablecoins 2.0: Economic foundations and risk-based models. Proceedings of the 2nd ACM Conference on Advances in Financial Technologies.
Lau D, Lau D, Sze Jin T, Kho K, Azmi E, Lee T and Ong B (2020) How to Defi, CoinGecko.
Lin T (2015) Infinite Financial Intermediation. Wake Forest Law Review, Vol. 50, No. 643, Temple University Legal Studies Research Paper No. 2016-06.
Mazzucato M (2011) The Entrepreneurial State, Demos, London.
Mikhalev I, Burchardi K, Tasiaux P, Lau K and Lie E (2020) The Sudden Rise of DeFi: Opportunities and Risks for Financial Services. Disponível em: https://defi-pubs.s3.eu-central-1.amazonaws.com/BCG_Crypto.com_The_Sudden_Rise_of_DeFi_Opportunities_and+Risks_for_Financial_Services.pdf. Consultado em Fevereiro de 2025.
Noble E (2020) Crypto-assets — Overcoming impediments to scaling: A view from the EU. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3748343. Consultado em Fevereiro de 2025.
OECD (2022), Why Decentralised Finance (DeFi) Matters and the Policy Implications. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/fin/financial-markets/Why-Decentralised-Finance-DeFi-Matters-and-the-Policy-Implications.pdf. Consultado em Fevereiro de 2025.
Oliveira, Madalena Perestrelo de, e Boura, Marta (2023), MiCA e DeFi: onde fica a regulação no caminho da descentralização, in MiCA — Estudos sobre a Nova

Regulação Europeia de Criptoativos, coord. João Vieira dos Santos, João Luz Soares, Martinho Lucas Pires e Guilherme Maia, Almedina.

Perez D, Werner S, Xu J, and Livshits B (2020) Liquidations: Defi on a knife-edge. Disponível em: arXiv:2009.13235. Consultado em Fevereiro de 2025.

Perumal A, Deepica G, and Bindu V (2018) Simulation of Compiler Phases. Indo-Iranian Journal of Scientific Research (IIJSR), Peer-Reviewed Quarterly International Journal, Volume 2, Issue 2, pp 100-104.

Raskin M (2017) The Law and Legality of Smart Contracts, 1 Geo. L. Tec. Rev. p. 306.

Rolo A (2019) Challenges in the Legal Qualification of Decentralised Autonomous Organisations (DAOs): The Rise of the Crypto-Partnership?. Revista de Direito e Tecnologia, Vol 1, no. 1. pp 33-87.

Roukny, Tarik (2022), Decentralized finance — Information frictions and public policies: approaching the regulation and supervision of decentralized finance, 2022, disponível em: https://digital-finance-platform.ec.europa.eu/observatory/library/decentralized-finance-information-frictions-and-public-policies-approaching

Schär F (2021) Decentralized Finance: On Blockchain and Smart Contract-based Financial Markets. Federal Reserve Bank of St. Louis Research Paper Series.

Schillig M (2021) Lex Cryptographia, 'Cloud Crypto Land' or What? — Blockchain Technology on the Legal Hype Cycle. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3804197. Consultado em Fevereiro de 2025.

Stewart R (2003) Administrative Law in the Twenty-First Century. N.Y.U.L. Rev. 78.

Walch A (2019) Deconstructing 'Decentralisation': Exploring the Core Claim of Crypto Systems. In: Brummer C (ed) Chapter in Crypto Assets: Legal and Monetary Perspectives Oxford University Press.

Weiser P (2017) Entrepreneurial Administration. Silicon Flatirons Center 2017, Colorado University Legal Studies Research Paper Series, Paper Number 17-1.

Werner S, Perez D, Gudgeon L, Klages-Mundt A, Harz D, Knottenbelt W (2021) SoK: Decentralized Finance (DeFi). Disponível em: arXiv:2101.08778. Consultado em Fevereiro de 2025.

Zetzsche D, Annunziata F, Arner D, Buckley R (2020) The Markets in Crypto-Assets Regulation (MICA) and the EU Digital Finance Strategy. European Banking Institute Working Paper Series No. 2020/77, University of Luxembourg Law Working Paper Series No. 2020-018, University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2020/059.

Zetzsche D, Arner D, Buckley R & Barberis J (2017) Regulating a Revolution from Regulatory Sandboxes to Smart Regulation. 23 Fordham Journal of Corporate and Financial Law 31-103 (2017), European Banking Institute Working Paper Series 2017 — No. 11, University of Luxembourg Law Working Paper No. 006/2017, University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2017/019, UNSW Law Research Paper No. 17-71, Center for Business and Corporate Law (CBC) Working Paper Series 001/2017.

Zetzsche D, Arner D. Buckley R (2020) Decentralized Finance (DeFi). IIEL Issue Brief 02/2020, European Banking Institute Working Paper Series 59/2020, University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2020/010, University of Luxembourg Faculty of Law, Economics & Finance WPS, Journal of Financial Regulation — forthcoming.

RANSOMWARE *
CRIMINAL IMPUTATION AND CONCURSUS OFFENSE

Joaquim Ramalho **

Abstract: Cybercrime is increasingly a threat to national and international security. Ransomware, which designates a type of malware that the agent installs on victims' computers without their consent, with the aim of demanding a consequent ransom, so that the data is provided again, is currently one of the forms of cybercrime that has the greatest impact on victims. However, the specific classification of the crime of ransomware is not foreseen in Portuguese criminal legislation, so, considering the diversity of protected legal interests, the agent's conduct will have to be subsumed under other crimes and be included in the problem of the concursus offense.

Resumo: O cibercrime é, cada vez mais, uma ameaça à segurança nacional e internacional. O *ransomware*, que designa um tipo de *malware* que o agente instala no computador das vítimas sem o seu consentimento, com o intuito de exigir um resgate consequente, de modo a que os dados sejam novamente fornecidos, é, na atualidade, um das formas de cibercrime que maior impacto acarreta para as vítimas. Contudo, não está prevista na legislação penal portuguesa a tipificação específica do crime de *ransomware*, pelo que, tendo em conta a diversidade de bens jurídicos tutelados, a conduta do agente terá que se subsumir a outros crimes e inserir-se na problemática do concurso de crimes.

* Este trabalho foi desenvolvido com o apoio da Fundação para a Ciência e Tecnologia — UIDB/00443/2020, Centro de Investigação Interdisciplinar em Justiça da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

** Doutor em Direito; Professor Associado na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Fernando Pessoa, Portugal; Investigador no CIJ — Centro de Investigação Interdisciplinar em Justiça, Faculdade de Direito, Universidade do Porto, Portugal.

Keywords: Ransomware; Cybercrime; Illegal Access; Extortion; Concursus Offense.

Palavras-chave: Ransomware; Cibercrime; Acesso Ilegítimo; Extorsão; Concurso de Crimes.

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico e a globalização em larga escala acarretam enormes benefícios, fomentando novas formas de contacto entre as pessoas e novos enqudramentos relacionais.

Neste contexto, tem vindo a ganhar preponderância o designado ciberespaço, que se refere a um espaço existente no universo de comunicação, através do qual não é necessária a presença física para se poder estabelecer uma comunicação relacional, podendo funcionar como um espaço de partilha de informações e de contacto entre pessoas de todo o mundo.

Decorrente do caráter dinâmico, mas também transfronteiriço do ciberespaço, a sua delimitação jurídico-penal continua a não possuir uma efetiva uniformização internacional, originado, por consequência, uma natural ineficácia na regulação legal do uso das novas tecnologias digitais.

Embora a internet tenha sido implentada com o intuito de ampliar a interlocução entre as pessoas, novas práticas criminais, a coberto de um possível anonimato e consequente impunidade, têm vindo a ser potencialmente desenvolvidas com foco no ciberespaço, onde se pode destacar, por exemplo, crimes como o enriquecimento ilícito, a burla, a chantagem e a vantagem económica.

É imprescindível que o Direito, respeitando até o seu princípio atualista, esteja preparado para a criação de novos tipos incriminadores, mas também com a adaptação daqueles que estão definidos nas disposições legais já existentes. Resulta, assim, uma necessidade premente de operacionalizar mecanismos sancionatórios face às novas práticas delituosas praticadas no ciberespaço e às reiteradas ofensas a novos bens jurídicos.

Reconhecendo a realidade complexa que envolve a imputação penal da cibercriminalidade em geral, o presente trabalho, através da aplicação do método analítico crítico, procura refletir acerca da imputação penal e do concurso de crimes do *ransomware*, dado que não possuindo o ordenamento jurídico-penal português uma tipificação específica, a conduta do agente terá que se subsumir a outras tipificações previstas na lei penal.

2. *CIBERCRIME*

As novas tecnologias possuem uma enorme relevância na vida dos cidadãos. Em termos gerais, estas são utilizadas em benefício dos próprios utilizadores, permitindo que, em segundos, se possa ter acesso a informações de qualquer parte do mundo. No entanto, conforme suprarreferido, as novas tecnologias não acarretam apenas vantagens, dado que, por exemplo, a utilização universal do correio eletrónico ou das redes sociais, para além de se constituirem numa forma de acesso à prática de crimes tradicionais realizadas com recurso às tecnologias, também se traduzem numa relevante forma de proliferação da criminalidade informática.

A aplicabilidade do Direito à sociedade de informação, levantou, desde sempre, diversos problemas, designadamente, em termos da identificação do agente do crime, da delimitação da competência territorial, mas, para além destes, são ainda frequentemente identificáveis no ordenamento jurídico-penal lacunas normativas na regulação do uso de novas tecnologias [1].

Todos estes fatores, que normalmente são coexistentes, exponenciam os efeitos do uso das tecnologias da informação enquanto fatores facilitadores da prática de ilícitos penais.

Pelo exposto, reconhece-se que o cibercrime, embora se caracterize propriamente pelo não uso de violência, é, cada vez mais, uma ameaça à segurança nacional e internacional, correspondendo, nos dias de hoje, uma das principais ameaças ao respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos, podendo até ser, por variadas razões, uma ameaça à própria segurança nacional e internacional.

Para promover o combate à cibercriminalidade, a Europa tem vindo, ao longo dos últimos anos, a promulgar diversos diplomas legislativos com o intuito de aprimorar a legislação.

O grande marco legislativo ocorreu, em 2001, com a Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa, designada de Convenção de Budapeste [2], a qual teve como objetivo fundamental criar

[1] Neste sentido, *vide* Venâncio, 2022, pp. 18-19.

[2] A Convenção de Budapeste, em termos de cibercrime, é o Tratado Internacional mais abrangente, estando, atualmente, em vigor em mais de 60 países, sendo 44 do Conselho da Europa e 21 fora do Conselho da Europa, nos quais se incluem, por exemplo, os Estados Unidos da América, o Canadá e o Japão. Recentemente, também o Brasil aprovou a adesão ao tratado.

mecanismos destinados a proteger a sociedade contra a cibercriminalidade, designadamente através da adoção de legislação adequada que fomentasse também a cooperação internacional.

A Convenção de Budapeste procurou, com a previsão de normas penais substantivas e adjetivas, harmonizar as várias legislações dos países signatários, promovendo, assim, um combate mais eficaz contra a cibercriminalidade, ao contemplar um conjunto de conceitos informático-jurídicos, de ilícitos criminais, de medidas processuais destinadas a regular a forma de obtenção de prova em ambiente digital e de mecanismos de cooperação internacional.

Portugal subscreveu a Convenção de Budapeste no ano de 2001, no entanto, só procedeu à sua ratificação em 2009, por Resolução da Assembleia da República n.º 88/2009 e pelo Decreto do Presidente da República n.º 92/2009, ambos publicados a 15 de setembro, data que corresponde à publicação da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, a Lei do Cibercrime.

Procurando fazer, de seguida, um breve enquadramento conceptual [3], considera-se que o cibercrime corresponde aos atos criminosos praticados com recurso ou contra as redes comunicacionais eletrónicas e sistemas de informação.

O cibercrime encerra na designação dada aos crimes cibernéticos que envolvem qualquer tipo de atividade ou de prática ilícita na rede, como sejam disseminação de vírus, falsidade informática, invasões de sistema, violação de dados pessoais ou acesso a informações confidenciais [4].

A sistematização da cibercriminalidade pode ser entendida por duas perspetivas distintas: (a) em sentido estrito — aquela em que o elemento informático é enquadrado num elemento integrante do tipo legal ou como bem jurídico a proteger; (b) em sentido amplo — aquela em que não só os que têm por bem jurídico protegido o próprio acesso ou a funcionalidade da sociedade da informação, mas também todos aqueles em que a informática é uma parte necessária dos seus elementos típicos, ou seja, em que o elemento informático é apenas um meio que serve de facilitador da prática de um determinado crime [5].

O índice de prevalência do cibercrime, nas suas diferentes facetas, tem vindo a aumentar de uma forma significativa nos últimos anos.

---

[3] Cf. Comissão Europeia, 2007.
[4] Cf. Rodrigues Nunes, 2020.
[5] Cf. Venâncio, 2022, pp. 21-22.

Estes dados são comprovados pela Procuradoria-Geral da República [6], verificando-se que as denúncias de cibercrime têm vindo a aumentar, de uma forma consistente desde o ano de 2016. Contudo, após o ano de 2020, as denúncias quase duplicaram, não sendo alheio, certamente, o confinamento das pessoas em resultado da situação pandémica vivida durante esses anos.

Ao longo dos anos, os ataques cibernéticos foram-se tornado mais prevalentes por poderem, em tese, a coberto do anonimato do agente, gerar uma perspetiva de efetiva impunidade. Contudo, atendendo à própria natureza e configuração do crime, será de admitir que a prevalência criminal dos factos ocorridos poderá ser ainda bastante superior ao número de denúncias [7].

Na atualidade, uma das principais formas de cibercrime é o sequestro de dados na internet e a exigência do respetivo resgate por extorsão, conhecido mundialmente como *ransomware* [8], crime que acarreta implicações relevantes no que diz respeito à proteção de direitos fundamentais das pessoas singulares mas também de proteção, segurança e funcionamento das pessoas coletivas. Urge, portanto, criar institutos legais eficazes e enquadráveis nos já existentes, uma vez que a aplicabilidade do direito positivo às novas tecnologias, continua a promover diversos problemas de competência territorial e de ausência de previsão legal para a tutela de novos bens jurídicos.

3. RANSOMWARE

A cibersegurança é um fator primordial na segurança e no bom funcionamento das instituições, no que tange a proteger ameaças de ataques digitais, procurando mitigar ou mesmo extinguir as suscetibilidades a ataques ao sistema, que compromete os dados pessoais e informações confidências armazenados.

---

6 Cf. Procuradoria-Geral da República, 2024.

7 O *ransomware*, pela sua natureza, poderá apresentar um elevado índice de criminalidade não participada ou não reportada em comparação com os índices de criminalidade real.

8 De acordo com a Europol, o crime de *ransomware* foi, no ano de 2022, um dos crimes cuja prevalência mais aumentou. In: https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/2023_225_empact-factsheets-2022_web-final.pdf.

A cibersegurança consiste no conjunto de medidas e ações de prevenção, monitorização, deteção, reação, análise e correção que visam manter o estado de segurança desejado e garantir a confidencialidade, integridade, disponibilidade e não repúdio da informação, das redes e sistemas de informação no ciberespaço, e das pessoas que nele interagem [9].

O termo *ransomware* resulta da agregação de duas palavras da lingua inglesa: *ransom*, que se pode traduzir na designação "resgate" e *software*, que se traduz por "programa".

É uma terminologia que possui uma caracterização genérica para designar um tipo de aplicação informática maliciosa, designada de *malware*, que o agente do crime instala no computador das vítimas sem o seu consentimento, com o intuito de exigir um resgate consequente, para que os dados lhe possam ser novamente fornecidos ou disponibilizados. Melhor explicando, através do recurso a tecnologia cada dia mais avançada, o *ransomware* concede aos criminosos a possibilidade de bloquear o acesso a um computador e, em seguida, o agente procura extorquir a vítima, exigindo uma elevada quantia em dinheiro, usando, normalmente a moeda virtual *Bitcoin,* de modo a dificultar a identificação do agente.

A primeira ocorrência — embora não confirmada — de um *ransomware* foi verificada no ano de 1986, sendo denominada como *Brain* por meio de disquete, a qual correspondia a um dispositivo externo que era utilizado na época para identificar possíveis *software* médicos impróprios na aferição de batimentos cardíacos.

Em 1989, surge o primeiro *ransomware* conhecido e devidamente identificado, o designado "*1989 AIDS Trojan*" [10].

No que respeita ao cometimento do crime de *ransomware* com extorsão, de acordo com os dados publicitados pela Europol [11], este ocorreu, pela primeira vez, no ano de 2005.

Posteriormente, em 2007, foi criado um *ransomware* inédito, que ao invés de criptografar arquivos, obstruía a entrada dos usuários e impedia o acesso destes aos respetivos computadores. Ademais, esse mesmo *ransomware* contraía o ecrã do computador e exigia

[9] Observatório de Cibersegurança em Portugal. (2023). Relatório Cibersegurança em Portugal. Tema Sociedade 2023. Centro Nacional de Cibersegurança. In: https://www.cncs.gov.pt/docs/rel-sociedade2023-observ-cncs-dig.pdf.

[10] Curiosamente, este *ransomware* foi criado por um biólogo desenvolvimental, Joseph Popp.

[11] In: https://www.nomoreransom.org/pt/ransomware-qa.html#victims.

uma determinada quantia monetária para o ecrã ficasse, novamente, operacional.

Ao longo dos últimos 10 anos, os ataques *ransomware* têm vindo a evoluir significativamente não apenas em termos de sofisticação e de complexidade, mas também em termos de prevalência.

Em alguns paises, os ataques de *ransomware* são marcadamente aleatórios, em que os alvos desses ataques tanto podem ser cidadãos como empresas, o que indica que os mesmos possuem uma certa desorganização. Contudo, noutros países, os ataque de *ransomware* são absolutamente direcionados a determinados cidadãos e empresas, sendo estes alvos específicos e previamente identificados, o que indicia a prática de uma criminalidade organizada [12].

A crescente utilização das tecnologias digitais aumenta a exposição dos indivíduos aos riscos do ciberespaço, pelo que, na atualidade, estima-se que cerca de 3% da população mundial seja alvo de ataques deste género, contudo, analisando os indicadores de prevalência, importa, desde já, ter em conta que os relatados poderão descrever dados escassos quando comparados com os indicadores reais, uma vez que não são amplos os casos das vítimas que vivenciam estes ataques informáticos e os relatam às autoridades competentes, por receio de retaliações [13].

Em Portugal, os indíces de prevalência relatam que a exposição dos indivíduos e das organizações ao ciberespaço aumentou consideravelmente no ano de 2022, encontrando-se acima da média da União Europeia relativamente a alguns serviços digitais críticos [14].

O aumento da prevalência destes casos e as pesquisas mais recentes têm contribuído para uma melhoria dos mecanismos de preventivos, através de métodos sistematizados de avaliação e gestão dos riscos do *ransomware*, com o intuito de procurar proteger bens jurídicos fundamentais.

O *ransomware* projetou o realce de diversa nomenclatura que, até ao seu aparecimento, não possuia grande expressão, como sejam os

[12] Estes são dois grandes exemplos da realidade que os países vivem na atualidade e os quais constituem uma verdadeira ameaça aos direitos fundamentais. Cf. Rodrigues Nunes, 2019.

[13] Cf. Simoiu *et al.*,2019.

[14] Observatório de Cibersegurança em Portugal. (2023). Relatório Cibersegurança em Portugal. Tema Sociedade 2023. Centro Nacional de Cibersegurança. In: https://www.cncs.gov.pt/docs/rel-sociedade2023-observ-cncs-dig.pdf.

casos do sequestro de dados, que corresponde ao ato de bloquear, inutilizar ou inviabilizar o acesso a dados, e da extorsão digital, que diz respeito ao ato de solicitar uma vantagem patrimonial ilicita decorrente do bloqueio de dados informáticos.

As normas jurídico-penais, têm uma função de motivar e de determinar as diferentes condutas humanas, proibindo umas ações e impondo outras. Tendo em conta o espaço normativo penalista em vigor e a natureza e complexidade do *ransomware*, merece reflexão a sua imputação, de modo a delimitar a tipificação deste tipo de crime, uma vez que a aplicação da lei não é de fácil enquadramento na legislação criminal nacional e internacional.

4. IMPUTAÇÃO PENAL DO RANSOMWARE E O CONCURSO DE CRIMES

Nos primeiros anos do século XXI, o estudo do crime por *ransomware* foi uma fonte de enorme foco e investigação das ciências jurídico-penais, contudo, a tipificação deste crime continua a ser, ainda hoje, um grande desafio para o legislador devido aos desafios que a imputação deste crime encerra.

Tendo em conta o referido supra, neste capítulo, proceder-se-á a uma reflexão sobre o regime de imputação jurídico-penal do crime de *ransomware*, importando, desde já, realçar que, uma vez que o ordenamento jurídico-penal português não possui uma tipificação específica para este crime, a conduta do agente terá que se subsumir a algumas das tipificações previstas na lei penal geral prevista no Código Penal e à lei especial estabelecida na Lei do Cibercrime.

Começando pelo regime da qualificação da ação típica do crime de *ransomware*, esta compreende, normalmente, 3 etapas.

A primeira etapa consubstancia-se no acesso ilegítimo a todo ou a uma parte de um sistema informático ou a dados informáticos, através da obtenção de acesso ao sistema por engano do titular [15]. Posteriormente, a interferência em sistemas informáticos ocorre através do bloqueio dos dados informáticos por encriptamento, ficando esses mesmos dados inacessíveis ao utilizador [16], porquanto da inserção no sistema de código, o qual encripta dados, gerando uma identificação

[15] Artigos 1.º e 2.º da Lei do Cibercrime.
[16] Artigo 5.º da Lei do Cibercrime.

personalizada desse sistema. Por fim, a terceira etapa consiste no pedido de resgate, por extorsão, exigindo o pagamento de uma quantia [17] para que os dados fiquem novamente acessíveis ao titular. Efetuado o respetivo pagamento, a vítima recebe a uma chave personalizada que lhe permite aceder e recuperar esses mesmos dados.

Analisando com mais pormenor as ações típicas da imputação penal do *ransomware*, o *acesso ilegítimo* corresponde a um crime de perigo e possui como elementos objetivos do tipo legal [18], o agente atuar não estando legitimado para o efeito e praticar um ato de aceder a um sistema informático ou a uma parte dele.

Este crime enquadra-se na tipificação do artigo 6.º da Lei do Cibercrime, nos termos do qual "*quem, sem permissão legal ou sem para tanto estar autorizado pelo proprietário, por outro titular do direito do sistema ou de parte dele, de qualquer modo aceder a um sistema informático, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias*". Na mesma pena incorre "*quem ilegitimamente produzir, vender, distribuir ou por qualquer outra forma disseminar ou introduzir num ou mais sistemas informáticos dispositivos, programas, um conjunto executável de instruções, um código ou outros dados informáticos destinados a produzir as ações não autorizadas*" [19].

Este acesso, ao todo ou a parte de um sistema informático, surge através da obtenção de um acesso indevido ao sistema informático,

[17] A exigência desse pagamento é efetuada, normalmente, em criptomoedas, de modo a não ser passível o seu rastreio.

[18] Cf. Dias Venâncio, 2023, pp. 90-91.

[19] No número 3, a norma prevê que a pena é de prisão até 2 anos ou multa até 240 dias se as ações descritas no número anterior se destinarem ao acesso para obtenção de dados registados, incorporados ou respeitantes a cartão de pagamento ou a qualquer outro dispositivo, corpóreo ou incorpóreo, que permita o acesso a sistema ou meio de pagamento. O número 4 estabelece que a pena é de prisão até 3 anos ou multa se o acesso for conseguido através de violação de regras de segurança ou através do acesso, o agente obtiver dados registados, incorporados ou respeitantes a cartão de pagamento ou a qualquer outro dispositivo, corpóreo ou incorpóreo, que permita o acesso a sistema ou meio de pagamento. 5. A pena é de prisão de 1 a 5 anos quando através do acesso, o agente tiver tomado conhecimento de segredo comercial ou industrial ou de dados confidenciais, protegidos por lei ou o benefício ou vantagem patrimonial obtidos forem de valor consideravelmente elevado. 6. A tentativa é punível, salvo nos casos previstos nos números 2 e 3. 7. Nos casos previstos nos números 1, 4 e 6, o procedimento penal depende de queixa.

começando, normalmente, com o envio pelo agente à vítima de um email com o intuito de obter credenciais de acesso a esse sistema [20]. Este email, simulando a legitimação da entidade de envio, procura promover a instalação de malware, de modo a que possa aceder aos dados pretendidos. O pedido para instalação do programa constitui a configuração da prática do crime de falsidade informática [21].

O âmago do crime de acesso ilegítimo baseia-se no facto de o agente do crime — o qual possui conhecimentos técnicos necessários para tal — penetrar num determinado sistema informático alheio, sem autorização legal ou do respetivo titular ou, existindo essa autorização, violando os limites de acesso da mesma.

É uma conduta que também se caracteriza por facilitar ou poder facilitar o cometimento de outros crimes, tais como, por exemplo, os crimes de dano relativo a programas ou outros dados informáticos, de sabotagem informática, de interceção ilegítima ou de burla informática e nas comunicações [22], sendo o **crime de acesso ilegítimo** um

---

20 Esse e-mail poderá constituir-se no efetuar *download* de um ficheiro, na solicitação para abir determinado ficheiro ou no clicar ou abrir um link, os quais irão permitir a instalação de um programa malicioso o qual dará acesso ao sistema.

21 Artigo 3.º da Lei do Cibercrime. Número 1 — Quem, com intenção de provocar engano nas relações jurídicas, introduzir, modificar, apagar ou suprimir dados informáticos ou por qualquer outra forma interferir num tratamento informático de dados, produzindo dados ou documentos não genuínos, com a intenção de que estes sejam considerados ou utilizados para finalidades juridicamente relevantes como se o fossem, é punido com pena de prisão até 5 anos ou multa de 120 a 600 dias. Número 2 — Quando as ações descritas no número anterior incidirem sobre os dados registados, incorporados ou respeitantes a qualquer dispositivo que permita o acesso a sistema de comunicações ou a serviço de acesso condicionado, a pena é de 1 a 5 anos de prisão. Número 3 — Quem, atuando com intenção de causar prejuízo a outrem ou de obter um benefício ilegítimo, para si ou para terceiro, usar documento produzido a partir de dados informáticos que foram objeto dos atos referidos no número 1 ou dispositivo no qual se encontrem registados, incorporados ou ao qual respeitem os dados objeto dos atos referidos no número anterior, é punido com as penas previstas num e noutro número, respetivamente. Número 4 — Quem produzir, adquirir, importar, distribuir, vender ou detiver qualquer dispositivo, programa ou outros dados informáticos destinados à prática das ações previstas no número 2, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos. Número 5 — Se os factos referidos nos números anteriores forem praticados por funcionário no exercício das suas funções, a pena é de prisão de 2 a 5 anos.

22 A criminalização de acesso ilegítimo pode até ser perspetivada como uma proteção da tutela penal, uma vez que se percebe uma tutela antecipada e indireta contra os danos que afetem dados informáticos e a espionagem informática de que se ocupa a interceção ilegítima. Cf. Rodrigues Nunes, 2020.

crime necessário para encobrir potencialmente um outro crime, o *hacking* informático [23].

A criminalização da conduta descrita pelo legislador, foi realizada com o intuito de tutelar a integridade do sistema informático lesado, consubstanciada na falta de autorização para aceder a um sistema ou rede informáticos ou intercetar comunicações que se processam numa rede ou num sistema informático.

No que respeita ao bem jurídico tutelado, procura-se tutelar e promover, essencialmente, a segurança dos sistemas informáticos, mas também a respeitando a necessidade de gerir, de operar e de controlar os sistemas informáticos de uma forma livre e segura [24].

Passando, seguidamente, à qualificação da segunda etapa da ação tipica, a *interferência em sistemas informáticos*, importa referir que é através do bloqueio dos dados informáticos por encriptamento — enquadrado no crime de falsidade informática —, que este crime surge como uma espécie de ato preparatório para o cometimento do crime de acesso ilegítimo [25].

Este tipo de crime incide na manipulação ou tratamento dos dados inseridos num sistema informático, de que resultará a criação de documentos ou dados não verdadeiros, lesando a segurança e a fiabilidade dos documentos no tráfico jurídico de cariz probatório.

Tem como elementos objetivos do tipo legal, o agente praticar a ação de introduzir, modificar, apagar ou suprimir dados ou programas informáticos ou, por qualquer outra forma, interferir no tratamento informático de dados, o qual se consuma na produção de dados ou documentos eletrónicos não genuínos.

Tem como elementos subjetivos do tipo legal, duas formas de dolo específico, ou seja, a intenção de provocar engano nas relações jurídicas e a intenção de que os dados ou documentos não autênticos sejam considerados ou utilizados para finalidades juridicamente relevantes como se fossem verdadeiros.

No que diz respeito ao bem jurídico tutelado, existem duas correntes com interpretações normativas diferenciadas [26]: para uma parte da doutrina e da jurisprudência, considera-se que o bem jurídico tutelado

[23] Cf. Silva Rodrigues, 2009.

[24] É um crime que depende de queixa, com exceção das formas mais agravadas plasmadas nos números 2, 3 e 5.

[25] Cf. Rodrigues Nunes, 2020, pp. 152-153.

[26] Cf. Rodrigues Nunes, 2020, pp. 156-158.

é a segurança nas transações bancárias; outra parte da doutrina considera que o bem jurídico tutelado é respeitante à integridade dos sistemas informáticos, pretendendo o legislador impedir a prática de atos que atentem contra a confidencialidade, a integridade e a disponibilidade dos sistemas informáticos, bem como a utilização fraudulenta dos mesmos [27].

O *ransomware*, pelo seu potencial altamente lucrativo, tem vindo a ser descrito como a nova forma de extorsão digital, pelo que, tal como descrito supra, a *extorsão* tem vindo a consistir na última etapa da ação típica do crime de *ransomware*.

Na extorsão, o bem jurídico protegido é a liberdade de disposição do seu património pela vítima, constrangida a agir para evitar um mal maior, a si ou a terceiros. O artigo 223.º, referente ao crime de *extorsão*, tipifica como crime "*quem, com intenção de conseguir para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, constranger outra pessoa, por meio de violência ou de ameaça com mal importante, a uma disposição patrimonial que acarrete, para ela ou para outrem, prejuízo*" [28]. O procedimento judicial não está dependente de queixa, sendo, portanto, um crime de natureza pública.

Refere um acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra que o crime de extorsão, em termos de dogmática jurídica, pode bem ser denominado como um crime de coação qualificado [29]. Caracteriza-se como um crime híbrido com um significado pluriofensivo, uma vez que protege, simultaneamente, bens jurídicos distintos, designadamente o património e a liberdade. A ação típica corresponde a uma conduta de constrangimento de outra pessoa, através da ameaça com um mal importante, que tem como seu objeto um ato de disposição patrimonial [30].

---

[27] Ac. do TRL de 09/01/2019 (Nuno Coelho), proc. n.º 368/16.7JAPDL.L1-3.

[28] Refere o número 3 do artigo 223.º que se se verificarem os requisitos referidos: *a)* nas alíneas *a)*, *f)* ou *g)* do número 2 do artigo 204.º, ou na alínea *a)* do n.º 2 do artigo 210.º, o agente é punido com pena de prisão de três a quinze anos; *b)* no número 3 do artigo 210.º, o agente é punido com pena de prisão de oito a dezasseis anos. Acrescenta o número 4 que, o agente é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias se obtiver, como garantia de dívida e abusando da situação de necessidade de outra pessoa, documento que possa dar causa a procedimento criminal.

[29] Ac. do TRC de 13/12/2017 (Jorge França), proc. n.º 562/15.8PBCTB.C1, de 13.12.2017.

[30] Ac. do TRE de 22/11/2011 (José Lúcio), proc. n.º 3/07.4GACVD.E1.

O crime de extorsão integra-se na categoria dos crimes contra o património em geral, tratando-se de um crime pluriofensivo [31] — uma vez que tutela diversos bens jurídicos, como sejam, o património e a liberdade —, visando diretamente a proteção da liberdade de disposição patrimonial, a liberdade de decisão e de ação.

Os elementos do tipo objetivo e subjetivo do crime de extorsão compreendem a intenção de conseguir um enriquecimento ilegítimo, por meio de violência ou ameaça de mal importante, constrangendo as proprietárias a disposições patrimoniais de que resultaram os prejuízos identificados.

O crime de extorsão possui proximidade com uma diversidade de crimes, contudo a maior proximidade ocorre com o crime de coação, dado que todos os elementos integrantes da factualidade típica deste crime fazem também parte do crime de extorsão, especializando-se este, em relação àquele, apenas pela exigência de a conduta coagida se traduzir num injusto prejuízo para o sujeito passivo e num enriquecimento ilegítimo para o agente ou para terceiro. Porquanto, o crime de extorsão constitui-se numa *lex specialis* face ao crime de coação [32].

O crime de extorsão revela ainda proximidade com o crime de burla, os quais importa distinguir. Na extorsão ocorre violência ou ameaça com mal importante, ou chantagem, tendo como objetivo imediato a obtenção de uma vantagem patrimonial à custa de um prejuízo do extorquido. Por outro lado, no crime de burla, ocorre um erro ou engano.

A relação de proximidade entre os crimes informáticos em sentido amplo promove falta de autonomia entre os atos criminosos realizados, uma vez que alguns dos atos praticados pelo agente do crime constituem muitas vezes a preparação para a prática de outro crime, surgindo o concurso de crimes (*concursus delictorum*).

Sem pretender ser exaustivo, a problemática do concurso de crimes será alvo de algumas breves notas.

Acerca do concurso de crimes, enquadra o artigo 30.º, número 1, do Código Penal que o número de crimes é determinado pela qualificação dos factos em concreto, seja pelo número de tipos de crimes efetivamente cometidos ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente.

[31] Ac. do STJ de 21/06/2023 (Lopes da Mota), proc. n.º 257/13.7TCLSB.L1.S1.
[32] Ac. do TRL de 21/09/2022 (Isabel Gaio Ferreira de Castro), proc. n.º 5/22.0SHLSB.L1-3.

O concurso de crimes pode ser efetivo ou aparente. O concurso efetivo ocorre quando uma só pessoa comete dois ou mais crimes, correspondendo, assim, a uma pluralidade de violações do tipo em que o facto constitui um só crime. Existem várias normas penais que, em abstracto, integram a conduta do agente, sendo que a aplicação de uma delas exclui a aplicação de outra ou de outras [33].

O concurso efetivo subdivide-se em concurso real e concurso ideal. O concurso é real quando o agente pratica uma pluralidade de ações que preenchem autonomamente vários crimes ou várias vezes o mesmo crime e é ideal quando através de uma única ação se violam normas penais ou a mesma norma repetidas vezes.

Concomitantemente, à categoria de concurso efetivo de crimes temos a do concurso aparente, na qual as leis penais concorrem só na aparência, excluindo-se umas às outras [34], dado ques este pressupõe uma unidade do facto e uma pluralidade de normas potencialmente aplicáveis [35], ou seja, diz respeito a um problema de interpretação da lei penal em função do caso e na qualificação da responsabilidade do agente.

O regime do concurso aparente de normas penais possui 3 categorias, a especialidade, a consunção e a subsidiariedade.

A relação de especialidade entre duas normas surge quando, partindo dos mesmos elementos típicos, uma delas caracteriza o facto ou o agente, através de elementos específicos que a distingue e particulariza.

A relação de consunção dar-se-á, quando o conteúdo de um facto ilícito típico inclui normalmente o de outro facto ilícito típico e a punição do primeiro esgota o desvalor de todo o acontecimento. Esta é pura quando o crime mais grave consome um facto concomitante posterior menos grave. Por outro lado, é impura quando o facto concomitante posterior é mais grave, casos em que os crimes em concurso são punidos com a pena mais grave [36].

A subsidiariedade entre normas significa que certas normas penais intervêm só de forma auxiliar ou subsidiária, quando o facto não seja punido por uma outra norma mais grave. As normas subsidiárias

[33] Importa ainda realçar que na definição de concurso efetivo de crimes, não basta o elemento da pluralidade de bens jurídicos violados, exigindo-se também uma pluralidade de juízos de censura na determinação da responsabilidade do agente, em cumprimento do princípio *nebis in idem*.

[34] Ac. do STJ de 13/10/2004 (Henrique Gaspar), proc. n.º 04P3210.

[35] Cf. Marques da Silva, 2020, pp. 418-420.

[36] Cf. Pinto de Albuquerque, 2024.

vão fornecer um apoio suplementar quando as normas principais não protegem o bem jurídico.

Dada a sua natureza, e conforme referido supra, o crime de *ransomware*, que se inicia com a prática do crime de acesso ilegítimo, insere-se na problemática do concurso de crimes.

O crime de acesso ilegítimo, por vezes encarado como um crime de perigo, é cumulável, em concurso efetivo, com a generalidade dos crimes informáticos, assim com todos os outros crimes que venham a ocorrer por força ou em sequência do acesso ilegítimo [37].

O crime de acesso ilegítimo entra em concurso efetivo com o crime de extorsão (artigo 223.º do Código Penal), devido à diversidade dos bens jurídicos tutelados em ambos os crimes. A ação correspondente aos ataques de *ransomware* dará lugar a um concurso ideal de crimes, se tiver começado por um acesso ilegítimo, ou uma indução em erro, por burla informática, por estarem sempre em causa bens patrimoniais, incluindo o controle exclusivo dos sistemas informáticos. Contudo, estaremos perante um concurso efetivo real de crimes se tiver sido produzido um documento falsificado, sendo a confiança nos negócios o bem jurídico protegido.

Verifica-se também a existência de um concurso efetivo de crimes entre o crime de acesso ilegítimo e os crimes de burla informática (artigo 221.º do Código Penal), de falsidade informática (artigo 3.º da Lei do Cibercrime), de dano relativo a programas ou outros dados informáticos (artigo 4.º da Lei do Cibercrime), de burla informática (artigo 221.º do Código Penal), de violação de segredo (artigo 195.º do Código Penal), de ameaça ou coação (artigo 153.º e seguintes do Código Penal) e de devassa da vida privada (artigo 192.º número 1 alínea *d)* do Código Penal) [38].

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inquestionável que a propulsão tecnológica mundial em larga escala tem vindo a potenciar enormes benefícios nos mais diversos campos sociais, profissionais e nas áreas do conhecimento.

Um dos exemplos do desenvolvimento tecnológico foi a criação da internet, a qual, originalmente alicerçada no intuito de ampliar e

[37] Cf. Dias Venâncio, 2022, pp. 71-73.
[38] Cf. Rodrigues Nunes, 2020, pp. 176-180.

promover a interlocução entre as pessoas, serviu também para subverter a ordem e transformar a finalidade e a utilidade da tecnologia em artifícios para a prática de ilicitos penais, com o intuito de angariar benefícios financeiros avultados.

Estes fatores têm acarretado, por consequência, uma crescente desconfiança e insegurança jurídica na utilização dos serviços digitais, sobretudo quando estes apresentam aspetos de cariz comercial e empresarial. Com isto, a criação de normas e a efetivação de ações estratégicas e detalhadas para o alicerçamento da cibersegurança tem vindo a tornar-se num grande desafio para o legislador.

Os dados internacionais mais recentes têm vindo a verificar a existência de diversos países (onde proliferam, entre outros, os crimes de ciberterrorismo e a criminalidade económica altamente organizada) que não manifestam qualquer tipo de interesse em cooperar com as instâncias internacionais no combate e na irradicação destes crimes, uma vez que estes são substancialmente lucrativos e são uma parte importante na economia desses mesmos países.

Pelo supra referido, tendo em conta o espaço normativo penalista em vigor e a natureza e complexidade do crime de *ransomware*, de modo a objetivar a natureza e a tipificação deste tipo de crime, merece reflexão a manifesta necessidade de maior cooperação internacional e de uniformização da sua imputação penal.

Os indicadores de prevalência, aparentemente inferiores à realidade dos factos, traduzem-se num indicador de que a comunidade possui um sentimento impunidade generalizada perante este tipo de criminalidade, cujo anonimato, natureza transfronteiriça e complexidade de produção e apreensão de prova promovem.

O comportamento humano perante as novas tecnologias é um dos fatores mais importantes na promoção da segurança no ciberespaço. Deste modo, não se devendo encarar o Direito Penal como a *ultima racio* de uma sociedade, é imprescindível o aprimoramento de mecanismos sociais que potenciem uma — efetiva — mobilização de prevenção e combate a este tipo de crime, os quais deverão alicerçar-se na promoção de maior literacia informática e defesa cibernética, seguindo sempre uma abordagem altamente consciente no uso de qualquer dispositivo informático e de não cedência a atos de extorsão.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELAR GOUVEIA. Jorge. (2021). Direito do Ciberespaço e Segurança Cibernética, *Revista Jurídica Portucalense*, *29*, 59-77.

COMISSÃO EUROPEIA. (2007). Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité das Regiões. *Rumo a uma política geral de luta contra o cibercrime*. 2007. In https://eur-lex.europa.eu.

DIAS VENÂNCIO, Pedro. (2023). *Lei do Cibercrime: anotada e comentada*. Coimbra: Editora D´Ideias.

DIAS VENÂNCIO, Pedro. (2022). *Lições de Direito do Cibercrime, E da tutela penal dos dados pessoais*, Coimbra, Editora D´Ideias.

EUROPOL. *Empact Report: 2022 Results. General Factsheets*. (2023). In: https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/2023_225_empact-factsheets-2022_web-final.pdf.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel. (2022). *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial. Tomo II*. 2.ª edição, Coimbra, Editora Gestlegal.

HOLT, T. & BOSSLER, A. (2017). *Cybercrime in Progress. Theory and prevention of technology enabled offenses*. Taylor & Francis.

KIRU, Muhammad & JANTAN, Aman. (2019). The age of ramsomware. Understanding ramsomware and its countermeasures. *Artificial Intelligence and Security: Challenges in Emerging Networks*, 1-37.

LISKA, Allan & GALLO, Timothy. (2017). *Ransomware*. Sebastopol: O'Reilly Media, Inc.

MARQUES DA SILVA, Germano. (2020). *Direito Penal Português*. Lisboa, Universidade Católica Editora.

MIRANDA RODRIGUES, Anabela. (2021). A política criminal no estado de direito do século XXI — os desafios de segurança, *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, *11*(1), 19-40.

OBSERVATÓRIO DE CIBERSEGURANÇA EM PORTUGAL. (2024). *Relatório Cibersegurança em Portugal*. Centro Nacional de Cibersegurança. *Tema Sociedade 2024*. In: https://www.cncs.gov.pt/docs/rel-sociedade2024-obcibercncs.pdf.

OBSERVATÓRIO DE CIBERSEGURANÇA EM PORTUGAL. (2023). *Relatório Cibersegurança em Portugal*. Centro Nacional de Cibersegurança. *Tema Sociedade 2023*. In: https://www.cncs.gov.pt/docs/rel-sociedade2023-observ-cncs-dig.pdf.

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo. (2024). *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*. Volume I. 6.ª edição. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. (2024). *Cibercrime: denúncias recebidas*. Lisboa, Ministério Público de Portugal. 2023. In: https://cibercrime.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/denuncias_cibercrime_2023_primeiro_semestre.pdf.

RAMALHO, Joaquim. (2024). Ransomware: cybercrime and cybersecurity. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, *27*(5), 1-8.

RAMALHO, Joaquim. (2024). Recolha de prova em suporte eletrónico: os regimes do Código de Processo Penal e da Lei do Cibercrime. *J2 — Jornal Jurídico*, *7*(1), 1-9.

RAMALHO, Joaquim. (2022). Prova digital: articulação entre o Código Processual Penal Português e a Lei do Cibercrime. *Revista Eletrónica de Direito Penal e Política Criminal*, *10*(2), 7-20.

RODRIGUES NUNES, Duarte. (2020). *Os crimes previstos na lei do cibercrime*. Lisboa: Editora Gestlegal.

RODRIGUES NUNES, Duarte. (2019). O fenómeno do ransomware e o seu enquadramento jurídico-penal. *Cyberlaw*, 8, 1-42.
RODRIGUES NUNES, Duarte. (2018). *Os meios de obtenção de prova previstos na lei do cibercrime*. Lisboa: Editora Gestlegal.
SANTOS, Carla Fabiane & RAMALHO, Joaquim. (2023). Ransomware Empresarial: cibercrime e omissão de relato às autoridades. *Emergência(s) na pesquisa sobre a violência e o crime*. pp. 161-172. Belo Horizonte: Conhecimento Editora.
SILVA RODRIGUES, Benjamim. (2009). Direito Penal — Parte Especial. Tomo I. *Direito Penal Informático Digital: Contributo para a Fundamentação da sua Autonomia Dogmática e Científica à Luz do novo Paradigma de Investigação Criminal: a Ciência Forense Digital e a Prova Digital*. Coimbra: Coimbra Editora.
SIMOIU, Camelia; GATES, Christopher; BONNEAU, Joseph; GOEL, Sharad. (2019). I was told to buy a software or lose my computer. I ignored it. A study of ransomware. *Fifteenth Symposium on Usable Privacy and Security*. Disponível em https://www.usenix.org/conference/soups2019/presentation/simoiu.
TAIPA DE CARVALHO, Américo. (2022). *Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais e teoria geral do crime*. 4.ª edição. Lisboa, Editora Universidade Católica.

JURISPRUDÊNCIA

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo número 257/13.7 TCLSB.L1.S1, de 21 de junho de 2023.
ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo número 04P3210, de 13 de outubro de 2004.
ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo número 97P1195, de 07 de julho de 1997.
ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA. Processo 562/15.8PBC TB.C1, de 13 de dezembro de 2017.
ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA. Processo número 3/07.4GA CVD.E1, de 22 de novembro de 2011.
ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA. Processo número 5/22.0S HLSB.L1-3, de 21 de setembro de 2022.
ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA. Processo número 368/16.7 JAPDL.L1-3, de 09 de janeiro de 2019.

COORDENADOR DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DA POLÍCIA JUDICIÁRIA

José Manuel Pires Leal *

TEORIA DO CONHECIMENTO APLICADA À INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A investigação criminal constitui-se numa atividade que se insere integralmente na ação penal, e como tal na prossecução da justiça penal. Materializa-se através de um conjunto de ações parametrizadas pela lei processual penal e de aplicação do conhecimento que os diversos ramos da ciência, da técnica, e de saberes especializados proporcionam para a avaliação e a interpretação sobre a existência de um crime.

Na nossa contemporaneidade, tanto a investigação criminal como a criminalística e a ciência forense constituem-se em temas profusamente explorados pelos media, enquanto estratégia informativa, mas também de conquista de audiências através da exploração do medo e da incerteza, amplificando os riscos e o sentimento de insegurança. Adicionalmente têm sido utilizados no cinema e na literatura, através de construções ficcionadas sobre o que é o crime e o amplo labor de o descortinar, todavia distante das rotinas e do quotidiano da realidade, quer daquilo que a investigação criminal é em si, quer na forma como se realiza e se repercute em todos os atores que participam no processo.

* Professor auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona. Investigador colaborador do Centro de Investigação Interdisciplinar em Justiça.

A investigação criminal constitui-se numa atividade complexa de busca, de localização e identificação de indícios e recolha de vestígios da preparação ou da prática de um ato lesivo da ordem social classificado no plano jurídico como crime. Tem como finalidade a determinação da identidade dos agentes e a definição das circunstâncias da ação. Visa recolher informação tendo em conta a necessidade de tipificar jurídico-penalmente o facto, aferindo a sua gravidade, assim como, no plano indiciário, proceder à identificação, recolha e preservação dos vestígios que se materializam na prova (material ou testemunhal) através da qual se estabelecerá e demonstrará a ponte explicativa entre o ato lesivo, a identidade do autor e o nível de desvalor da sua ação, de modo a determinar a intensidade da culpa no cometimento do ilícito penal. A ponte entre os referidos pilares (produto da ação e autor) é estabelecida pela prova (que se materializa nas modificações físicas e psíquicas decorrentes da ação criminosa, e que conduzem o investigador ao conhecimento do modo como o crime foi cometido e à identificação do seu autor), catalogada e processada segundo determinadas regras de âmbito processual penal, técnico e científico.

Decorrente do que referimos depreende-se, de forma prévia, que a investigação criminal se traduz por uma atividade de recolha de informação que se materializa em elementos de prova, juridicamente admissíveis, que visam através dos fragmentos produzidos pela ação ilícita a reconstrução de um quadro inteligível que estabeleça a ligação entre o ato e as suas consequências revelando o seu autor. Todo este processo desenrola-se no âmbito do Sistema de Justiça Penal — de modo formal e tecnicamente exigente — e visa contribuir de forma decisiva para a reposição do equilíbrio social, através do labor de profissionais diferenciados, tendo em conta o papel, o posicionamento e a função que exercem no Sistema de Justiça Penal.

Desse modo, não faz investigação criminal quem quer, mas quem pode, tendo em conta o previamente definido na lei. Cada ator no Sistema tem um posicionamento e atribuições funcionais específicas, delimitadas legalmente, de modo a que todo o processo se desenrole de forma imparcial, isento, garantistico e justo. No plano processual penal os atores do Sistema e do processo-crime são frequentemente referidos como *participantes no processo*, sendo distinguidos entre *sujeitos processuais* (o juiz, o ministério público, o arguido, o defensor, a vitima, o assistente e as partes civis), ou seja aqueles que de forma ativa impulsionam o processo e o tramitam de modo a orientá-lo, e os *intervenientes processuais* (os órgãos de policia criminal, os peritos, os intérpretes,

entre outros), ou seja, entidades que embora intervenham no processo não o determinam por não lhes estarem atribuídos quaisquer poderes de jurisdição ou de direção.

Todavia, o que é efetivamente a investigação criminal? Como é que a inteligibilidade humana opera para a realizar? Que método lhe está associado? Que nível de racionalidade exprime? Que epistemologia para a prática da investigação criminal? Que fundamentos? Mergulharemos sobre o seu significado e a sua materialidade de modo a circunscrever o objeto, para de seguida procurarmos perscrutar-lhe parte do seu tronco epistemológico.

O PLANO CONCEPTUAL — INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Conforme referimos anteriormente, a questão da investigação criminal remete-nos invariavelmente para a problemática da necessidade de conhecer, mas de que forma? Enquanto atividade eminentemente policial, coadjuvante da autoridade judiciária, especializada, fundada em premissas de ordem jurídica e técnico-científica tem como objetivo coligir elementos (provas) de modo a aferir sobre a existência de um crime e determinar a identidade dos seus agentes, reconstruindo a ponte demonstrativa da ligação do ato ao seu autor. Nesse sentido, a investigação criminal liga-se inextricavelmente ao comportamento humano, ao indivíduo, à condição humana e à sociedade dos indivíduos. Encontra-se associada a um quadro axiológico e normativo dominante e de justiça, e à necessidade de conhecer e de validação do conhecimento produzido. Na aceção de Fernando Luso Soares «A investigação criminal coloca-se dentro do problema geral do homem, o problema do conhecimento (...) a faculdade de conhecer e o exercício de averiguar» (1953:10). No fundo: como conhecer? Que método? Que metodologias? Que técnicas e instrumentos? Que limites ao ato de conhecer?

Efetivamente, não obstante a diversidade dos tipos de crimes existentes no ordenamento jurídico, a investigação criminal no plano da lógica, impõe uma metodologia de base e central no desenvolvimento da investigação de qualquer caso, seja de que tipo de crime se trate. Fernando Luso Soares (1954) refere que o método da investigação criminal encontra-se alicerçado nos preceitos das ciências históricas e sociais, assente na observação, na colheita de dados, sua decomposição crítica, recomposição e reconstituição; sustenta pois que o ato de investigar se centra na aplicação da inteligência no sentido do

investigador colher os dados — a dimensão da observação — proceder à sua decomposição — a dimensão da análise — para finalmente proceder à sua recomposição explicativa — a dimensão da síntese — momento em que as partes adquirem sentido no processo de reconstrução do todo. Consiste, pois, num método que visa a localização dos indícios, ou dos vestígios que a prática do crime tenha produzido, reconhecendo-os enquanto tal, assim como a sua conservação, transporte e interpretação. Em suma, referimo-nos ao que Karl Zbinden (1957) referiu como sendo a teoria dos vestígios, a qual compreende fundamentalmente as fases da pesquisa, da conservação e da apreciação ou interpretação dos vestígios.

Indícios e vestígios são, pois, dois conceitos de extraordinária relevância para o desenvolvimento da dinâmica do método subjacente à realização da investigação criminal. Constituem-se nas evidências que nos conduzirão ao processo de reconstrução da fratura e no plano jurídico à visibilidade da verdade dos factos. Mas o que são uns e outros? Na aceção de Nicola Malatesta «O indício é aquele argumento probatório indirecto que deduz o desconhecido do conhecido por meio de relação de causalidade» (1927:208). Os vestígios, recorrendo às lições de Karl Zbinden, podem ser definidos como «modificações, físicas ou psíquicas, provocadas pela conduta humana de acção ou de omissão, que permitem tirar conclusões quanto ao acontecimento que as causou — ou seja o acto criminoso» (1957:69). São, portanto, conceitos que no plano da investigação criminal se fundem e que se traduzem no plano material em evidências, fragmentos, sinais produzidos e deixados pelo ato criminoso que ao serem identificados através da razão são sujeitos a uma operação interpretativa por correlação aos factos que se procuram esclarecer.

Em ambos os conceitos se depreende a necessidade de aplicação da lógica e do raciocínio de modo a estabelecer relações de causalidade, de suficiência ou de probabilidade entre elementos identificados como tendo sido produzidos em resultado da prática do crime. Recorrendo ao pensamento de Nicola Malatesta (1927) a força probatória do indicio ou do vestígio resulta do exercício da lógica do raciocínio sobre as relações estabelecidas entre as características do indicio, as causas das quais decorre e o fenómeno produzido. A prática da investigação criminal imprime, deste modo, a necessidade de um método que permita o exame aos indícios e aos vestígios recolhidos, a partir de um raciocínio lógico e sistemático que os relacione no sentido de permitir a elaboração de equações de verificabilidade (probabilidade) dos factos em investigação, que se materializam nas hipóteses de trabalho (investigação).

A meio do século XX, Fernando Luso Soares apresenta um esquema que se consubstancia num conjunto de 10 pontos a explorar na investigação criminal e que representam na sua aceção as linhas gerais através das quais se deve desenvolver o trabalho de procura e de análise de qualquer investigador para o esclarecimento de qualquer crime. Na opinião deste investigador da Polícia Judiciária devem ser tidos em conta na linha de investigação os seguintes elementos: «os *sujeitos activos* do crime, ou *agentes* do crime; a *vontade* dos sujeitos activos; os *sujeitos passivos* do crime, ou ofendidos *(vitimas);* o *objecto de incidência* do crime; o *tempo do crime;* o lugar do crime; o efeito do crime, ou *resultado;* o *instrumento* do crime; o *motivo determinante* do crime; o fim do crime» (1953:11). Cada elemento referido por este autor deve ser exaustivamente explorado através da busca de elementos conducentes à identificação de indícios e de vestígios produzidos pela ação criminosa, de modo que através de operações de lógica, tendo como base a razão humana, se possam produzir inferências que aventem hipóteses de trabalho tendo como objetivo a reconstituição da verdade através do estabelecimento da esclarecedora ponte entre o ato e o seu autor. Fernando Luso Soares enuncia as principais dimensões do que mais tarde se traduziria na questão fundamental à qual a investigação criminal procura dar resposta; identifica o quem, ou a dimensão dos agentes, quer ofensor, quer ofendido; a volição para o ato, ou o porquê; o quê, ou o resultado da ação, que se traduz no tipo de crime e nas circunstâncias do seu cometimento; e as dimensões de lugar e de tempo da ocorrência dos factos.

Mais tarde, já na década de 60 do século XX, Bento Garcia Domingues (1963), também investigador e docente da Polícia Judiciária, numa tentativa de definir o que poderemos entender como investigação criminal, refere que esta se constitui na dinâmica processual, ou seja, na técnica e tática do direito penal e processual penal. Em suma, este autor afirma que a investigação criminal constitui a *vida* e o *dinamismo* do formalismo penal e processual penal, concretizando-se através da estratégia definida para a investigação em concreto, e mediante a aplicação de técnicas específicas que operacionalizam as medidas previstas e admissíveis no âmbito penal e processual penal, aplicadas de forma tática, em tempo e modo criterioso, tendo como desiderato final a eficácia da investigação, ou seja, o pleno esclarecimento dos factos. Deste modo, a investigação criminal constitui-se no direito penal e no processo penal em ação, sendo que para a sua prossecução, importa prosseguir um caminho orientado pelas questões

centrais: o tempo do crime (quando); o lugar do crime (onde); o modo do crime (como); *a* natureza e o valor do objeto do crime (o quê); a indicação eventual de suspeitos (quem) e a razão da suspeita (porquê). Neste âmbito Karl Zbinden refere que para além dos quesitos enunciados, importa destacar em particular o plano motivacional (porquê) da prática do crime, «qual o motivo que se verifica?», e «quem podia ter esse motivo?», sendo que, por se tratar de uma investigação fundada numa lógica de causalidade de probabilidade relativa, impõe-se que se questione que para além de determinado agente que possa ser tido como potencial suspeito, que se questione «que outra pessoa podia ter tido motivos para cometer o acto?» (1957:191).

Mais recentemente, e no plano normativo o conceito de investigação criminal encontra-se fixo no âmbito da produção legislativa (Lei n.º 49/2008 de 27 de agosto), definindo-se como um conjunto de diligências, realizadas nos termos da lei processual penal, destinando-se fundamentalmente a averiguar a existência de um crime; a determinar os seus agentes e a sua responsabilidade; e a descobrir e recolher provas. Todavia subjacente ao desiderato do conceito normativo existe toda uma racionalidade para o alcançar que importa explorar, sendo que esse será o nosso objeto após abordarmos de forma sumária o conceito de criminalística, enquanto dimensão eminentemente técnica na localização, reconhecimento e recolha de vestígios.

O PLANO CONCEPTUAL — CRIMINALÍSTICA

O conceito de criminalística centra-se fundamentalmente na aplicação de determinados conhecimentos e técnicas na atividade da investigação criminal com o objetivo de proceder ao reconhecimento e interpretação de indícios ou vestígios produzidos pela ação delituosa, e no assegurar da integridade da cadeia de custódia da prova. Assenta no princípio das trocas de Edmond Locard (1925) segundo o qual todo o contacto deixa um traço (vestígio), pressupondo como tal que todo o comportamento delituoso tende a deixar um sinal do autor e que este tende a levar consigo algo do contexto onde ocorreu o crime.

Na primeira metade do século XX, sob a égide do 1.º Congresso Nacional de Policia Técnica, em São Paulo — Brasil, a criminalística foi definida como sendo a «disciplina que tem por objectivo o reconhecimento e interpretação dos indícios materiais extrínsecos, relativos ao crime ou à identidade do criminoso» (1950:260), ressalvando, do domínio da criminalística, o que se entendia como sendo atividade

exclusiva da Medicina Legal, como são os casos dos exames a pessoas ou a cadáveres. Astolfo Tavares Paes, no referido Congresso, refere que na sua perspetiva a «criminalística é a aplicação de qualquer ciência ou técnica à pesquisa e à interpretação de indícios materiais relativos a crime, evidente ou hipotético, e, no caso de configuração da sua ocorrência, à identidade de quem dele tenha participado.» (1950:266). A criminalística envolve, pois, o conhecimento, os meios e as técnicas de produção de prova objetiva, materializando tal atividade no processo de busca, recolha e preservação, estudo e interpretação dos vestígios produzidos pelo crime, através de critérios, técnicas e processos validados cientificamente que visam acautelar a integridade de todo o ciclo da cadeia da custódia da prova.

À semelhança do que ocorre no processo global da investigação criminal, também a criminalística possui autonomia no modo de aquisição do conhecimento factual decorrente do processo da inspeção dos lugares onde ocorreu o crime. Karl Zbinden no âmbito da construção do conceito de criminalística, articula a dimensão da técnica com a dimensão da tática, referindo que, enquanto a «técnica criminalística tem por objecto os meios de esclarecer os actos criminosos», a «táctica criminalística parte das possibilidades oferecidas pela técnica criminalística. Pode definir-se como a ciência de aplicação dos métodos de investigação mais convenientes, sob o ponto de vista técnico, psicológico e processual.» (1957:193). Nesta posição, Karl Zbiden quase que funde ambos os conceitos (investigação criminal/criminalística), tornando-os um só.

Todavia a criminalística tende a confinar-se à dimensão a partir da qual se procura transmitir à investigação criminal a realidade factual objetivamente observada pelo sujeito observador, localizando, identificando, sinalizando, interpretando no local, recolhendo, assegurando a cadeia da custódia da prova até à perícia, esta última já realizada em contexto laboratorial de Polícia Científica ou num âmbito mais alargado das Ciências Forenses; o desenvolvimento destas últimas é operacionalizado no âmbito da aplicação da criminalística. É a criminalística que serve a matéria-prima e assegura a sua integridade e potencial probatório aos processos laboratoriais que visam a realização de perícias ou interpretações sob critérios científicos, técnicos ou artísticos. Existem autores, como James Gilbert (2001), que consideram a criminalística de forma mais genérica, tomando-a como sinónimo de ciência forense, atendendo a que no plano atual a criminalística lança mão do conhecimento de várias ciências e artes tendo como objetivo a deteção do crime — dos seus vestígios. Para outros, como Jesus

Sanchez, a criminalística constitui-se, à semelhança de outras áreas do conhecimento, num ponto de interceção do saber produzido por vários domínios das ciências. É referida como sendo uma «ciência multidisciplinar que forma parte de la investigación criminal y que, usando una metodologia variable, dada por cada rama que la compone, intenta llegar a la resolución objetiva de las cuestiones que se le plantean en la investigación de un delito» (2009:28). Jesus Sanchez posiciona deste modo a criminalística enquanto dimensão de aplicação de determinadas metodologias e técnicas, de âmbito científico, cujo objetivo visa o apuramento e o processamento dos vestígios produzidos pela conduta delinquente, atualmente, quer em ambiente físico, quer em ambiente digital.

Deste modo, a criminalística posiciona-se enquanto disciplina central no complexo da investigação criminal, estando-lhe subjacentes fatores que a identificam, orientam e a credibilizam no rigor da técnica e da ciência. Em suma, a criminalística é uma atividade orientada para a identificação de vestígios, para a necessidade de *individualização* por relação à origem e à causa que os provocou. A *individualização* significa *classificação*, segundo grupos de classe de pertença com o objetivo de se proceder a uma *identificação*, por comparação e *associação* ao objeto produtor. É nesse âmbito, uma atividade alicerçada no princípio do *intercâmbio*, que se define através do princípio das trocas ou da *transferência* no local do crime e na vítima e no principio da *universalidade*, que se traduz pela capacidade de demonstrabilidade mediante o apuramento das condições de verificabilidade científica de todo o processo de intervenção.

Efetivamente, constituindo a classificação, a individualização, a identificação, a associação, o intercâmbio, a transferência e a universalidade princípios da criminalística, os produtos desta disciplina da investigação criminal tendem a ser sustentados por relatórios técnicos, objetivos e imparciais nos quais devem estar espelhados os princípios que subjazem à sua tecnicidade e à sua sustentabilidade científica.

SÍNTESE DO PLANO CONCEPTUAL

Constituindo a investigação criminal uma atividade complexa e englobante de todo o processo de apuramento da existência de crime, de identificação e processamento dos vestígios produzidos pela ação criminosa, assim como de determinação da identidade do agente e o seu grau de responsabilidade na produção da fratura normativa, seguindo a esteira de Karl Zbinden (1957), a atividade de investigação

e a aplicação das técnicas da criminalística devem seguir escrupulosamente o trilho condutor das sete «perguntas douradas da criminalística» e da investigação criminal que se traduzem, por:

a) *quem*, por relação à «identificação dos ofendidos, das testemunhas, do autor do acto»;
b) *o quê*, para a «espécie do acto criminoso»;
c) *onde*, indicando a «descrição exata do local do facto»;
d) *com quê*, objetivando a identificação dos elementos instrumentais do delito, com a «designação dos instrumentos do crime»;
e) *porquê*, dirigindo-se ao indicativo da volição ou da motivação e como tal para o móbil do crime, com a «indicação dos motivos»;
f) *como*, referindo-se à forma de atuar ou ao *modus operandi* utilizado no «decurso do ato»; e
g) *quando*, remetendo para a dimensão mensurável do tempo e como tal do «momento; *a)* do ato; *b)* de todas as verificações» (1957:115).

Deste modo, poderemos sustentar que a criminalística se funde na investigação criminal, enquanto conjunto de técnicas alicerçadas nos produtos da ciência e a investigação criminal na criminalística, enquanto sistema e método onde os indícios do processo reconstrutivo do facto fragmentado vão adquirindo paulatinamente sentido e significado.

Tendo sido explorado no plano conceptual os dois conceitos e estando definido que contemporaneamente a investigação criminal se define por um conjunto de atividades que decorrem no âmbito processual penal e que visam: averiguar a existência de um crime; determinar os seus agentes e a sua responsabilidade; importando para tal descobrir e recolher provas. Que método se encontra subjacente à sua prática? Que potencialidades e limites? Que racionalidade encerra e condiciona a investigação criminal?

O MÉTODO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A atividade de investigação criminal assenta num método composto por uma dimensão jurídica que delimita a ação do investigador, prevendo mecanismos de suspensão temporária de direitos, liberdades e

garantias por relação à ponderação no plano da casuística, avaliando da necessidade, da proporcionalidade e da adequação sobre medidas constritoras sobre os direitos do visado da ação da justiça. A partir da referida avaliação e do seu resultado, intervém uma dimensão racional que operacionaliza, de forma lógica e estratégica o pensamento, produzindo o desenvolvimento de uma sucessão de ações investigatórias (diligências), quer de âmbito técnico, quer tático, tendo em vista a aplicação de meios de obtenção da prova que visam possibilitar o acesso aos meios de prova que possibilitarão o exercício da reconstituição dos factos e a sua demonstrabilidade por relação à autoria e ao nível de responsabilidade da ação criminosa.

É, pois, uma atividade com limites de âmbito axiológico por referência à estrutura normativa, na qual subsistem atores com estatutos específicos, por referência ao posicionamento e às atribuições funcionais que desempenham, num sistema em rede composto por mecanismos que são acionados tendo em vista o apuramento da verdade, mas na estrita dependência da legalidade e como já referimos, da necessidade, da adequabilidade e da proporcionalidade. Desenvolve-se numa lógica e no âmbito de um processo que se encontra organizado por relação ao posicionamento e às atribuições dos diversos atores processuais e à racionalidade das noções relativas de tempo e espaço, sobre as quais as ações se concretizam. O processo penal encontra-se, no seu todo, atravessado por uma temporalidade normativizada; por uma dimensão construída de tempo e de espaço, racionalizáveis por relação ao axiologicamente admissível e como tal à gravidade dos factos.

Desse modo, o método da investigação criminal encontra-se parametrizado sobre o plano das prescrições constitucionais e de uma forma mais operativa, no âmbito penal e processual penal, construído por referência aos valores inalienáveis sobre os quais se ergue e assenta o modelo de sociedade, no caso da sociedade portuguesa alicerçada nos direitos, liberdades e garantias representativas do primado da dignidade do individuo, mas também no plano da razão e como tal da lógica e dos produtos da ciência aplicada.

Conforme referimos anteriormente, tem como objetivo central estabelecer se determinada suspeita de crime se confirma, averiguando para o efeito se trata de crime (facto típico; ilícito; culposo e punível). Confirmando-se a existência de crime, importa nos limites impostos pela lei de processo penal, desenvolver um conjunto de esforços materializados em diligências que visam identificar os seus autores e cúmplices; localizá-los; recolher elementos de prova; e estabelecer o nexo

de causalidade entre o agente/a ação/e o resultado. É neste sentido, e na aceção de Ferreira Antunes (1984), uma atividade sustentada por regras, materializadas no ordenamento jurídico, em particular as leis processuais penais e as leis penais, e por orientações consubstanciadas em procedimentos técnicos na localização, recolha, tratamento e análise dos elementos indiciários; em procedimentos de âmbito operacional para a realização de determinadas diligências (ex.: buscas; detenções; etc.) e procedimentos relativos a protocolos técnico-científicos subjacentes à criminalística. Para além da definição primária da linha estratégica a seguir tem como objetivo fundamental o estabelecimento da legalidade e da validade da prova e como tal da preservação da cadeia da custódia da prova, obtida no âmbito das várias dimensões da ação investigatória.

A ESTRUTURA DIMENSIONAL DA PRÁTICA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Recorrendo às reflexões de Ferreira Antunes (1984), no plano estrutural a atividade da investigação criminal é constituída por três dimensões que se entrecruzam e se articulam permanentemente (o autor refere que se tratam das «ferramentas do investigador criminal»), identificando-as como sendo: a informação; a interrogação; e a instrumentação. Embora distintas no desenvolvimento da atividade, na prática as mesmas concorrem para o mesmo objetivo — o apuramento da verdade material dos factos — sendo por isso interativas e concomitantes.

A dimensão da informação remete a sua definição para o domínio das fontes e por consequência para a especificidade da origem e do tipo; Ferreira Antunes distingue a «informação obtida a partir de fontes regulares» (1984:6) (através da queixa ou da denúncia, da notícia da ocorrência de crime, de testemunhas, sistemas de informação, etc.) da «informação obtida a partir de fontes estimuladas ou cultivadas» (1984:6) (informantes privilegiados — delinquentes; profissionais de meios e contextos marginais; etc.). É uma dimensão que se destina fundamentalmente a responder à questão fundamental: Quem fez o Quê?

As fontes regulares são aquelas que decorrem, em regra, do contato do cidadão com os sistemas policial e de justiça, de fontes abertas, como os órgãos de comunicação social, o ciberespaço ou fóruns públicos e determinadas bases de dados livremente acessíveis ou de

acesso condicionado. São por isso fontes prolixas em informação, ora da denúncia da prática de um crime, ora do resultado da exposição pública de um facto, ora do acesso a determinado dado ou informação complementar, sequente à tomada de conhecimento da ocorrência de crime.

As fontes estimuladas ou cultivadas remetem para uma dimensão mais diferenciada do processo de recolha de informação. Resultam em regra do contato de um agente policial com alguém que detém um conhecimento privilegiado e especifico sobre determinado acontecimento ou determinado meio onde a informação sobre o acontecimento ocorreu ou irá ocorrer. Designam-se deste modo, pois as mesmas resultam da abordagem proactiva da polícia face a determinados meios e indivíduos que detêm informação privilegiada; resultam, pois, de uma relação de *confiança mútua*, em permanente aferição, que apenas se consegue com investimento ao longo do tempo. É o domínio das categorias que vulgarmente se designa de *informadores*, *arrependidos, encobertos*, entre outras adjetivações por relação à motivação que esses atores detêm. Cada um dos referidos comporta uma especificidade própria, por relação ao posicionamento que ocupam no meio criminal, no processo de investigação criminal e no estatuto que detêm no processo penal. Com qualquer um dos referidos atores a abordagem da investigação criminal deve ter em linha de conta, num primeiro plano, a motivação do sujeito e o quadro compensatório que ambiciona, devendo proceder-se à avaliação do nível de credibilidade e da fiabilidade do interlocutor, e em segundo plano, a necessidade imperiosa de assegurar o anonimato e a segurança do individuo. São fontes de extraordinária importância na investigação criminal de qualquer tipo de crime, de particular relevância na investigação da criminalidade organizada pela sua complexidade e opacidade e na investigação da criminalidade grave, pela possibilidade de acelerar a investigação e de permitir que o processo de recolha da prova se efetue de forma mais direcionado, e como tal contribuindo para o esclarecimento dos factos e o desmantelamento das estruturas criminosas.

A dimensão da interrogação encontra-se no domínio da prova pessoal e remete-nos por consequência para as técnicas da entrevista e do interrogatório; é claramente a dimensão por excelência da interação entre o investigador criminal e os diversos sujeitos que cruzam o processo. É por isso uma dimensão em que domina por inteiro a condição humana, na sua diversidade e nos seus mais diversos quadrantes de existência e de expressividade. É uma área de intervenção que

depende do nível de informação prévia que o investigador tem sobre o caso em concreto e do conhecimento sobre as características do sujeito. Como refere Ferreira Antunes (1984) é uma dimensão que remete para a eficácia do ato (de inquirir ou interrogar), o qual depende em regra quer do nível e seleção de informação a utilizar e a ter por base, quer do domínio da técnica de entrevistar/interrogar, quer da lógica e dos conhecimentos com que se conduz o ato; depende assim fundamentalmente dos requisitos pessoais e técnicos do investigador. Desse modo, o investigador deve ter uma boa formação e treino para o ato de entrevistar e de interrogar, o qual impõe claramente formação na área das ciências sociais e humanas, de modo a saber gerir de forma cirúrgica a informação que vai cedendo enquanto estímulo motivador para a recuperação da potencial informação que o sujeito detém e que interessa para a prossecução da investigação. Para tal importa saber utilizar de forma conveniente a proxémica e a expressividade não verbal, de modo a complementar quer a estratégia de interação, quer a informação que o sujeito vai transmitindo de forma verbal. A interrogação sendo por excelência a dimensão que decorre da capacidade de inteligibilidade e da memória do sujeito, assim como do seu posicionamento e da sua estratégia face aos factos, revela-se muitas das vezes de extraordinária fragilidade, devendo, pois, sempre que possível ser complementada com outros meios de prova que corroborem ou infirmem a versão que é transmitida quer pela testemunha, quer pelo potencial arguido.

A dimensão da instrumentação constitui o domínio da prova material e por consequência, na aceção de Ferreira Antunes, da aplicação de «instrumentos e métodos das ciências na detecção do crime» (1984:8); é, pois, a dimensão por excelência da criminalística, da tecnologia e das operações. Remete para os métodos, as técnicas e para a aplicação de instrumentos ao longo de todo o processo da investigação criminal, quer no plano operacional (seguimentos e vigilâncias, nas buscas, nas detenções, etc.), quer no plano da inspeção judiciária e da criminalística (identificação e preservação da cadeia da custódia da prova), quer no plano da *intelligence* (recurso a sistemas de informação; instrumentos de análise de informação). A instrumentação é a dimensão onde os produtos das diversas áreas científicas tendem a aplicar-se à investigação criminal. Com um crescente pendor tecnológico, o seu manuseamento requer especialização e atualização face à inovação que o desenvolvimento da ciência proporciona nas mais diversas áreas da vida social, e em particular na investigação criminal. A instrumentação na

atualidade impõe sobre o investigador criminal uma exigente capacidade de se manter atualizado, não no sentido do saber fazer ou operar com os instrumentos, mas pela sua especificidade e complexidade e adequabilidade, assim como pela necessidade de interpretar os resultados que decorrem da sua aplicação de modo a integrá-los no processo de reconstrução dos factos. Só desse modo, o investigador possui capacidade de avaliação no sentido de decidir pela escolha (ou pela formulação de proposta) sobre os meios mais adequados (tendo em conta a relação entre especificidade de cada meio, técnica ou instrumento e o objeto) a aplicar a cada momento e em determinada situação.

Em suma a investigação criminal tende a percorrer as dimensões da informação, da interrogação e da instrumentação numa dinâmica permanente, atravessando e entrecruzando as diversas dimensões, tendo como objetivo a recolha de informação, a identificação de indícios/vestígios que possam ser valorados como prova, de modo a poder-se construir a ponte fundamental através da demonstrabilidade da relação probabilística entre o facto e o seu agente, e o consequente grau de desvalor da ação. A forma como o investigador *viaja* por entre as referidas dimensões depende do processo de recolha de informação, do seu valor, nível de inteligibilidade e potencial de corelacionamento, assim como da oportunidade, e como tal da enunciação da estratégia condutora da ação investigatória, decorrente do questionamento inevitável de *Quem* fez (ou se prepara para concretizar) [autoria] o *Quê* [infração], *Onde* [espaço], *Quando* [tempo], *Como* [*modus operandi*] e *Porquê* [móbil].

O MECANISMO INTELECTUAL DE FUNCIONAMENTO DO MÉTODO

A dinâmica intelectual subjacente à investigação criminal funda-se no racionalismo cartesiano — nas regras *para o método* aplicado à investigação criminal. As quatro regras do método cartesiano encontram-se presentes de forma permanente no processo de produção do conhecimento pelo que poderemos adaptá-las ao labor desenvolvido em sede de investigação criminal. Efetivamente, a dúvida, a ponderação associada ao processo analítico dos indícios e o recurso a hipóteses de trabalho, sujeitas a constante prova, constituem elementos fundamentais no pensamento cartesiano, e também no labor da investigação criminal.

Revisitando o legado de René Descartes:

1.ª regra: «nunca aceitar como verdadeira qualquer cousa sem a conhecer evidentemente como tal; isto é, evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção; não incluir nos meus juízos nada que se não apresentasse tão clara e tão distintamente ao meu espirito que não tivesse nenhuma ocasião para o pôr em duvida.»

2.ª regra: «dividir cada uma das dificuldades que tivesse de abordar no maior número possível de parcelas que fossem necessárias para melhor as resolver.»

3.ª regra: «conduzir por ordem os meus pensamentos, começando pelos objectos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir pouco a pouco, gradualmente, até ao conhecimento dos mais compostos, e admitindo mesmo certa ordem entre aqueles que não se prendem naturalmente uns aos outros.»

4.ª regra: «fazer sempre enumerações tão completas e revisões tão gerais que tivesse a certeza de nada omitir.» (Descartes, 1990[1637]:17-18).

O raciocínio lógico, traduz-se num encadeado de decisões intelectuais assentes, na aceção cartesiana, em procedimentos gerais do espírito, mas que fundamentalmente se estribam num processo fundado na dúvida sobre a qual deve ser despoletado um processo de observação, análise, decomposição, correlação e enunciação de sínteses, com potencial para formular hipóteses de trabalho ou linhas investigatórias sobre as quais se equacionará uma estratégia de desenvolvimento de diligências, operacionalizada através da escolha dos meios adequados ao processo específico de recolha de informação e da produção de prova para determinado caso em concreto. É, pois, um processo de trabalho de pesquisa, dominado pela lógica indutiva sobre os objetos de análise. A partir da análise dos indícios resultantes da prática do crime, procura-se reconstruir o todo, ou seja, toda a ação que conduziu à alteração do facto. E é no processo e no resultado de sucessivas induções que o processo de correlação possibilita o recurso à lógica dedutiva, no sentido de se deduzir o desconhecido a partir do conhecido, associando ao processo mental de reconstrução a memória de outras experiências, e como tal, conhecimento, que funciona como base para se produzirem considerações por analogia (comparação). Todavia, a investigação criminal não é só composta por racionalidade e lógica; sendo uma atividade que se debruça sobre o comportamento humano, importa tomar em linha de conta a intuição do

investigador criminal, que se traduz na combinação complexa e espontânea constituída pela motivação, sensibilidade e conhecimento a qual se materializa no plano mental do investigador em rasgos de criatividade e de inteligibilidade sobre determinados factos.

A DIMENSÃO ESTRITAMENTE RACIONAL

O método da investigação criminal visa recolher informação gerada e decorrente pelo comportamento delinquente, nas diversas dimensões que atravessam e compõem a ação ou a atividade criminosa, tendo como referência os limites impostos pela lei processual penal. Procede-se à localização e à recolha de indícios e à concomitante avaliação dos mesmos procurando o potencial interpretativo que encerram, de modo a concorrerem para o exercício de reconstrução do facto fraturado, assim como para o estabelecimento do nexo causal entre os factos e o seu autor. Para tal impõe-se que se efetue uma ordenação lógica dos indícios com base no processo reconstrutivo (da ação que conduziu ao facto) — no tempo e no espaço, e no ímpeto motivacional; é assim, um processo de reconstrução do resultado ocorrido, ou de monitorização de uma sucessão de eventos que visam a preparação da sua ocorrência, no sentido de permitir responder às questões nucleares da investigação criminal. Todavia o processo de interpretação daquilo que a investigação localiza e identifica como potencial dado informacional — classificado no plano conceptual como indício, vestígio, e cujo objetivo é que possa deter força probatória — é dominado pela razão; por uma racionalidade centrada em operações de análise cujo fim é a descodificação do dado e como tal a sua interpretação.

A análise na investigação criminal remete-nos para a problemática dos indícios/dos vestígios — e do seu caráter disperso e fragmentário, assim como da consequente leitura parcelar e incompleta que invariavelmente nos proporcionam sobre os factos ocorridos através da interpretação dos fragmentos do que ficou; referimo-nos ao desafio interpretativo do dado em si, no sentido de o conhecer, quanto ao tipo e de onde decorre, de modo a descobrir o seu potencial de correlação com outros dados. Tal ocorre mediante uma operação de decomposição/desconstrução dos mesmos, desenvolvendo-se de forma rigorosa e sistemática a partir de uma estrutura lógica, que se funda na dúvida e na aplicação das seis questões-chave da investigação criminal a cada elemento a conhecer, renovando-se sucessivamente até alcançar o nível

de esclarecimento que se pretende. Sendo uma operação dominada pela razão, suportada pela ciência e pela técnica aplicada, o exercício de análise dos dados deve ser neutro, imparcial e isento de ideias preconcebidas ou de preconceitos. Todavia, a análise do dado não deve ser efetuada de forma hermética, descontextualizada e sem possibilidade de se conectar a outros dados que o poderão explicar.

Do produto da análise de um conjunto de dados, impõe-se que se procure elementos de correlação entre os mesmos, de modo a que o puzzle que se procura construir vá revelando a imagem fraturada nas peças dispersas que o compõem. Efetivamente a produção de conhecimento e o processo de «reconstituição do acto criminoso não se basta com a análise, mas exige uma malha cada vez mais apertada de correlações.» (Antunes, 1984:32). Procura-se no processo de correlação do dado descodificado, através de uma relação binária, a condição de dependência, de complementaridade, e de reciprocidade/relação. Procura-se através de um processo de confrontação e interpretação de elementos que identificam e fazem ser os dados, providos assim de identidade e inteligibilidade por ligação àquilo que são e de onde decorrem, uma relação que poderá revelar-se ora de concordância (a articulação entre os elementos acrescenta esclarecimento aos factos), de discordância (a articulação entre elementos não concorre para o esclarecimento), ou de indeterminação (ou seja a articulação entre elementos necessita de maior clarificação). A quantidade e a qualidade das correlações estabelecidas revelar-se-ão determinantes na determinação do grau de plausibilidade da suspeita e da qualificação do valor da hipótese a equacionar na fase da síntese e dessa dependerá a orientação e a estratégia da investigação — o caminho a trilhar no sentido do esclarecimento dos factos.

Das sucessivas operações de análise ao processo de correlação entre dados, procura-se determinar o tipo de relação e o grau de plausibilidade que poderá existir entre os elementos objeto da operação intelectual, tendo como objetivo aferir o grau de probabilidade na relação de causalidade entre os mesmos. Importa sublinhar que as operações de análise e de correlação, em investigação criminal, utilizam de forma frequente a lógica indutiva, no sentido de determinar a definição daquilo que se desconhece a partir do dado conhecido. O desenvolvimento das operações de correlação resulta na elaboração de uma síntese desse processo que em regra se materializa na construção de hipóteses de trabalho. A síntese é a fase decorrente do complexo operativo de reagrupamento e interpretação das correlações, no sentido de conceber unidade,

inteligibilidade e significado a todo o processo desenvolvido pela lógica e pela razão; processa-se ao reagrupamento e interpretação dos elementos concordantes, discordantes e indeterminados que foram processados no decurso das fases de análise e de correlação, no sentido de conceber cenários, quadros situacionais, hipóteses de trabalho e tomar decisões que permitirão definir uma estratégica de desenvolvimento e de progresso da investigação. Aos poucos procede-se à reconstrução dos factos, através da descoberta, recolha de elementos e sua interpretação, que no limite poderão revelar-se como prova dos factos — permitindo assim a sua demonstrabilidade.

Da aplicação da lógica e da razão ao método científico existem autores que remetem o método utilizado na investigação criminal para a dimensão da ciência. James Gilbert (2001) refere que o método da investigação criminal se funda na aplicação do método científico à necessidade de conhecer o processo do delito. Na opinião deste autor o método tende a ser constituído por cinco níveis: (1) a enunciação do problema (com a definição do objeto; a identificação do suspeito; sua localização; detenção; e recuperação de tipos de prova); (2) a elaboração da hipótese (produto do conhecimento recolhido; do motivo; e dos meios identificados); (3) observação e experimentação (através da avaliação dos resultados da hipótese); (4) interpretação dos dados (a inteligibilidade dos resultados das observações e das experimentações); (5) e a elaboração de conclusões (o problema enunciado foi resolvido? as provas sustentam a hipótese? cada fase da investigação encontra-se conforme a legalidade? a interpretação dos dados sustenta a recomendação para uma acusação?).

A tentativa de decalque do método científico para a estrutura e a dinâmica da investigação criminal não nos parece ser exata na medida em que não obstante o domínio da racionalidade e da lógica no raciocínio da investigação criminal, esta não se traduz por ser uma ciência, mas sim um complexo que se exprime enquanto atividade e processo de descoberta, não de conhecimento cientifico, mas onde as diversas disciplinas da ciência aplicada tendem a desempenhar uma função essencial na produção de inteligibilidade, e na demonstrabilidade do potencial probatório sobre os factos na sua relação com o comportamento humano. A complexidade do pensamento na investigação criminal encerra, pois, uma paradoxal combinação de razão, lógica, ciência, mas também de intuição, a qual funciona como um subproduto da lógica dedutiva que permite deduzir hipóteses sobre o desconhecido a partir do que previamente se vai conhecendo.

OS NÍVEIS DE RACIOCÍNIO

As dimensões da informação, da interrogação e da instrumentação, assim como os elementos de inteligibilidade da racionalidade e da lógica, subjacentes ao método da investigação criminal, tendem a operar em três níveis de raciocínio. Referimo-nos, na esteira de Ferreira Antunes (1984), à articulação entre o jurídico, o histórico e o operacional no processo de reconstrução do facto, referidos como os 3R's (os três raciocínios).

A procura da delimitação jurídica do facto típico, e a intervenção processual-penal sobre o mesmo remete-nos para o desenvolvimento do raciocínio jurídico. Por outro lado, a necessidade de enquadramento e de explicitação do contexto do facto, assim como da ação dos diversos intervenientes no mesmo, remete-nos para a dimensão espácio-temporal do facto e da ação, impondo por isso o desenvolvimento do raciocínio histórico. Porque a ação investigatória impõe uma linha estratégica de ação e de prosseguimento na busca incessante de novos elementos que contribuam para o cabal esclarecimento do facto, a escolha da técnica e da tática adequada à especificidade de cada momento investigatório, remete-nos para o desenvolvimento do raciocínio operacional.

O processo de reconstrução do facto é assim, neste sentido, atravessado por três tipos de raciocínio (jurídico/histórico/operacional), os quais visam, de forma articulada e concomitante, dar resposta, através dos elementos da inteligibilidade, da racionalidade e da lógica, às questões sobre o *quê* (crime), por *quem* (sujeito), *onde* (espaço), *quando* (tempo), *como* (modo de agir), e *porquê* (motivo), as quais emanam da ação e do facto fraturado.

SÍNTESE CONCLUSIVA

O presente artigo constitui-se na revisão de um texto que publicámos em 2017 e ao qual atribuímos o titulo «Epistemologia para a prática da investigação criminal», no qual procurámos discutir de forma critica, no plano filosófico, os fundamentos que estribam essa atividade fundamental para a realização da justiça penal.

A investigação criminal define-se como sendo uma atividade ou um processo oficial, mediante o qual se procura estabelecer a ponte entre a ação delituosa e o seu autor, com a identificação/localização/e interpretação de elementos probatórios que possam contribuir para o estabelecimento da relação causal entre as referidas margens. É uma

atividade parametrizada pelos direitos penal e processual penal, fundada nas raízes constitucionais e por isso profundamente axiológica e desenvolvida a partir de critérios racionais, onde se entrecruzam os saberes e os produtos da aplicação de várias disciplinas fundadas nos cânones da ciência e de outras dimensões do conhecimento.

Elementos estruturantes da teoria do conhecimento aplicada à investigação criminal

Questões fundamentais	Dimensões da investigação criminal	Operadores de inteligibilidade	Raciocínios
O Quê	Informação	Identificação / Localização	Juridico
Quem		Análise	
Onde	Interrogação	Correlação	Histórico
Quando		Sintese	
Como	Instrumentação	Indução	Operacional
Porquê		Dedução	
		Analogia	
		Intuição	

Neste sentido, procurámos discorrer pelos vários elementos estruturantes da teoria do conhecimento aplicada à investigação criminal, expondo-os e explicando de que forma os mesmos se articulam na produção de conhecimento (probabilístico), de modo a ser possível proceder-se ao processo de reconstrução do facto e da ação e do apuramento do grau de desvalor desta.

O processo subjacente à identificação, localização e interpretação dos indícios que vão sendo recuperados, quais peças de um puzzle inacabado, deve ser conduzido de modo a poder ser escrutinado e a inteligibilidade produzida sujeita a exigências de verificabilidade e demonstrabilidade.

Efetivamente a investigação criminal, não obstante ser uma atividade que opera sobre a expressão limite do comportamento humano — a transgressão penal — impõe uma disciplina e um rigor na ação investigatória muito similar à exigida na produção de ciência; racionalidade e lógica, exaustividade no registo de todos os atos, seguindo o desenvolvimento de uma estratégia prévia, mas dinâmica, decorrente da interpretação dos elementos que vão sendo apurados, entrecruzam-se com a intuição do investigador, ela própria já um produto do conhecimento adquirido e da lógica dedutiva. O rigor de toda a

ação funda-se na necessidade de assegurar, ao longo de todo o processo, a integridade da cadeia da custódia da prova, assim como a interpretação objetiva e imparcial dos elementos que vão sendo apurados e que paulatinamente poderão clarificar o quadro incompleto do facto fraturado pela conduta delinquente.

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Manuel; *Técnicas de investigação criminal* Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, N.º 338 (julho 1984), p. 7-44.

ANTUNES, Manuel; *Banditismo. Criminalidade violenta. Terrorismo. Investigação criminal e método. Aspectos criminológicos. Aspectos legais*, Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, V. 322 (janeiro 1983), p. 79-139.

ANTUNES, Manuel; *Investigação criminal: uma perspectiva introdutória*, Polícia e Justiça, Loures, N.º 0 (outubro 1985), p. 4-8.

DESCARTES, René; *Discurso do Método*, Livraria Sá da Costa Editora, Lisboa, 16.ª edição, 1990 [1637].

DOMINGUES, Bento G.; *Investigação criminal: técnica e táctica nos crimes contra as pessoas*, Lisboa: [s.n.], 1963 (Lisboa: Tip. Escola da Cadeia Penitenciária de Lisboa).

DOMINGUES, Bento G.; *Investigação criminal: técnica e táctica nos crimes contra a propriedade*, II parte, Lisboa: [s.n.], 1965 (Lisboa: Tip. Escola da Cadeia Penitenciária de Lisboa).

GILBERT, James N.; *Criminal investigation*, — 5th ed. — New Jersey : Prentice Hall, 2001, ISBN 0-13-085206-6.

LEAL, José; *Epistemologia para a prática da investigação criminal*, *in* Estudos Comemorativos dos 20 Anos da FDUP, vol. I, organização Helena Mota e outros, Edições Almedina, ISBN 978-972-40-7318-7, novembro de 2017, pp. 815-836.

LOCARD, Edmond; *L'enquête criminelle et les méthodes scientifiques*, Paris: Ernest Flammarion, 1925.

MALATESTA, Nicola; *A Lógica das provas em matérias criminal*, Lisboa, 1927, Livraria Clássica Editora.

PAES, Astolfo T.; *in* Primeiro Congresso Nacional de Polícia Técnica Brasil — 1947, São Paulo, Brasil, Tipografia do Departamento de Investigações, 1950.

SÁNCHEZ, Jesús I. F.; *Investigación criminal: una visión innovadora y multidisciplinar del delito*, Barcelona : Bosch, 2009.

SOARES, Fernando L.; *Linha metodológica da Investigação Criminal*, *in* Investigação, Revista Mensal de Ciência e Literatura Policial, setembro 1953, p. 9-17.

SOARES, Fernando L.; *A Inteligência como meio de Investigar*, *in* Investigação, Revista Mensal de Ciência e Literatura Policial, fevereiro 1954, p. 27-34.

ZBINDEN, Karl; *Criminalística: investigação criminal* — Lisboa: [s.n.], 1957 (Lisboa: Tip. da Escola da Cadeia Penitenciária).

DOLO SEM REPRESENTAÇÃO?

UM CONTRIBUTO PARA A DEFINIÇÃO DOS LIMITES DA NORMATIVIZAÇÃO A PARTIR DA CONCEÇÃO DO "DOLO COMO INDIFERENÇA" DE GÜNTHER JAKOBS

José Menezes Sanhudo *

Resumo: o autor aborda o problema dos limites da normativização do elemento intelectual do dolo, a partir da conceção do "dolo como indiferença" de GÜNTHER JAKOBS.

Abstract: the author addresses the issue of the limits of the normativization of the intellectual element of intent, considering the concept of "intent as indifference" by GÜNTHER JAKOBS.

Palavras-chave: dolo; erro; normativização.

Keywords: intent; mistake; normativization.

"[j]eder Vorsatz hat eine intellektuelle Seite […] Die intellektuelle Seite enthält die aktuelle Kenntnis aller objektiven Tatumstände des gesetzlichen Tatbestands. Es genügt nicht, daß der Täter die Tatumstände nur potentiell kannte, d. h. sie in sein Bewußtsein heben konnte" [1].

(H. WELZEL)

* Doutorando em Direito na FDUP; Investigador do CIJ. É devido um especial agradecimento ao Sr. Professor Doutor António Manuel de Almeida Costa pela troca de ideias, pelas sugestões que muito enriqueceram o presente estudo e ainda por nos ter facultado amavelmente um texto da sua autoria (à data, ainda não publicado) que se revelou da maior importância para as conclusões aqui atingidas.

[1] WELZEL, 1969, p. 65 (itálico nosso).

1. INTRODUÇÃO

É propósito primacial do presente estudo apresentar um modesto contributo para a definição dos limites de uma normativização do dolo do ilícito-típico, sob o prisma de uma particular proposta sustentada por Jakobs.

Alguma doutrina tem vindo a apontar insuficiências ao conceito tradicional do dolo do tipo como um dolo natural (*i.e.*, conhecimento e vontade de realização de um tipo de ilícito) [2] e, em consequência, têm surgido múltiplas propostas de "normatização" deste conceito.

A tese de Jakobs assume uma natureza extremamente polémica, visto que corta, em termos definitivos, com o paradigma doutrinal ainda hoje vigente no que se refere ao "dolo do tipo". Falamos, portanto, de uma proposta *radical*, que importa discutir.

2. O DOLO DO TIPO: BREVÍSSIMO RETRATO

Ultrapassada a conceção do tipo como realidade meramente objetiva ("descrição externo-objetiva de uma ação" [3]), é hoje unanimemente reconhecido que o mesmo se deixa dividir em *tipo objetivo* e *tipo subjetivo* [4]. A doutrina dominante considera (por influência do finalismo) que este último contém, como elementos gerais, o dolo e a negligência. O primeiro é concebido pela maioria da doutrina como um como um *dolus naturalis* ou um *dolo do facto*, que se cinde estruturalmente num elemento intelectual e num elemento volitivo. Dolo do tipo é, nesta perspetiva, "conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo de ilícito", na cristalina formulação de Welzel [5].

No que respeita ao *elemento intelectual*, o agente deve conhecer "tudo quanto é necessário a uma correta orientação da sua consciência ética para o desvalor jurídico que concretamente se liga à ação intentada, para o seu carácter ilícito" [6]. Ou seja, o conhecimento

---

[2] Costa, 2014, pp. 597 e ss.

[3] Beling, 1906, pp. 145 e 147.

[4] V. Dias, 2019, 13.º Cap., § § 1 e ss.; Palma, 2019, pp. 129 e ss.; Costa, 2014, *pp.* 567 e ss., 580 e ss. e, esp., 597 e ss.; Roxin/Greco, 2020, § 10, n. m. 61 e ss. e § 12, n. m. 1 e ss.; e Jescheck & Weigend, 1996, p. 289.

[5] Welzel, 1969, § 13, I, 1.

[6] Dias, 2019, 13.º Cap., § 8.

que suporta o dolo exige "a sua *atualização na consciência psicológica ou intencional no momento da ação*" [7]. Esta consciência atual não tem, todavia, que corresponder a uma "consciência refletida" ou "ponderada", sendo suficiente uma "co-consciência" (*Mitbewusstsein* — PLATZGUMMER) imanente à ação [8].

É ainda comum distinguir-se o dolo *do tipo* do dolo *da culpa* com base na afirmação de que, enquanto que aquele se esgota nos meros conhecimento e vontade, este consubstancia, diferentemente, a expressão de uma atitude subjetiva *(Gesinnung)* de *contrariedade* ou de *indiferença* perante o dever-ser jurídico-penal [9].

A construção de JAKOBS (abaixo analisada) está longe de constituir a única tentativa de "superação", ou pelo menos de "correção" do paradigma do "dolo natural". Com efeito, têm surgido na doutrina perspetivas que apontam também no sentido de uma "normativização" do dolo do tipo, embora em termos diversos dos postulados por aquele autor (propostas que não poderão ser detalhadamente analisadas no presente escrito). Falamos, por exemplo, da tese da "realização do plano do agente" (*Planverwirklichung*) de ROXIN [10], da tese do "perigo não protegido" (*unabgeschirmten Gefahr*) de HERZBERG [11] e da tese do "perigo de dolo" (*Vorsatzgefahr*) de PUPPE [12]. Não se ignora também a recente conceção "normativa" do dolo de ALMEIDA COSTA [13], a qual, baseada numa particular perspetiva acerca do "ilícito pessoal", implica a assunção do dolo do tipo como um "dolo do homem médio". Este inclui, não só os tradicionais elementos intelectual e volitivo, mas também um elemento *emocional* (atitude de contrariedade/indiferença perante o dever-ser penal), cuja verificação é aferida em termos objetivos, com recurso à figura do homem-médio. Assim: "[v]erificado o dolo natural, […] [se valore o facto] com base no critério da 'pessoa social', atribuindo-se-lhe […] o sentido e as consequências que o homem médio *associaria* à prática consciente e voluntária *dessa mesma* conduta" [14].

---

7 DIAS, 2019, 13.º Cap., § 14.
8 ROXIN & GRECO, 2019, § 12, n. m. 123.
9 V. DIAS, 2019 13.º Cap., § 6, 10.º Cap., § 71 e 20.º Cap., § 1 e ss. e JESCHECK & WEIGEND, 1996, p. 244 (na senda de W. GALLAS).
10 ROXIN & GRECO, 2020, § 12, n. m. 6, 22 e ss. e 143 e ss., e § 14, n. m. 64 e ss.
11 HERZBERG, 1986, pp. 249-262 e 1988, pp. 573-579 e 635-643.
12 PUPPE, 2019, pp. 5 e ss.; 2023, n. m. 64 e ss., esp. 68-71 e 76 e ss.; e 1991, pp. 1-42.
13 COSTA, 2014, pp. 567 e ss., 580 e ss. e, especialmente, 597 e ss. (seguido por: MONTEIRO, 2015, pp. 200 e ss. e SANHUDO, 2021, pp. 55-62).
14 COSTA, 2014, pp. 601-602.

3. A CONCEÇÃO DE JAKOBS

A conceção do dolo de Jakobs [15] tem vindo a ser fortemente criticada por alguns setores da doutrina, sobretudo alemã. Por outro lado tem colhido, no essencial, a aceitação da parte dos seus discípulos (Lesch [16], Pawlik [17], Heuchemer [18] e Hsu [19], por exemplo) — tendo também eco fora do espaço germânico [20].

Importa oferecer alguma contextualização acerca da conceção do dolo de Jakobs, com particular enfoque na construção do dolo como "indiferença" ou como "indiferença perante o direito" (*Gleichgültigkeit* ou *Rechtsgleichgültigkeit*), que aqui nos interessa.

Na conceção de Jakobs, o dolo e a negligência são retirados do âmbito do tipo e concebidos apenas como diferentes modalidades de *culpa*. Tal é reconhecido implicitamente: o autor assume que a sua posição entra em choque com a estrutura do facto punível geralmente aceite e acaba por admitir a possibilidade de um juízo de culpa (pela atitude dolosa) prévio à constatação da existência ou não do dolo natural (= dolo do tipo) [21]. Na conceção em exame, o dolo corresponderia a uma "culpa mais grave" (*schwerer Schuld*) e a negligência a uma culpa "mais leve" (*leichterer*) [22]. Jakobs retorna, assim, a uma estrutura do facto punível congruente com o paradigma do "ilícito objetivo", mas em definitivo não compaginável com o paradigma do "ilícito pessoal". Ao localizar o dolo e a negligência exclusivamente no patamar da culpa, converte o juízo de ilicitude na pura e simples verificação da produção de um desvalor de *resultado* (= situação juridicamente desaprovada), sem consideração do desvalor de *ação*, que passa a relevar apenas no plano da censurabilidade individual (= culpa).

Jakobs corta completamente com o entendimento de que o dolo exige sempre o conhecimento da realização do tipo objetivo, entendimento esse que qualifica como "psicologismo" e cujas raízes

[15] V. Jakobs, 2002, pp. 584-599. Cfr. também: Jakobs, 1989, pp. 516-537; 1995, pp. 843-876; e 2012, pp. 53-57.
[16] Lesch, 1997, pp. 802-809.
[17] Pawlik, 2004, pp. 85 e ss.
[18] Heuchemer, 2005, pp. 264 e ss.
[19] Hsu, 2007, esp. pp. 128 e ss. e 225 e ss.
[20] Pérez-Barberá, 2013, pp. 454-472.
[21] Jakobs, 2002, pp. 586-588.
[22] Jakobs, 2002, p. 594.

identifica [23] (com alguma propriedade) em FEUERBACH [24], e propõe, em contraste, uma orientação estritamente "normativa". Fortemente inspirado nos escritos de CARPZOV e de HEGEL, retorna ao figurino do *dolus indirectus* e concebe-o de modo a incluir não só as condutas conscientes e voluntárias, mas também todas as outras que — independentemente de serem praticadas com *dolus naturalis* — se afigurem como resultado da atitude de "indiferença" (*Gleichgültigkeit*) do agente perante as normas penais. Assim, em todos os casos de erro sobre a factualidade típica em que o desconhecimento do agente proceda da sua "cegueira em relação às circunstâncias do facto" (*Tatsachenblindheit*) deveria, não excluir-se o dolo (como impõe o § 16 *StGB*), mas sim afirmá-lo e aplicar-se-lhe o regime previsto para o erro sobre a ilicitude (§ 17 *StGB*). Isto porque se o desconhecimento do agente se deve à sua "indiferença" ou "cegueira", então o efetivo conhecimento das circunstâncias do facto praticado sempre se mostraria, em todo o caso, insuscetível de ter influência sobre a decisão de executar a conduta (*Entscheidungsunerheblichkeit*).

Como refere JAKOBS, "[s]endo a culpa infidelidade ao direito [*mangelnde Rechtstreue*], o desconhecimento (evitável)" não deve excluir o dolo quando "o conhecimento não traria para o agente quaisquer dados suscetíveis de influir na sua decisão", ou seja, quando a atitude do agente é de "indiferença perante o direito" [25]. Termos estes em que o "conhecimento, quando não produz absolutamente nenhum efeito [de motivação] é supérfluo" [26].

A este propósito, pergunta JAKOBS:

> "[d]eve a indiferença perante o direito não eximir o agente de responsabilidade 'apenas' quando se manifesta como falta de consciência da ilicitude, mas já o eximir quando deriva de indiferença em relação às circunstâncias do facto [*Tatsachengleichgültigkeit*], a qual conduz ao desconhecimento da realização do tipo?".

O autor avança, de seguida, um exemplo, que resumimos: um terrorista encontra-se num automóvel em fuga da polícia e, a certo ponto,

[23] JAKOBS, 2002, p. 588.
[24] FEUERBACH, 1801, § § 62 e ss., pp. 46 e ss. e 1804, pp. 193 e ss. (onde estabelece explicitamente a relação entre a consciência *psicológica* e o dolo).
[25] JAKOBS, 2002, p. 584.
[26] JAKOBS, 2002, pp. 584-585.

depara com um bloqueio policial da estrada onde circulava; decide tentar passar além do bloqueio, embatendo nos automóveis que lhe barravam a passagem; tomou essa decisão sem sequer considerar a possibilidade de matar ou ferir um dos agentes que se encontrava nas imediações, visto que prosseguia apenas o seu interesse no êxito da fuga. A este exemplo acrescenta JAKOBS uma questão em tom retórico: "[d]eve, se tudo tiver corrido bem, haver punição por tentativa de homicídio e, em caso de morte, haver punição por homicídio doloso consumado?" [27]. Como se pode antever, a resposta do penalista germânico afigura-se positiva.

A questão aqui — defende JAKOBS — é a de saber se "a falta de conhecimento do agente realmente importa, quando é certo que o conhecimento seria insuscetível de influir na decisão". A resposta do autor é que "o conhecimento não é necessário em todos os casos para uma imputação plena [a título de dolo]; o mesmo é apenas um indicador da indiferença perante o direito". Noutras palavras, "a culpa surge, não com o conhecimento das circunstâncias do facto nem com a consciência da ilicitude, mas sim porque está ausente a fidelidade ao direito" [28]; esta infidelidade que determina a afirmação da culpa dolosa não depende sempre do conhecimento do circunstancialismo em que o agente atua, mas pode ser *indiciada* por este. Nas palavras do próprio autor: "o conhecimento não pertence ao conceito de crime *per se*, mas apenas como indicador da infidelidade ao direito" [29].

O que precede torna-se particularmente claro à luz de um exemplo dado por JAKOBS: "[p]erante uma norma religiosa que proíbe de comer carne 'impura', quem tem a maior culpa [*größere Schuld*] — aquele que, ao comer, se apercebe (talvez com a consciência pesada) de que tipo de carne se trata, ou aquele que a saboreia alegremente, sem pensar?" [30]. O autor afirma que o mais culpado é o segundo, que nem sequer representa a natureza "impura" da carne e que, por isso, não dispõe do conhecimento necessário à afirmação do *dolus naturalis*.

É nestas condições que, para o penalista germânico, o "*dolus indirectus* preenche o conceito de dolo e não constitui apenas um meio

[27] JAKOBS, 2002, pp. 585-586 e 1989, p. 529.
[28] JAKOBS, 2002, p. 586.
[29] JAKOBS, 2002, p. 587.
[30] JAKOBS, 2002, p. 588.

para a sua presunção [...], e muito menos um caso de negligência grosseira" [31].

Em termos mais diretos, a conceção de JAKOBS acerca do dolo como "indiferença" implicaria uma *redefinição da disciplina jurídica do erro sobre a factualidade típica* — e assim, uma *redefinição das fronteiras entre dolo e negligência*. Conviria, segundo o autor, distinguir *dois grupos de casos* [32]:

> *a)* em certas hipóteses, o desconhecimento das circunstâncias do facto manifesta "falta de competência e acarreta logo o perigo de uma *poena naturalis*, pois que ninguém pode estar certo das consequências da sua ação se não conhece a situação em que decide agir [*Entscheidungslage*]". Por exemplo, se alguém não representa que os vapores de gasolina são altamente inflamáveis e, por distração, acende um cigarro numa sala cheia de tais vapores "dificilmente poderá ser considerado alguém que habilmente assegura as suas vantagens às custas dos outros, mas antes um tolo insignificante" [33]. Nestes casos, nada opõe JAKOBS à exclusão do dolo por erro sobre a factualidade típica (§ 16 *StGB*);
>
> *b)* mas o quadro acima descrito altera-se quando o agente desconhece a realização do tipo objetivo "porque esta não lhe interessa, quer dizer, porque a respetiva verificação ou não é irrelevante para a sua decisão". Nestes casos de "indiferença perante as circunstâncias do facto", a exclusão do dolo representaria um "benefício injustificável", pois que é considerado como "motivo de tolerância o desconhecimento de dados subjetivamente irrelevantes para a decisão do agente" [34]. A "teoria da imputação" (*Zurechnungslehre*) necessitaria, segundo JAKOBS, de se emancipar da sua condição de "escrava da psicologia". Portanto, apesar da falta de conhecimento, seria de afirmar o dolo e de aplicar o regime previsto no § 17 *StGB*, referente à falta de consciência da ilicitude. Afinal, afirma o autor que "nem todo o desconhecimento é um erro!" [35].

---

[31] JAKOBS, 2002, p. 594.
[32] JAKOBS, 1995, pp. 862-863 e 2002, pp. 587-588.
[33] JAKOBS, 2002, p. 588.
[34] JAKOBS, 2002, p. 588. JAKOBS, 1989, p. 530 afirma que o benefício é "*axiologicamente* injustificável" (itálico nosso).
[35] JAKOBS, 2002, p. 588.

Apenas com base nesta perspetiva se poderia remediar a "quebra" entre a regulação normativa do § 17 e a regulação psicológica do § 16 *StGB*. O âmbito de aplicabilidade desta última norma deveria limitar-se "aos casos de erro", não se aplicando nas hipóteses de "desconhecimento por indiferença" [36].

Convém ainda notar que, numa fase inicial, a tese de Jakobs que vimos de descrever assumiu o caráter de uma proposta *de iure condendo*. Todavia, em escritos mais recentes veio o autor defender uma interpretação segundo a qual o § 16 *StGB* consentânea com a sua conceção do *dolus indirectus*. Segundo tal perspetiva — "interpretação objetiva", nas palavras de Jakobs — o referido parágrafo do *StGB* apenas regularia as hipóteses de erro, mas já não as de mera "despreocupação" ou "desconsideração" (*Nichtbedenken*) [37].

Ora, como bem nota Almeida Costa, o critério diferenciador dos dois grupos de hipóteses acima referidos acaba por reconduzir-se à

> "alternativa de, não obstante a idêntica previsibilidade dos mesmos, o indivíduo apenas representar os aspectos relacionados com os fins que prossegue e não já a possibilidade de ofender o bem jurídico ou, *pelo contrário*, também *não antecipar* as consequências do acto capazes de afectar os seus próprios interesses (= *poena naturalis*)" [38] [39].

O próprio Jakobs enuncia esse critério. Refere o autor que "existe indiferença perante a realização do tipo quando o agente, de um conjunto de processos causais possíveis, escolhe apenas aqueles que vão

[36] Jakobs, 2002, p. 599.
[37] Jakobs, 2012, p. 57.
[38] Costa, 2014. p. 604, nota 73.
[39] Heuchemer (2005, pp. 34, 45, 55, 181, 257, 294, 322, 355 e 357) propõe idêntica solução para o "erro sobre os pressupostos fácticos das causas de justificação". Para determinar o regime aplicável, haveria que atender-se às *causas* do erro, em ordem a verificar se o mesmo constitui expressão de uma "atitude de fidelidade ou de inimizade pelo direito" — *rechtstreuen oder einer rechtsfeindlichen Gesinnung*. A definição do regime sancionatório dependeria do caráter perdoável do erro, de acordo com o critério da fidelidade material ao direito (*materielle Rechtstreue*), o que implicaria a não exclusão do dolo nos casos de equívoco "incompreensível ou determinado por incompetência", que pudesse ser visto como expressão de uma personalidade "egoísta" ou "cega perante o perigo" — *gefahrblinden Gesinnung*. Para uma crítica detalhada, v. Sanhudo, 2021, pp. 114-117.

ao encontro dos seus interesses": nestes casos seria de afirmar o dolo. "Diferentemente sucede, desde logo, quando se indiciam falta de planeamento e o perigo de uma *poena naturalis*": nestes casos existiria negligência [40].

JAKOBS depara, todavia, com um importante obstáculo na defesa da sua construção. Como o próprio admite, "as regras da estrutura do facto punível permanecem como um *arbusto espinhoso* a obstruir o caminho" [41] para o resultado pretendido. As aludidas regras ditariam que a presença ou não de dolo (do tipo) fosse determinada antes de se apreciar a culpa; todavia, no momento da afirmação ou negação de dolo ainda não se aborda o problema da atitude subjetiva do agente e, portanto, seríamos levados a concluir que o dolo não inclui semelhante elemento de atitude. Ora, JAKOBS não aceita este raciocínio, visto que o "dolo de um facto é dolo delituoso [*deliktischer Vorsatz*] apenas sob o pressuposto de uma dada culpa": condutas justificadas ou não culposas, por exemplo, não são factos dolosos, porque, apenas as condutas culposas são suscetíveis de afetar a validade da norma. Assim, seria possível "antes da verificação da justificação ou da culpa", identificar a atitude de indiferença, ou seja, constatar que o conhecimento da realização do tipo não foi para o agente um dado suscetível de influenciar a sua decisão [42].

Em suma, a construção em exame envolve uma *extensão* do dolo (entendido como um *dolus indirectus*) a todas as condutas que, independentemente de preencherem o seu elemento intelectual, consubstanciem a expressão de uma atitude de indiferença perante o direito. E dizemos que se trata de uma *extensão* visto que JAKOBS acaba por qualificar como dolosos factos que, à luz da doutrina dominante, seriam inequivocamente negligentes, por falta do conhecimento que constitui o elemento cognitivo do dolo.

Cumpre deixar uma breve nota de certo modo acessória (e, todavia, importante), acerca da tese em análise. A construção teórica do dolo de JAKOBS (como o próprio assume) funda-se na figura do *dolus indirectus*. Mais particularmente, o autor germânico inspira-se nos escritos de CARPZOV [43] acerca da mesma. Este questionava-se, por exemplo, sobre se o agente que "corta [outrem] com uma espada sem

[40] JAKOBS, 2002, pp. 595-596.
[41] JAKOBS, 2002, p. 586 (itálico nosso).
[42] JAKOBS, 2002, pp. 586-587.
[43] V. sobretudo CARPZOV, 1635, *Quaestio* I, n.os 28-32, p. 6.

querer matá-lo, mas inflige um golpe fatal além da sua intenção, ao qual se segue a morte" [44] deve ser punido com uma *poena ordinaria*, por ter atuado com dolo. A resposta apresentada por CARPZOV é no sentido afirmativo: existe dolo uma vez que o agente "sabe ou, pelo menos, deveria saber" (*scit, aut saltem scire debebat* [45]) que a um golpe de espada pode seguir-se a morte da vítima [46]. O agente seria, portanto, punido com uma *poena ordinaria*, não por ter previsto e querido o resultado (morte), mas sim "como se tivesse tido intenção de matar" (*ac si habeat animum occidendi*). A receção do pensamento de CARPZOV por JAKOBS comporta, todavia, uma "modificação". Este último não concebe o *dolus indirectus* como uma figura que se ligue necessariamente ao *versari in re illicita* [47], mas antes como uma forma de abranger (no dolo) os casos de "cegueira perante os factos" [48].

4. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS ACERCA DA CONCEÇÃO DE JAKOBS

4.1. Retrocesso dogmático

Em primeiro lugar, a retirada do dolo e da negligência do âmbito do tipo-de-ilícito e a sua conceção apenas como diferentes modalidades de culpa implica diversas consequências no plano da dogmática penal. A tese em causa postula a formulação de juízos de culpabilidade dolosa prévios à verificação do próprio dolo natural (e *independentes* dessa verificação). Com este "esvaziamento" da categoria do tipo de ilícito doloso, JAKOBS preconiza implicitamente (pois que não se pronuncia expressamente a este respeito) o "retorno" a uma estrutura do facto punível de tipo "pré-finalista", alinhada com o paradigma

[44] CARPZOV, 1635, *Quaestio* I, n.º 28, p. 6.
[45] CARPZOV, 1635, *Quaestio* I, n.º 28, p. 6.
[46] Identicamente: "se, em resultado do incêndio outras casas arderem, tudo isso deve ser imputado ao incendiário, porquanto é provável que o incêndio tenda a propagar-se para as casas vizinhas" (CARPZOV, 1635, *Quaestio* I, n.º 29, p. 6).
[47] O conceito era utilizado por CARPZOV como requisito para a imputação, a título de *dolus indirectus*, de resultados não desejados: "quem atua no âmbito ilícito tem que ficar vinculado a tudo o que vá além da sua intenção e vontade" (CARPZOV, 1635, *Quaestio* I, n.º 29, p. 6) — sempre que as consequências da ação em causa forem prováveis e, portanto, o agente *devesse conhecê-las*.
[48] JAKOBS, 2002, p. 591.

do "ilícito objetivo". A deslocação do dolo e da negligência, em termos exclusivos, para a culpa implica necessariamente (apesar de JAKOBS não o admitir) a conversão do juízo de ilicitude na simples verificação da produção de um desvalor de *resultado* (situação juridicamente desaprovada) [49]. Ora, esta perspetiva não se compatibiliza, de modo algum, com o paradigma do "ilícito pessoal" geralmente aceite pela doutrina pós-finalista, segundo o qual o ilícito inclui, não só um "desvalor de resultado", mas também um "desvalor de ação" [50].

4.2. Incompatibilidade com o direito positivo

Depois, a conceção de JAKOBS afigura-se flagrantemente incompatível com o direito alemão (§ 16 *StGB*) [51] e também com o português (art. 16.º, n.º 1, CP) [52], os quais impõem a exclusão do dolo nos casos de "erro sobre a factualidade típica". Ora, sendo que a perspetiva aqui colocada em crise preconiza solução diversa da que decorre da lei, a sua aplicação jamais poderá ser defendida *de iure constituto*. E, de facto, o autor em análise não o fez, numa fase inicial, tendo apresentado a sua proposta *de iure condendo*; todavia, veio posteriormente posicionar-se em favor de uma interpretação (dita "objetiva") que tornaria o § 16 *StGB* consentâneo com a sua conceção do *dolus indirectus*. Na perspetiva de JAKOBS o referido parágrafo do *StGB* apenas regularia as hipóteses de erro, mas já não as de mera "despreocupação" ou "desconsideração" (*Nichtbedenken*) [53]. Por outras palavras: os erros determinados por indiferença não seriam erros. Ora, esta interpretação nada mais constitui do que uma tentativa falhada de manipular o direito positivo através de um "jogo de palavras" [54], contra os elementos histórico e sistemático [55].

---

[49] COSTA, 2014, p. 604, nota 73 e SILVA, 2020, p. 587 (conceções como esta "hesitam no momento de eliminar do plano do ilícito a relevância das representações intelectuais do concreto agente").

[50] DIAS, 2019 10.º Cap., § 18-22 e ROXIN & GRECO, 2020, § 10, n. m. 88-101c.

[51] GAEDE, 2019, p. 272; FRISTER, 2019, p. 386 e ROXIN & GRECO, 2020, § 12, n. m. 97.

[52] COSTA, 2014, p. 605, nota 73 e SILVA, 2020, p. 586.

[53] JAKOBS, 2012, p. 57.

[54] SCHÜNEMANN, 2014, p. 16 (*Wortlaut-Klauberei*).

[55] SCHÜNEMANN, 2014, p. 16, demonstrando que, o § 16 do *StGB*, exigindo a presença do elemento intelectual do dolo, afasta a possibilidade de se conceber este como o *dolus indirectus* do *ius commune*.

GESTLEGAL

4.3. Violação do princípio da culpa

1. Como já escrevemos noutra ocasião, a proposta de JAKOBS implica a "imputação dolosa sem 'representação'", em violação do *princípio da culpa* [56], porquanto o agente incorre em erro sobre a factualidade típica, não possui o conhecimento necessário para a uma correta orientação da sua consciência ética e, por isso, não detém a efetiva possibilidade de se determinar de acordo com a norma. Ou seja, o desconhecimento furta ao agente a possibilidade de apreender corretamente o sentido da conduta que pratica, motivo pelo qual essa mesma conduta jamais poderá dizer-se dolosa.

Voltemos ao essencial: é inegável a existência de uma *maior severidade do tratamento dos casos de dolo*, face aos de negligência, pelo ordenamento jurídico: uma parte significativa dos crimes só são puníveis a título de dolo; só é punível a tentativa dolosa; as sanções aplicáveis nos casos de dolo são mais graves, etc.

Mas porquê?

Nos delitos dolosos, *a correta representação da factualidade outorga ao agente a capacidade de controlar/dominar o facto*. Quem conhece as circunstâncias sob as quais atua tem maior capacidade de *determinar* o curso dos acontecimentos [57]. Semelhante *domínio-do-facto*, portanto, possibilita ao agente a efetiva *capacidade de se motivar* de acordo com a norma. Aprofundando mais o raciocínio precedente, pode afirmar-se que o grau de conhecimento factual caraterístico das condutas dolosas confere ao agente, nas palavras de FRISCH, um "poder acrescido de evitação" (*erhöhte Vermeidemacht*) do delito [58].

Nestes termos, o sujeito que erra sobre as circunstâncias de facto (determinantes para a motivação do seu comportamento) *viola a norma de conduta de modo muito diverso* do agente que representa corretamente aquelas circunstâncias. Nas palavras de ROSTALSKI, o agente doloso posiciona-se contra a ordem jurídica "com olhos de ver" [59], diversamente do sujeito negligente. De facto, quem, representando corretamente a factualidade, decide livremente violar a norma de conduta

---

[56] V. SANHUDO, 2021, p. 116. Assim também, PALMA, 2019, p. 182.

[57] Assim, *e. g.*: OTTO, 2004, § 7, n. m. 26; SCHÜNEMANN & GRECO, 2006, p. 784; GRECO, 2009, pp. 891-892; VIANA, 2017, p. 179.

[58] FRISCH, 1983, pp. 103 e ss. e 374 e FRISTER, 2019, p. 386. No mesmo sentido se pronunciava anteriormente o próprio JAKOBS, 1991, § 8, n. m. 21, p. 269.

[59] ROSTALSKI, 2017, p. 590 (*sehenden Auges*).

realiza um *ilícito consideravelmente mais grave* (quantitativa e qualitativamente) do que quem, representando erroneamente a realidade, infringe a norma por descuido [60]. Como afirma GRECO, as ações de quem atua com conhecimento *pertencem-lhe* "de uma maneira muito mais íntima" do que as ações de quem atua em erro [61].

É que a prática consciente e voluntária da conduta proibida pela lei penal denota (logo no plano do ilícito pessoal [62]) uma atitude pessoal-objetiva de *contrariedade/indiferença* perante o bem jurídico, ao passo que a prática dessa mesma conduta sem a correta representação da realidade apenas pode revelar uma atitude pessoal-objetiva de *descuido/leviandade* [63]. Ou seja: o agente doloso é *mais responsável* pela sua conduta do que o mero negligente.

É esta diferença fundamental entre as condutas dolosas e negligentes que justifica a disparidade de tratamento que lhes confere ordem jurídica.

Portanto, a capacidade de motivação pela norma e de controlo da conduta é absolutamente "indispensável para o sentido e legitimação da punição mais severa que cabe aos delitos dolosos" [64]. Assim, não pode senão considerar-se absolutamente certeira a crítica de SCHÜNEMANN:

> "o argumento de JAKOBS é incorreto porque o agente que é completamente indiferente e que, portanto, não representa a possibilidade de violação de um bem jurídico, carece da capacidade de controlo [da sua conduta — *Steuerungskapazität*] e, portanto, de domínio-do-facto [*Tatherrschaft*], de modo que o seu perigo para a ordem de bens jurídicos é apenas acidental e, consequentemente — como nos outros delitos negligentes —, atenuado" [65].

---

[60] Próximos: FREUND & ROSTALSKI, 2019, § 7, n. m. 41-42, pp. 280-281; GRECO, 2009, pp. 892-893; SCHÜNEMANN, 2001, p. 20 e 2014, pp. 15-16; ROSTALSKI, 2017, p. 590; e FRISTER, 2019, p. 386.

Já WELZEL, 1969, p. 65 defendia que para a afirmação do dolo "[n]ão seria suficiente que o agente conhecesse apenas potencialmente as circunstâncias do facto, *i.e.*, que pudesse tê-las suscitado na sua consciência".

[61] GRECO, 2009, p. 892.

[62] Sobre a conceção do ilícito pessoal em causa: COSTA, 2014, pp. 2 e ss. e 567 e ss. (seguindo-a: MONTEIRO, 2015, pp. 188-195 e SANHUDO, 2021, pp. 46-55).

[63] Sobre o papel do "elemento emocional" do dolo do ilícito-típico: COSTA, 2014, pp. 567 e ss., 580 e ss. e, especialmente, 597 e ss.

[64] SCHÜNEMANN, 2014, p. 16.

[65] SCHÜNEMANN, 2001, p. 20. No mesmo sentido SCHÜNEMANN, 1999, p. 373.

GESTLEGAL

Efetivamente, nos casos a que se refere JAKOBS, o desconhecimento da realidade impede o agente de se motivar livremente de acordo com a norma e, por conseguinte, de deter o *domínio-do-facto*. O grau de "evitabilidade" da infração é, pois, *menor* e, nesses termos, ao agente apenas poderá ser censurada a violação de um dever objetivo de *cuidado*, que vem justamente a ser o elemento distintivo dos delitos *negligentes*. Por outras palavras, nos casos de erro sobre a realidade fáctica relevante, o agente *é menos responsável* (do que seria se conhecesse corretamente a realidade) e deve ser *punido mais levemente*.

O que precede, de resto, torna claro que a normativização preconizada por JAKOBS conduz a uma perversão dos limites dogmáticos que separam o dolo da negligência, na medida em que conduz a uma "desdiferenciação" [66] entre as duas categorias, a qual redunda numa autêntica "invasão" do domínio da negligência pelo dolo.

A desconsideração dos elementos psicológicos na delimitação das fronteiras do dolo implica perder de vista o princípio *legitimador* da (mais severa) punição dos factos dolosos [67]: a efetiva *capacidade de motivação pela norma* e o *domínio-do-facto* [68]. Donde: "uma interpretação meramente normativista, que não se vincule a uma função de concreta e efetiva motivação pela norma, é [...] dificilmente sustentável, porque conflitua com o princípio da responsabilidade por culpa" [69].

Concluindo: assiste inteira razão a ALMEIDA COSTA quando, rejeitando a perspetiva de JAKOBS, afirma que o dolo natural (conhecimento e vontade) "sempre há de consubstanciar um elemento determinante com vista à hierarquização do desvalor dos comportamentos e, por conseguinte, se não uma condição suficiente, um *requisito indispensável* para a afirmação do dolo do agente" [70].

---

66 GAEDE, 2009, p. 270.

67 PALMA, 2019, pp. 179-182: "os elementos psicológicos, como a consciência ou o conhecimento, revelam a possibilidade de motivação pela norma" e "é essa *possibilidade* a expressão necessária da liberdade que legitima a responsabilidade penal" por dolo.

68 Não é, aliás, sem razão que um setor crescente da doutrina vem erigindo justamente o domínio-do-facto a *critério de imputação objetiva dos delitos dolosos* e, diferentemente, a violação de um dever objetivo de cuidado a critério de imputação objetiva de delitos negligentes (COSTA, 2014, pp. 659 e ss.).

69 PALMA, 2019, p. 182.

70 COSTA, 2014, p. 605, nota 73 (itálico nosso). No mesmo sentido: GRECO, 2009, p. 893.

Em virtude de tudo o que acima se afirmou, a conceção do dolo de Jakobs afigura-se *contrária ao princípio da culpa* [71].

2. É também desprovida de sentido, neste contexto, a alegação de que, mesmo que o agente conhecesse as circunstâncias do facto, sempre decidiria comportar-se ilicitamente em virtude da sua indiferença para com o bem jurídico, de tal maneira que a correta representação da realidade seria insuscetível de ter influência sobre a decisão de executar a conduta (*Entscheidungsunerheblichkeit*).

É que esta argumentação, bem vistas as coisas, acaba por conduzir à afirmação de uma *culpa virtual*, *i.e.*, uma culpa que se supõe (de modo especulativo) que existiria na hipótese de o agente ter a efetiva possibilidade de se motivar de acordo com a norma.

O que, de resto, só revela a radicalização [72] normativista [73] em que incorre Jakobs. Nada importa se o agente representou ou não a perigosidade da sua conduta: a imputação de dolo baseia-se antes no pressuposto de que o agente deveria ter adotado uma atitude *menos egoísta*, a qual lhe permitiria ter representado a perigosidade da conduta. O autor pretende, assim, punir o agente, não por ter decidido deliberadamente violar a norma, mas antes por ter adotado uma atitude moral censurável, que não lhe terá permitido (especula-se) sequer colocar-se em posição de decidir pelo lícito ou pelo ilícito. Semelhante "exercício mental inquisitório" [74] redunda, em último termo, num inadmissível sancionamento de um "facto doloso hipotético" [75], em flagrante violação do princípio da culpa.

3. Ainda em conexão com o que acaba de se afirmar, sublinha-se que a proposta de Jakobs ignora que os conceitos psicológicos de conhecimento/consciência/representação consubstanciam a base sobre a qual se edificam ulteriores momentos de valoração dos

[71] Vogel, 2006, pp. 388-389.
[72] Frister, 2019, p. 385.
[73] Do que se refere em texto não pode extrair-se uma tomada de posição quanto à controvérsia entre os autores que entendem a averiguação do dolo como uma operação *descritiva* (*i. e.*, a constatação da existência do dolo enquanto realidade "dada") e os que a entendem como um problema de *imputação*. V., por todos: Silva, 2020, pp. 383-385.
[74] Walter, 2006, p. 115.
[75] Vogel, 2006, p. 389. No mesmo sentido: Gaede, 2009, pp. 271-272 e Frister, 2019, p. 386.

GESTLEGAL

comportamentos humanos à luz da doutrina do facto punível. Mais especificamente, o conhecimento (da factualidade) constitui o pressuposto indispensável da averiguação da existência de vontade (elemento volitivo do dolo do ilícito-típico). *Só pode querer fazer algo quem sabe o que faz* [76].

Mais uma vez, portanto, fica a descoberto o caráter *exacerbadamente normativista* da conceção em exame: no *dolus indirectus* de Jakobs, o elemento volitivo transforma-se numa vontade que *não tem que ser real*, porque também não tem que se fundar numa representação real. Para o autor, a vontade pode ser somente *hipotética*, na medida em que pode ancorar-se igualmente numa representação tão-só *potencial*, ou seja, a representação que o agente teria caso não fosse egoísta e "cego perante os factos".

4.4. Insegurança do critério

Além disso, como observa Almeida Costa, o "critério avançado para fixar a fronteira entre o dolo e a negligência revela-se de uma imprecisão ou fluidez inconciliável com as exigências de certeza e de segurança inerentes à justiça penal" [77]. Com efeito, ao tornar a afirmação do dolo independente da representação da factualidade típica pelo agente e ao remeter para critérios como a "indiferença perante o direito", "cegueira perante as circunstâncias do facto" e "perigo de uma *poena naturalis*", a conceção que ora se critica não se afigura, de modo algum, idónea a distinguir de modo claro o dolo da negligência [78]. Neste sentido se pronunciam também Roxin & Greco, afirmando que as atitudes internas propostas por Jakobs como critérios diferenciadores "dificilmente podem ser averiguadas no âmbito forense" e, desse modo, a sua efetiva aplicação "traria consigo uma grande insegurança" [79]. E, saliente-se, assim é também porquanto a

[76] Rostalski, 2017, p. 590. Cfr. Welzel, 1969, p. 65.
[77] Costa, 2014, p. 605, nota 73.
[78] Além disso, como salienta Costa, 2014, p. 605, nota 73: "não faltam casos em que a realização da conduta não envolve nenhum risco para os interesses do agente e a presente orientação deixa, por isso, sem resposta (a menos que, numa tal eventualidade, Jakobs entenda que todas as situações de 'erro sobre a factualidade típica' integram hipóteses de dolo, solução cuja legitimidade material suscita, além do mais, sérias reservas à luz do próprio princípio da proporcionalidade)".
[79] Roxin & Greco, 2020, § 12, n. m. 97.

tese em questão renuncia definitivamente ao elemento intelectual do dolo, indispensável para a realização da referida distinção em termos certos e seguros.

4.5. Direito penal do agente?

Por último, há que sublinhar que o juízo que preside à qualificação de um ato como doloso ou negligente assume, na conceção de Jakobs, como já escrevemos noutro lugar, "ao menos de forma encapotada, uma feição de 'censura da personalidade' baseada em conceções de 'moral social', *i.e.*, de 'castigo' da personalidade 'egoísta' [...], a nosso ver absolutamente inadmissível no quadro de um direito penal do facto" [80]. Como bem refere Almeida Costa, a imputação a título de dolo reconduz-se, segundo a perspetiva do "dolo como indiferença" à "apreciação global da personalidade à luz de estritos padrões de moral social — atinentes ao modo-de-ser, mais ou menos escrupuloso, mais ou menos conformista, que o particular indivíduo manifesta perante a vida em geral" [81]. Ou seja, para Jakobs, a averiguação da culpa dolosa baseia-se exclusivamente na "busca" de uma atitude subjetiva do agente: "em vez de sancionar o facto, a pena surge [...] como 'reação' ao ser-assim [*So-Sein*] do indivíduo" (Rostalski) [82].

Esta afirmação ganha particular clareza quando nos confrontamos com o exemplo dado pelo próprio Jakobs (que já citámos *supra*): "[p]erante uma norma religiosa que proíbe de comer carne 'impura', quem tem a maior culpa [*größere Schuld*] — aquele que, ao comer, se apercebe (talvez com a consciência pesada) de que tipo de carne se trata, ou aquele que a saboreia alegremente, sem pensar?" [83]. A natureza religiosa da regra em causa nesta hipótese, se não é determinante, é pelo menos sintomática do cariz "moralista" dos critérios apontados por Jakobs para distinguir o dolo (*dolus indirectus*) da negligência. É que, para este autor, a atitude que fundamenta a afirmação do "desconhecimento por indiferença" (e, portanto, do dolo) é, no essencial, a mesma que fundamenta a maior culpa daquele

[80] Sanhudo, 2021, p. 117. V. também, Schünemann & Greco, 2006, pp. 777-792; Gaede, 2009, pp. 270-271 e Rostalski, 2017, p. 591.
[81] Costa, 2014, p. 605, nota 73.
[82] Rostalski, 2017, p. 591, nota 27.
[83] Jakobs, 2002, p. 588.

que come carne impura sem sequer representar a sua impureza. Trata-se, em ambas as situações, de uma *censura da personalidade* pouco cuidadosa, temerária ou egoísta do agente.

Semelhante ponto de vista inevitavelmente desemboca, como bem aponta Gaede, na degradação da culpa pelo facto numa culpa da personalidade, associada a "tipos de autor" (*Tätertypen*), nos quais se incluem "o indiferente, o terrorista, o inimigo, etc." [84].

Assim, como já afirmámos acima (com base numa outra crítica), a construção de Jakobs afigura-se absolutamente contrária ao paradigma do *direito penal do facto*, postulando, afinal, um critério de imputação que é congruente apenas com um *direito penal do agente*, inadmissível num Estado de Direito Democrático.

4.6. Lacunas de punibilidade?

Poderia dizer-se que no âmbito do erro sobre a factualidade típica, a exclusão do dolo determinada por lei (art. 16.º, n.º 1 e § 16 *StGB*) geraria lacunas de punibilidade, não só pela natureza mais leve das penas aplicáveis aos factos negligentes, mas também pelo caráter fragmentário da sua punição. Ora, para além de tal argumentação ser questionável logo na sua base (por não se encontrar empiricamente demonstrada qualquer insuficiência da punição), a mesma improcede também porquanto, mesmo que as alegadas lacunas existissem, tal seria um problema a solucionar mediante alterações legislativas no âmbito da punição dos delitos negligentes, e não através de uma subversão da regulação do erro sobre a factualidade típica.

De resto, ao tradicional argumento das lacunas de punibilidade não pode, em geral, ser dado considerável peso, uma vez que de tal maneira dúctil que pode facilmente ser mobilizado para *sustentar algo e o seu contrário*. Como bem nota Puppe, "[s]e o teu adversário deparar com as chamadas lacunas de punibilidade, então estas são *insuportáveis* (as lacunas de punibilidade são sempre insuportáveis). Se tu deparares com tais lacunas, elas apenas *confirmam o carácter fragmentário* do direito penal (o fragmentário é sempre bom em direito penal)" [85].

---

[84] Gaede, 2009, p. 270. Posição que não se afigura compaginável com "os fundamentos jurídico-constitucionais de uma comunidade livre" (Rostalski, 2017, p. 590).

[85] Puppe, 2006, p. 21 (itálicos nossos).

5. A JUSTIÇA MATERIAL DA SOLUÇÃO: SOBRE A TRANSMUTAÇÃO DE ERROS INTELECTUAIS EM ERROS DE VALORAÇÃO

Poderia ainda arguir-se que o regime atualmente estabelecido no art. 16.º, n.º 1, CP e no § 16 *StGB* leva a que seja excluído o dolo com fundamento em "erros" absolutamente "irrazoáveis" ou "intoleráveis". Tratar-se-ia, então, de um benefício "axiologicamente injustificável" [86].

Desde logo, cabe esclarecer que os erros a que nos reportamos são apenas aqueles que resultam provados em juízo. Na verdade, não existe qualquer privilégio injustificável que permita a um arguido excluir *potestativamente* a imputação por dolo, bastando para tanto alegar que estava equivocado sobre a situação de facto. Portanto, meras alegações inverosímeis de erros (portanto, alegações não provadas) situam-se fora do âmbito desta análise [87].

Depois, como já deixou sugerido, o conhecimento que serve de base ao dolo exige uma "*atualização na consciência psicológica ou intencional no momento da ação*" [88], a qual não necessita de corresponder a uma "consciência refletida" ou "ponderada". Não se exige uma representação ponderada de todos os elementos de facto envolventes da conduta do agente e de todas as consequências possíveis da mesma. Com efeito, é suficiente uma "co-consciência" (*Mitbewusstsein* — Platzgummer) imanente à ação [89]. Assim, para "representar" um determinado resultado, o agente não tem de o representar de modo *claro* e *individualizado* na sua consciência. Basta que, no momento da decisão, o agente tenha a *consciência de que a conduta que está prestes a adotar é de tal natureza que implica, como consequência possível, aquele resultado.*

O direito penal valora *condutas*, e não resultados. Portanto, para a afirmação do dolo não é decisivo que o agente espere ou antecipe todos os possíveis resultados lesivos da sua conduta, nem o particular

[86] Jakobs, 1989, p. 530.
[87] Assim: Silva, 2020, p. 585.
[88] Dias, 2019, 13.º Cap., § 14.
[89] Roxin & Greco, 2020, § 12, n. m. 123: "quem subtrai um crucifixo de um altar tem necessariamente a consciência de estar a furtar algo 'de uma igreja' (§ 243, I, 2, n.º 4, *StGB*), pois que o complexo cognitivo 'igreja' está indissoluvelmente ligado com a perceção de crucifixo e altar".

GESTLEGAL

modo da sua produção (que dependem, em certa medida, do acaso). Na verdade, é suficiente que, representando corretamente a situação factual na qual decide atuar, conheça os perigos da conduta que está prestes a adotar e, portanto, esteja consciente de que, com a mesma, pode vir a produzir *x*, *y* ou *z* resultados antijurídicos (ainda que, no momento da decisão, não represente ou imagine cada um deles especificamente) [90]. Conduta consciente e voluntária (= dolosa), portanto, é toda aquela cujos perigos e possíveis realizações lesivas de bens jurídicos o indivíduo *conhece*. O núcleo da questão não reside, portanto, em saber se ao agir, o concreto resultado produzido "passou pela cabeça" do agente ou foi por ele *imaginado*. Na verdade, o que importa determinar é se o agente adotou a conduta em causa consciente e voluntariamente, ou seja, se *representou corretamente a situação* sob a qual atuava e *conhecia os perigos* imanentes à sua conduta.

Assim, retomemos o "exemplo do terrorista" de Jakobs (que o autor descreve em termos propositadamente vagos), densificando a situação de facto e construindo três hipóteses alternativas:

Hipótese 1: O terrorista depara com o bloqueio policial na estrada e apercebe-se de que, a uma grande distância dos automóveis da polícia, se encontravam tranquilamente mais de 10 agentes policiais a observá-lo. Deduzindo, por isso, que não se encontrava ninguém por detrás dos automóveis da polícia, decide imediatamente quebrar a barreira e acaba por matar um agente que, não se tendo apercebido da sua aproximação, ainda se encontrava no local do embate.

Supondo que, com uma análise mais detida da situação de facto, o terrorista *poderia*, por exemplo, ter visto os pés do agente por debaixo do automóvel da polícia, o homicídio apenas pode ser-lhe imputado a título de negligência, pois que *desconhecia* a situação de facto por ter violado um *dever objetivo de cuidado*. A suposição de que não se encontrava ninguém por detrás da barreira terá sido precipitada, é certo, mas é justamente este tipo de equívocos (determinados por descuido ou leviandade) que conduz à afirmação de *negligência*. Como observava Welzel, não basta que o agente conheça "apenas potencialmente as circunstâncias do facto, *i. e.*,

[90] Sanhudo, 2021, pp. 56 e ss., 148, 154 e *passim*.

que pudesse tê-las suscitado na sua consciência" [91]. Mesmo que o terrorista mostrasse uma atitude de indiferença perante o direito, tal circunstância jamais poderia fundamentar a imputação (de um facto negligente) a título de dolo.

Hipótese 2: O terrorista depara com o bloqueio policial na estrada e apercebe-se que, por detrás dos automóveis da polícia, se encontravam 5 agentes policiais (que, dada a pequena distância entre o terrorista e o bloqueio, poderiam não ter tempo de escapar). Decide quebrar a barreira, acelerando a fundo e embatendo nos automóveis por detrás dos quais se encontravam os agentes da polícia, assim matando dois deles.

Pode afirmar-se claramente que, na esmagadora maioria dos casos deste tipo, ao menos na esfera da "co-consciência" (*Mitbewusstsein*) imanente à ação, o terrorista *representou* a possibilidade de dar a morte a um ou mais dos aludidos agentes. Na generalidade destas situações, portanto, o terrorista pratica a conduta de modo consciente, pois *sabe* que a barreira policial se encontra a determinada distância de si e que por detrás da mesma estão agentes da polícia, que dificilmente poderiam escapar.

Assim, com toda a probabilidade, o terrorista, como *qualquer pessoa* (*i. e.*, o "homem-médio" que serve de padrão pessoal-objetivo de aferição da ilicitude), representando a situação descrita naqueles termos, *sabe* que seria *provável* ou *previsível* que um (ou mais do que um) dos agentes policiais em causa fosse abalroado pelo automóvel em fuga ou por um dos automóveis da polícia, prestes a serem projetados pelo primeiro.

Portanto, ainda que, por egoísmo ou desconsideração, não tenha antecipado *especificamente* a morte de um agente policial em consequência da sua conduta (ainda que esse desfecho não lhe tenha "passado pela cabeça" ou não tenha sido por si *imaginado*), o terrorista *não podia, em princípio, ter ignorado semelhante possibilidade*, dada a configuração factual da situação (que conhecia). Por esse motivo, seria de considerar preenchido o elemento intelectual do dolo.

Voltando à *ratio* da punição mais severa dos delitos dolosos: o terrorista dispõe do conhecimento necessário para ter o domínio-do-facto,

[91] Welzel, 1969, p. 65.

com o dever de evitação acrescido que o mesmo comporta. Ele tem conscientemente "nas suas mãos" a vida ou a morte dos agentes e, por isso, conserva integralmente a efetiva possibilidade de motivação pela norma.

Portanto, na generalidade dos casos semelhantes ao da *Hipótese 2*, o agente, *em princípio*, possui o conhecimento necessário à afirmação do dolo. Contudo, são concebíveis situações (embora excecionais) em que assim não seja.

Hipótese 3: Mantendo a configuração externo-objetiva factual da *Hipótese 2*, imagine-se que resulta provado que o agente *não sabia* que o resultado era uma consequência previsível da sua conduta.

Em semelhantes casos, estar-se-á, como observa Almeida Costa (embora reportando-se a hipóteses de *dolus generalis* "invertido") perante a "*transmutação* de um erro intelectual num erro de valoração" [92] (= erro sobre a ilicitude) pois que, em virtude do erro intelectual (absolutamente irrazoável) em que incorre, o agente não tem a efetiva oportunidade de tomar consciência do *concreto* sentido de ilicitude da sua conduta. Caso, efetivamente, o terrorista *não soubesse* que, com aquele comportamento, poderia causar a morte de um ou mais agentes policiais, estaria já em causa, não um erro sobre a factualidade típica, mas sim um *erro sobre a ilicitude* (a subordinar à disciplina do art. 17.º CP). Acrescente-se ainda que semelhantes erros sempre seriam de considerar, na esmagadora maioria das situações, *censuráveis* — excluindo-se apenas as hipóteses em que circunstâncias excecionais afastassem a culpa (*e. g.*, a inimputabilidade do agente).

Ou seja, na hipótese de o agente *não saber* que poderia causar aquele resultado com a sua conduta, estará sempre em questão um erro intelectual de tal forma irrazoável e absurdo que, furtando ao agente a possibilidade de tomar consciência do concreto sentido de ilicitude da sua conduta, se *transmuta num verdadeiro erro de valoração* (= erro sobre a ilicitude), o qual, de resto, será de declarar *censurável* na generalidade dos casos (como se disse, sobretudo com a exceção das situações de inimputabilidade).

•

Como ficou demonstrado, um justo tratamento das situações-limite tidas em vista por Jakobs não tem que (nem pode) ser alcançada através de uma perversão do conceito de dolo.

[92] Costa, 2024, p. 218.

Não é aceitável, nem necessária, a conceção do "dolo como indiferença", com a qual Jakobs "carimba como desperdício de papel 200 anos de desenvolvimento dogmático" [93].

BIBLIOGRAFIA

Beling, Ernst (1906). *Die Lehre vom Verbrechen*. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

Carpzov, Benedikt (1635). *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*. Z. Schureri.

Costa, António Manuel de Almeida (2014). *Ilícito Pessoal, Imputação Objectiva e Comparticipação em Direito Penal*. Almedina.

Costa, António Manuel de Almeida (2024). *Dolus generalis* «invertido» e erro sobre o processo causal. *RPCC* 34(2), pp. 181-223.

Dias, Jorge de Figueiredo (2019). *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I (Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime)* (3.ª ed.). GestLegal.

Feuerbach, Paul Johann Anselm (1801). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Georg Friedrich Heyer.

Feuerbach, Paul Johann Anselm (1804). Betrachtungen über *dolus* und *culpa* überhaupt und den *dolus indirectus* insbesondere. In Almendingen, L. H.; P. J. A. Feuerbach & Grolman, D. K. *Bibliothek des peinlichen Rechts, der peinlichen Gesetzgebung und Gesetzeskunde. Vol.* 2 (193-243). Tasché und Müller.

Freund, Georg & Rostalski, Frauke (2019). *Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre* (3.ª ed.). Springer.

Frisch, Wolfgang (1983). *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*. Carl Heymanns.

Frister, Helmut (2019). Vorsatzdogmatik in Deutschland. *ZIS* 7-8, 381-386.

Gaede, Karsten (2009). Auf dem Weg zum potentiellen Vorsatz? Problematik und Berechtigung der zunehmenden Tendenzen zur normativen Relativierung des Vorsatzerfordernisses. *ZStW* 121(2), 239-280.

Greco, Luís (2009). Dolo sem vontade. In Silva Dias, A., Raposo, J. A., Lopes Alves, J., d'Almeida, L. D., Sousa Mendes, P. *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º Aniversário. Estudos de Direito e Filosofia* (885-903). Almedina.

Herzberg, Rolf Dietrich (1986). Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit — ein Problem des objektiven Tatbestandes. *JuS* 12, 249-262.

Herzberg, Rolf Dietrich (1988). Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verbrechen. *JZ* 43(12 e 13), 573-579 e 635-643.

Heuchemer, Michael (2005). *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, Duncker & Humblot.

Hsu, Yu-An (2007). *"Doppelindividualisierung" und Irrtum. Studien zur strafrechtlichen Lehre von der Erfolgszurechnung zum Vorsatz*. Duncker & Humblot.

Jakobs, Günther (1989). Über die Behandlung von Wollensfehlern und Wissensfehlern. *ZStW* 101(3), 516-537.

[93] Schünemann, 2014, p. 15.

Jakobs, Günther (1991). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch* (2.ª ed.). De Gruyter.
Jakobs, Günther (1995). Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischen" Prinzipiendenken. *ZStW* 107(4), 843-876.
Jakobs, Günther (2002). Gleichgültigkeit als *dolus indirectus*. *ZStW* 114(3), 584-599.
Jakobs, Günther (2012). *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Klostermann.
Jescheck, Hans-Heinrich & Weigend (Thomas) (1996). *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* (5.ª ed.). Duncker & Humblot.
Lesch, Heiko (1997). *Dolus directus, indirectus* und *eventualis*. *JA* 29, 802-809.
Monteiro, Cristina Líbano (2015). *Do Concurso de Crimes ao «Concurso de Ilícitos» em Direito Penal*. Almedina.
Otto, Harro (2004). *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre* (7.ª ed.). De Gruyter.
Palma, Maria Fernanda (2019). *Direito Penal. Parte Geral (A teoria geral da infração como teoria da decisão penal)* (4.ª ed.). AAFDL.
Pawlik, Michael (2004). *Person, Subjekt und Bürger*. Duncker & Humblot.
Pérez-Barberá, Gabriel. Vorsatz als Vorwurf: Zur Abkehr von der Idee des Vorsatzes als Geisteszustand. *GA* 160(8), 454-472.
Puppe, Ingeborg (1991). Vorstellungsinhalt des *dolus eventualis*. *ZStW* 103(1), 1-42.
Puppe, Ingeborg (2006). Besorgter Brief an einen künftigen Strafrechtswissenschaftler. In Di Fabio, U.; Kindhäuser, U. & Roth, W.-H. *Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen. Neue Folge. Band 1 (Ingeborg Puppe, Strafrechtsdogmatische Analysen)* (19-26). V&R unipress.
Puppe, Ingeborg (2019). *Strafrecht Allgemeiner Teil: im Spiegel der Rechtsprechung*. Nomos.
Puppe, Ingeborg (2023). § 15. In Kindhäuser, U., Neumann, U. & Paeffgen, H.-U. *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar*, Vol. 1 (6.ª ed., 751-807). Nomos.
Rostalski, Frauke (2017). Der (straf—)rechtliche Umgang mit illegalen Kraftfahrzeugrennen. Überlegungen *de lege lata* und *de lege ferenda*. *GA* 164(11), 585-599.
Roxin, Claus & Greco, Luís (2020). *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I (Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre)* (5.ª ed.). C. H. Beck.
Sanhudo, José Menezes (2021). *Exclusão da Ilicitude e Justificação Putativa: Uma Redefinição de Fronteiras*. Almedina.
Schünemann, Bernd (1999). Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff. In Weigend, Th. & Küper, G. *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70.Geburtstag am 11.April 1999* (363-378). De Gruyter.
Schünemann, Bernd (2001). Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft. In Schünemann, B., Achenbach, H., Bottke, W., Haffke, B. & Rudolphi, H.-J. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001* (1-32). De Gruyter.
Schünemann, Bernd (2014). Ein neues Bild des Strafrechtssystems? *ZStW* 126(1), 1-26.
Schünemann, Bernd & Greco, Luís (2006). Der Erlaubnistatbestandsirrtum und das Strafrechtsystem. Oder: Das Peter-Prinzip in der Strafrechtsdogmatik? *GA* 153(12), 777-792.
Silva, Sandra Oliveira e (2020). "Longe da vista…" ou a relevância da prova indireta no âmbito do erro. *RPCC* 30(3), 577-594.
Viana, Eduardo (2017). *Dolo como compromisso cognitivo*. Marcial Pons.
Vogel, Joachim (2006). Normativierung und Objektivierung des Vorsatzes? *GA* 153(5), 386-389.
Welzel, Hans (1969). *Das Deutsche Strafrecht* (11.ª ed.). De Gruyter.

O "PARADOXO DO VOTANTE RACIONAL" À LUZ DE MOTIVAÇÕES EGOÍSTAS E SOCIAIS

UMA REFLEXÃO SOBRE O PAPEL DA EFICÁCIA DO GOVERNO, DA DESIGUALDADE SOCIAL E DA CORRUPÇÃO NA PARTICIPAÇÃO ELEITORAL

José Neves Cruz *

Abstract: This is an exploratory study that deals with rational voter turnout in local elections. It is based on the "paradox of the rational voter", which arises from the fact that most voters cast their vote when the expected benefit of voting is negligible, since the probability of a vote affecting the outcome is close to zero. However, if one considers that the rational voter's motivation to vote is not only selfish but can also be social, i.e. oriented towards the welfare of all, the "paradox of the rational voter" could disappear. With this theoretical support, consideration was given to how government effectiveness, inequality and corruption can influence voter turnout. Since the first two factors are based on selfish motivation and the third on social motivation, 15 hypotheses were made about the influence of the three factors and their ability to prove or disprove the "rational voter paradox". The conclusions of the exploratory considerations open up avenues for future empirical research using methods that have not been widely used in the study of these phenomena.

Resumo: Este estudo é exploratório e aborda a decisão racional de ir votar. Assenta no "paradoxo do votante racional", que emerge do facto de a maior parte dos eleitores votarem quando o benefício esperado do ato de ir votar é irrisório, tendo em conta a quase nula probabilidade de um voto influenciar o resultado. Todavia, considerando que a motivação do votante racional para ir às urnas não é apenas egoísta, mas poderá ser também social, ou seja, centrada no bem-estar de todos, o "paradoxo do votante racional" poderá desvanecer. Com este suporte teórico, fez-se uma reflexão sobre como a eficácia do governo, a desigualdade e a corrupção podem influenciar a participação eleitoral. Sendo os dois primeiros fatores assentes na motivação egoísta e o terceiro na motivação social, definiram-se 15

* CIJ, Faculdade de Direito, Universidade do Porto.

hipóteses quanto à influência dos três fatores e sua capacidade para comprovar ou contrariar o "paradoxo do votante racional". As conclusões da reflexão exploratória abrem caminhos para investigações empíricas futuras com recurso a métodos que não têm sido frequentemente usados no estudo destes fenómenos.

Keywords: Voter turnout; rational voter paradox, corruption; inequality; government efficacy, elections.

Palavras-chave: Participação eleitoral, "paradoxo do votante racional", corrupção, desigualdade, eficácia do governo, eleições.

1. INTRODUÇÃO

O ato de votar é a base do sistema político democrático, uma vez que consiste na revelação das preferências dos votantes relativamente às opções que são propostas a votação e permite que os votantes contribuam para a escolha pública. Espera-se que cada votante seja racional quando vota, significando isto que ordena as opções segundo a sua preferência e vota naquela que lhe proporcione um maior bem-estar, ou seja, que se apresente mais atrativa do ponto de vista da relação custo-benefício. De facto, "uma escolha é racional se é a melhor forma de atingir um certo fim logicamente consistente" [1]. Se os votantes não votarem racionalmente a democracia deixará de ser um sistema de escolha coletiva em resposta às preferências do eleitorado. Assim, a democracia requer que os eleitores sejam capazes de avaliar e responsabilizar os governos quanto ao seu desempenho. Se os eleitores não votam racionalmente, ou seja, não procuram maximizar o seu bem-estar com base nas suas preferências, não será possível punir ou premiar os governos que se afastem ou aproximem das preferências do eleitorado, pois não haverá critérios de responsabilização. Nesse caso a democracia ficará esvaziada de valor, pois os cidadãos não elegem racionalmente os candidatos ou as propostas que propõem a escolha coletiva que mais preferem. Segundo o modelo de escolha racional, as pessoas decidem votar no âmbito do cálculo de benefícios e custos associados ao ato de votar.[2]Todavia, é bem conhecido que o ato de votar em eleições com um eleitorado muito numeroso (por exemplo nas eleições do Parlamento) não pode

[1] Veja-se McGann, 2016, p. 2.
[2] Cf. Downs, 1957, pp. 164-204.

ser explicado com base nos benefícios individuais *egoístas*, pois a probabilidade de que o voto individual influencie o resultado das eleições é quase zero, o que implica que muito raramente os benefícios do ato de votar [3] excedam os custos [4]. Mesmo nas eleições de governos locais, cada votante continua a evidenciar uma baixa probabilidade de influenciar o resultado das eleições. Por exemplo, compare-se um país com um milhão de votantes nas eleições do governo nacional e um município com dez mil votantes nas eleições do governo municipal. Se o resultado para um votante, quer nas eleições do governo central quer nas eleições locais, é de 10000 €, na eleição de âmbito nacional o ganho esperado é menos de 1 cêntimo (pois há que retirar os custos de votar) e na eleição local é menos de 1 €. Mas, "uma maioria dos eleitores vota, de facto" [5], o que configura o "paradoxo do votante racional". A abordagem do ato de votar segundo uma perspetiva racional tem dificuldade em explicar porque as pessoas votam.

Tendo em conta esta dificuldade, emergiram na literatura outros argumentos para procurar explicar o ato de votar, como o sentido de dever cívico [6]. De acordo com Edlin, Gelman & Kaplan [7], um dos problemas dos modelos de escolha racional quanto ao ato de votar assenta no facto de assumirem que os indivíduos apenas têm preferências egoístas, ou seja, são guiados por motivações egoístas. Daí que defendem que para ultrapassar o "paradoxo do votante racional" as motivações sociais, como por exemplo as gratificações sociais, devem ser acrescentadas aos benefícios egoístas que constam do modelo [8]. A racionalidade não pode estar restringida a um pressuposto de egoísmo, porque o ato de votar pode ser racional com base numa motivação social, ou seja, num "julgamento do votante sobre as consequências sociais esperadas do resultado da eleição, distintas das consequências diretas para esse votante" [9]. Assim, os eleitores

[3] Os benefícios esperados da eleição são os benefícios que o indivíduo obterá se for eleita a opção ou o candidato que mais prefere, multiplicados pela probabilidade de o seu voto influenciar a eleição. Se esta probabilidade é próxima de zero, o valor dos benefícios esperados será também próximo de zero.

[4] Cf. Mladenović & Vasić, 2024, pp. 958-960.

[5] Hansen, 1994, p. 6.

[6] Veja-se, por exemplo, Riker & Ordeshook, 1968, pp. 25. 42.

[7] Edlin, Gelman & Kaplan, 2007, p. 294.

[8] C.f. Aldrich, 1993, pp. 246-278; Edlin, Gelman & Kaplan, 2007, pp. 293-314,

[9] Edlin, Gelman & Kaplan, 2007, p. 294.

podem ter preferências egoístas e sociais. Para Edlin, Gelman & Kaplan [10], "votar é racional mesmo em grandes eleições se os indivíduos tiverem preferências 'sociais' e estiverem preocupados com o bem-estar social". Todavia, o problema central do modelo básico de escolha racional mantém-se: dada a hipótese quase nula de uma pessoa alterar o resultado de uma eleição, será a motivação egoísta efetivamente irrelevante para levar as pessoas a votar?

Partindo desta questão, o objetivo deste estudo é refletir sobre o modo como alguns fatores socioeconómicos, identificados na literatura como influentes no ato de votar, poderão assumir um perfil de motivação egoísta ou de motivação social que leve os indivíduos a votar, contribuindo assim para esclarecer o "paradoxo do votante racional". No estudo da participação eleitoral destacam-se três fatores socioeconómicos (uns mais relacionados com motivações egoístas e outro com motivações sociais) que receberam ampla atenção por parte dos académicos: *eficácia do governo* [11], *desigualdade social* [12] e *corrupção* [13]. A partir destes três fatores far-se-á uma reflexão exploratória sobre a participação eleitoral e o "paradoxo do votante racional", propondo-se no final algumas hipóteses que poderão conduzir a futuros estudos empíricos.

A reflexão centra-se em eleições locais, porque não incorporam uma tão elevada componente ideológica como as eleições nacionais, o que permite uma melhor destrinça entre o tipo de motivações egoístas ou sociais no ato de votar. De facto, os eleitores podem ser movidos por motivações ideológicas, especialmente como forma de ultrapassar limitações heurísticas, como a falta de informação sobre as propostas dos candidatos.[14]Admitindo que uma grande parte dos votantes age com base em motivação ideológica, a qual tende a ser estável ao longo do tempo, será difícil distinguir no comportamento dos votantes as bases de uma escolha racional. Vota-se em sucessivas eleições num dado partido por fidelidade ideológica, independentemente da forma como as propostas de todos os partidos vão

[10] *Idem*.

[11] Por exemplo, Hansen, 1994; McDonnell, 2020; Modise & Nxumalo, 2022.

[12] Por exemplo, Stockemer & Scruggs, 2012; Matsubayashi & Sakaiya, 2021; Wilford, 2020.

[13] Por exemplo, Dahlberg & Solevid, 2016; Stockemer, 2013; Stockemer, LaMontagne & Scruggs, 2011.

[14] Como indicado por Kitschelt & McGann (1995), citado em McGann (2016), p. 3.

variando de eleição para eleição. Daí que o foco deste estudo em eleições locais permite em grande medida ultrapassar este problema. De facto, as eleições locais, especificamente as municipais, não estão tão sobrecarregadas de influência ideológica, uma vez que normalmente os municípios possuem competências reduzidas em assuntos de maior carga ideológica, como sejam o crescimento económico, a configuração da tributação, a distribuição do rendimento, o desemprego e condições laborais e a segurança e defesa. Isto é especialmente verdade num país como Portugal, pois é muito centralizado e os governos municipais têm uma autonomia fiscal reduzida e pouca influência ao nível do desempenho da economia, da distribuição do rendimento ou da evolução dos preços. São governos essencialmente vocacionados para a administração e provisão de bens públicos locais. Deste modo, contextuar esta reflexão em eleições de governos locais é apropriado para uma mais clara destrinça entre as motivações egoístas e as motivações sociais, sem o "ruído (irracional)" da militância ideológica.

O estudo prossegue com uma reflexão sobre a natureza da motivação racional dos três fatores mencionados e como se espera que influenciem a participação eleitoral e conclui com a apresentação das hipóteses exploratórias que emanam dessa reflexão.

2. EFICÁCIA DO GOVERNO

A eficácia do governo pode ser identificada como uma motivação egoísta para votar, porque as pessoas estão interessadas nos resultados económicos pessoais que advêm da governação [15]. Os governos com baixa eficácia governativa proporcionam baixo bem-estar aos seus cidadãos. No entanto, "a avaliação pode ser baseada em resultados económicos pessoais ou pode ser socio-trópica (como a economia em geral se comportou para todos)" [16]. No primeiro caso, o comportamento é orientado pela motivação egoísta, mas no segundo caso pela motivação social, ou seja, por uma avaliação pessoal dos benefícios sociais dos resultados macrossociais, como o crescimento económico, a baixa inflação e a baixa desigualdade. Além disso, como mencionado, a participação eleitoral pode ser guiada por

[15] Cf. Caillier (2010), p. 1016.
[16] McGann (2016), p. 3.

motivações ideológicas. Contudo, como se referiu, as competências dos governos locais normalmente são reduzidas nas dimensões com impacto ideológico. Destarte, a análise por parte dos cidadãos da eficácia do governo local assentará essencialmente numa motivação egoísta, tendo em conta que as competências dos governos locais se focam no bem-estar dos cidadãos locais, designadamente no âmbito de serviços e equipamentos locais, como o saneamento, o tratamento e fornecimento de água potável, o tratamento de espaços públicos e jardins, a gestão e manutenção das vias públicas, a construção e a habitação, a gestão dos solos e de bens culturais. Assim, o sentido da relação entre a eficácia do governo e a participação eleitoral pode ser enquadrado na motivação egoísta da decisão racional de votar. Se a relação for positiva, ou seja, se quando os cidadãos experienciam um mau desempenho do governo deixam de ir votar, então parecem não acreditar que o seu voto possa mudar a situação, não afastando assim a permanência do "paradoxo do votante racional". Se, pelo contrário, os cidadãos reagem à experiência de um bom desempenho governamental indo votar, é porque querem garantir que não há uma mudança para um candidato que apreendem como tendo pior desempenho. Esse comportamento faz sentido do ponto de vista da motivação egoísta se acreditam que o seu voto pode influenciar o resultado. Se se comportam desta forma, o "paradoxo do votante racional" não é suportado.

De facto, vários estudos comprovam uma relação positiva entre a eficácia do governo e a participação eleitoral. Por exemplo, Hansen [17] obteve evidência de que políticas eficazes contribuem para um maior nível de participação nas eleições locais norueguesas. McDonnell [18] também concluiu que a eficácia política está associada a uma maior participação na política local. Modise e Nxumalo [19], num estudo para o quinto governo local eleito na Província do Noroeste, na África do Sul, em 2016, verificaram que os municípios que experienciaram uma má governação tiveram um declínio acentuado na participação eleitoral.

No entanto, uma relação negativa entre a eficácia do governo e a participação eleitoral pode também ser enquadrada no comportamento baseado em motivação egoísta. Isto acontece quando a baixa eficácia

[17] Hansen (1994), pp. 1-30.
[18] McDonnell (2020), pp. 331-350.
[19] Modise & Nxumalo (2022), p. 1.

do governo mobiliza os eleitores a votar para mudar os governantes ineficazes e assim aumentarem os benefícios pessoais da governação local. Neste caso, os cidadãos acreditam no "poder" do seu voto apesar da baixíssima probabilidade de o voto influenciar o resultado. Se se comportam desta forma, o "paradoxo do votante racional" não é suportado. Se, pelo contrário, quando os cidadãos experimentam uma alta eficácia do governo, o nível de participação eleitoral baixa, isso indica que a satisfação com o "status quo" torna ainda mais racional, segundo a motivação egoísta, não incorrer nos custos de ir votar. Se este é o seu comportamento em relação à elevada eficácia do governo, o "paradoxo do votante racional" mantém-se presente.

Quando não existe uma relação significativa entre a eficácia do governo e a participação eleitoral, ou seja, os cidadãos não reagem em termos de participação eleitoral ao desempenho do governo, o "paradoxo do votante racional" permanece.

3. DESIGUALDADE SOCIAL

Como mencionado atrás, os governos locais têm poucas competências em questões distributivas, tanto em termos de políticas fiscais como de despesas. Mas isso não impede que afetem de forma diferenciada os pobres e os ricos. O grau de desigualdade pode indicar respostas diferentes dos decisores políticos locais aos interesses dos diferentes grupos de rendimento. Por exemplo, o poder local pode optar por investir recursos públicos em zonas residenciais dos mais ricos, proporcionando-lhes infraestruturas que aumentam a qualidade de vida (zonas residenciais cuidadas, embelezamento paisagístico, melhores acessos), incrementando-lhes o valor da propriedade. Em alternativa, as políticas podem priorizar alguns apoios sociais aos mais pobres, como refeições gratuitas nas escolas ou melhorar os acessos e as infraestruturas locais das zonas residenciais mais pobres. Estas políticas têm um forte impacto nos benefícios pessoais dos contribuintes. Assim, a relação entre desigualdade e participação eleitoral nas eleições locais poderá expressar a forma como os diferentes grupos de rendimento encaram a governação relativamente aos seus interesses pessoais, tendo em conta benefícios e custos. Se assim for, a influência da desigualdade na participação eleitoral enquadra-se na escolha racional relativamente ao ato de votar por motivação egoísta. Por exemplo, se um candidato promete que se for eleito dará prioridade aos mais desfavorecidos, tanto os ricos como os pobres podem

ir às urnas por motivos opostos. Os primeiros para eleger o candidato que lhes promete benefícios pessoais; os segundos para impedirem a eleição de um candidato que os possa prejudicar.

A literatura sobre a relação entre desigualdade económica e participação eleitoral mostra que existem teorias que se contradizem [20]. Uma relação negativa entre desigualdade e participação eleitoral é apoiada pela *teoria do poder relativo* ("relative power theory") e uma relação positiva pela *teoria do conflito* ("conflict theory"). Segundo a primeira, quanto maior a desigualdade, menor a participação política dos mais pobres, como observam Dash, Ferris & Voia [21]:

> A teoria do poder relativo (TPR) defende que, à medida que o rendimento se torna cada vez mais concentrado nas mãos de indivíduos com rendimentos mais elevados, cujo rendimento mais elevado confere maior poder político, os decisores de políticas públicas responderão cada vez mais aos interesses destes grupos de rendimentos mais elevados. Consequentemente, os eleitores com baixos rendimentos perdem o interesse pela política como mecanismo de resposta às suas preferências e a sua desvinculação reflete-se numa menor participação política e eleitoral.

Em contraste, a *teoria do conflito* pressupõe que um aumento da desigualdade mobiliza os mais pobres. Como afirmam Dash, Ferris & Voia [22]:

> (...) maior desigualdade de rendimentos levará o eleitor mediano (cujo rendimento está abaixo da média) a explorar a sua posição maioritária e a tentar redistribuir o rendimento a seu favor. Isto, por sua vez, gera oposição por parte dos grupos de rendimentos mais elevados, com o conflito resultante a estimular um maior envolvimento político e uma maior participação eleitoral.

Segundo Stockemer & Scruggs [23] os ricos também se mobilizam porque acreditam que os pobres tentarão mudar a sua posição através da mobilização: "Isto aumenta os possíveis ganhos e perdas dos dois grupos nas eleições, dando aos cidadãos mais incentivos para comparecer" [24]. No entanto, alguns autores defendem que um aumento da desigualdade mobilizará os mais pobres, mas desmobilizará os ricos (argumento de enviesamento negativo), mas a mobilização dos

[20] Cf. Stockemer & Scruggs (2012), pp. 764-773.
[21] Dash, Ferris & Voia (2023), p. 325.
[22] *Idem*, p. 325.
[23] . Stockemer & Scruggs (2012), p. 766.
[24] *Idem*, p. 766.

pobres excederá a desmobilização dos ricos, pelo que o resultado final será um aumento da participação eleitoral [25].

Matsubayashi e Sakaiya [26] salientam que:

> (...) os efeitos mobilizadores e desmobilizadores de um aumento da desigualdade de rendimentos são semelhantes em termos de dimensão, o que sugere que o nível geral de participação eleitoral dificilmente mudará drasticamente à medida que a desigualdade de rendimentos aumenta.

Os resultados empíricos sobre a influência da desigualdade na participação eleitoral em eleições locais refletem esta ambiguidade. Cancela & Geys [27] indicam que nas eleições locais e regionais em Portugal a influência da desigualdade de rendimentos na participação eleitoral é quase irrelevante. Dash, Ferris & Voia [28] salientam que para as eleições locais no Canadá e na Índia não existe uma relação monótona entre desigualdade e participação eleitoral, mas sim uma relação em formato de U invertido, ou seja, para baixos níveis de desigualdade a *teoria do conflito* é confirmada e para altos níveis de desigualdade a relação torna-se negativa (o que suporta a *teoria do poder relativo*). Kouba, Novák & Strnad [29] analisaram os determinantes da participação eleitoral nas eleições locais utilizando uma amostra de 275 eleições em 97 países e verificaram que a desigualdade não está relacionada com a participação eleitoral. Van Holm (2018) [30] analisou a participação cívica a nível local nos Estados Unidos numa amostra de cidades pequenas e médias e descobriu que a desigualdade de rendimentos está correlacionada com taxas de participação política mais elevadas. Na mesma linha, Szewczyk & Crowder-Meyer [31] mostraram que a desigualdade de rendimentos locais aumenta a participação política. Em contraste, Schäfer & Schwander [32] examinaram dados locais de 402 condados na Alemanha entre 1998 e 2017 e concluíram que existe "um efeito consistentemente negativo da desigualdade de rendimentos na participação eleitoral,

[25] Veja-se Oliver (2001).
[26] Matsubayashi & Sakaiya (2021), p. 14.
[27] Cancela & Geis (2016), p. 269.
[28] Dash, Ferris & Voia (2023), p. 325.
[29] Kouba, Novák & Strnad (2021), pp. 58-78.
[30] Van Holm (2018), pp. 135-144.
[31] Szewczyk & Crowder-Meyer (2022), pp. 479-504.
[32] Schäfer & Schwander (2019), pp. 395-413.

com coeficientes estatisticamente significativos que fortalecem a confiança nas descobertas" [33].

Em suma, "a influência da desigualdade na participação eleitoral é inconclusiva" [34].

Relativamente à racionalidade do ato de votar, a contraprova em suporte da *teoria do conflito*, isto é., uma elevada desigualdade configurar-se como um fator mobilizador da participação eleitoral, significará que para os votantes há uma razão para ir votar por motivação racional egoísta. Este comportamento dos eleitores não suporta o "paradoxo do votante racional". Ainda segundo a *teoria do conflito*, se uma baixa desigualdade é um fator desmobilizador do ponto de vista racional, isso significa que a satisfação com o "status quo" é um fator adicional para não ir votar, o que não afasta a existência do "paradoxo do votante racional".

Todavia, também a contraprova em suporte da *teoria do poder relativo* pode ser enquadrada na tomada de decisão racional por motivação egoísta. Por exemplo, perante elevada desigualdade, se os eleitores (especialmente os mais pobres) não acreditarem que o seu voto produzirá alterações nas políticas do governo, não votarão, assumindo assim um comportamento coerente com a tomada de decisão racional, não afastando a ocorrência do "paradoxo do votante racional". Se perante uma baixa desigualdade os eleitores, especialmente os mais pobres, se mobilizarem ao voto com receio de que as eleições possam alterar a situação direcionando os benefícios para outros grupos de rendimento, o "paradoxo do votante racional" não é suportado.

A inexistência de uma relação significativa, positiva ou negativa, entre desigualdade e participação eleitoral poderá revelar que os cidadãos não reagem em termos de participação eleitoral à forma como os governos respondem diferentemente a diferentes grupos de rendimento, permanecendo o "paradoxo do votante racional".

4. CORRUPÇÃO

A influência da corrupção na participação eleitoral pode ser motivada principalmente pela motivação social. Vários estudos referem as consequências negativas da corrupção para a sociedade. Realça-se

[33] *Idem*, p. 407.
[34] Stockemer (2017), p. 712.

que a corrupção coloca o contrato social em risco e prejudica a democracia [35] assim como o sentido de dever cívico no ato votar [36]. Na dimensão económica, a corrupção atua como um "grande impedimento ao crescimento e ao desenvolvimento" [37]. Segundo Stockemer [38], a corrupção está disseminada em todo o tipo de instituições e afeta municípios, regiões e países. Está demonstrado que a corrupção deteriora a qualidade dos serviços públicos: "sempre que os contratos públicos vão para o maior pagador de subornos em vez do melhor prestador de serviços, os governos e as burocracias dissipam recursos e atrasam os projetos de infraestruturas" [39].

Pode argumentar-se que a corrupção tem consequências pessoais diretas nos cidadãos, mobilizando-os ao voto por motivações egoístas. Seria o caso do "clientelismo" em que os políticos trocam votos por bens públicos [40]. No entanto, o número de pessoas beneficiadas pela corrupção tende a ser reduzido e os benefícios são normalmente dirigidos a determinadas empresas ou grupos de interesse poderosos que têm fácil acesso ao poder político e são parceiros em contratos públicos [41]. A sua influência em termos de peso eleitoral é diminuta. Além disso, os malefícios pessoais da corrupção raramente são percebidos pelos cidadãos, porque os atos de corrupção estão ocultos sob a aparência de legalidade e o acesso à informação é difícil. Acresce que poucos cidadãos têm conhecimentos para perceber e avaliar a informação técnica disponível. Não menos importante é o facto de dificilmente ser identificável quem diretamente sofre os prejuízos, ou estes estão disseminados por um tão elevado número de cidadãos que o prejuízo de cada um é reduzido e as vítimas acabam por não ter consciência de o serem [42]. Assim, os cidadãos não possuem informação que lhes permita comparar a diferença de consequências para si entre a situação sem corrupção, designadamente em termos da quantidade e qualidade dos serviços providenciados pelo

[35] Veja-se por exemplo, Drapalova et. al. (2019); Kubbe & Engelbert (2018); Lagunes (2012).
[36] Como demonstram Bowler & Donovan (2013); Feitosa (2020); Sundström & Stockemer (2015).
[37] Jain (2001), p. 71.
[38] Cf. Stockemer (2013), p. 698.
[39] Stockemer & Calca (2013), p. 535.
[40] Para uma análise do clientelismo e as eleições *vide* Stokes *et al.* (2012).
[41] Sobre o poder dos grupos de interesse na escolha pública *vide* Olson (1965).
[42] Cf. Friedrichs (2010), pp. 44-49.

governo local e a realidade que experimentam. Daí que dificilmente será a motivação egoísta que levará a que a corrupção influencie a sua decisão relativamente ao ato de ir votar nas eleições locais. Diferentemente, esperar-se-á que seja a perceção coletiva dos malefícios da corrupção (motivação social) que influencie essa decisão. Com base na motivação social, a corrupção poderá mobilizar os eleitores a votar (*efeito mobilizador*) ou a não votar (*efeito desmobilizador*). O primeiro justifica-se, porque o eleitorado, se valoriza a ética social e a qualidade das instituições, pode aproveitar as eleições para punir os políticos envolvidos em corrupção apoiando outros candidatos. De acordo com Wang (2016), o *efeito mobilizador* também pode equacionar-se como uma reação à deterioração das instituições provocada pela corrupção. Nesse caso a perda de confiança nas instituições é uma motivação para a participação política, ou seja, o voto é uma forma de protesto. Qualquer destas explicações do *efeito mobilizador* se insere na racionalidade baseada em motivação social.

Mas, a corrupção também pode provocar um *efeito desmobilizador*, levando a que os cidadãos se abstenham de ir votar, porque não acreditam que possam influenciar o comportamento dos decisores políticos. Neste caso a corrupção desmotiva socialmente os cidadãos em ir às urnas porque "as pessoas só votarão se estiverem confiantes de que o sistema político está a responder de alguma forma ao seu comportamento eleitoral" [43] . Se os cidadãos não acreditam que podem prevenir comportamentos corruptos com o seu voto, perdem o interesse pela política e deixam de votar [44].

Tanto o *efeito desmobilizador* como o *efeito mobilizador* encontram suporte empírico em estudos que examinam a relação entre corrupção e participação eleitoral em eleições locais [45]. Existem também estudos que não encontram uma relação significativa entre a corrupção e a participação eleitoral [46].

---

[43] Cf. Putnam (2000); citado em Hadjar & Beck (2010), p. 527.

[44] Veja-se Stockemer, LaMontagne & Scruggs (2011), p. 76.

[45] Por exemplo, os estudos de Chong, Karlan & Wantchekon (2015); Costas-Perez, (2014); Giommoni, (2021); Jiménez & Garcia, (2018); Johnson (2024); Sundström & Stockemer, (2013) confirmam o efeito desmobilizador. Por seu lado os estudos de Escalera, Calcagno & Shughart II, (2012); Karahan, Coats & Shughart II, (2006); Lacombe *et al*., (2016); Neskkova & Kalesnikaite, (2019); Rundlett, (2018); Stockemer & Calca, (2013) confirmam o efeito desmobilizador.

[46] Por exemplo, Kostadinova, (2009).

Em suma, continua vivo o debate sobre se a corrupção ajuda a diminuir ou a aumentar a participação eleitoral ou se não tem qualquer efeito.

No que se refere à racionalidade quanto ao ato de ir votar, se se verificar que a corrupção mobiliza a participação eleitoral, confirma-se o modelo racional do ato de votar com base na motivação social, isto é, a motivação social expressa a escolha racional de ir votar, contrariando o "paradoxo do votante racional". Se a corrupção desmobilizar a participação eleitoral, então, provavelmente a influência da motivação social é insuficiente para contrariar a perceção do eleitor de que o seu voto tem uma baixa probabilidade para influenciar o resultado das eleições e o "paradoxo do votante racional" permanece. Se a existência de baixa corrupção mobilizar os eleitores, o comportamento será coerente com a tomada de decisão racional se os votantes atuarem por motivação social e acreditarem que o resultado das eleições poderá levar à eleição de candidatos corruptos. Se se comportarem desta forma o "paradoxo do votante racional" não é suportado.

Se a corrupção não influenciar a participação eleitoral, isso indica que a corrupção não contribui para explicar porque tantos cidadãos votam, mantendo-se o "paradoxo do votante racional".

5. QUESTÕES DE PESQUISA PARA ESTUDO EMPÍRICO

O objetivo deste estudo é equacionar em que medida a racionalidade guiada por motivações egoístas e sociais ajuda a compreender a participação eleitoral em eleições locais. Formulam-se assim algumas questões de pesquisa para futuros estudos empíricos. Questiona-se:

(a) se e como a eficácia do governo influencia a participação eleitoral;

(b) se e como a desigualdade social influencia a participação eleitoral;

(c) se e como a corrupção influencia a participação eleitoral.

6. HIPÓTESES EXPLORATÓRIAS SOBRE FATORES DE PARTICIPAÇÃO ELEITORAL E SUA RELAÇÃO COM O "PARADOXO DO VOTANTE RACIONAL"

Nesta secção apresentam-se diversas hipóteses que elencam todas as respostas possíveis às questões de investigação indicadas. Como

mencionado atrás, o "paradoxo do votante racional" emerge da constatação da existência de uma discrepância entre a baixa atratividade do ato de votar e o facto de a maioria dos votantes irem às urnas. Essa diferença deixa em aberto a possibilidade de nem sempre os votantes atuarem de forma racional quando decidem votar. Nas diferentes hipóteses que se apresentam de seguida, sustentadas nas teorias e reflexão apresentadas, averigua-se a atuação racional na tomada de decisão de ir ou não votar (seja por motivação egoísta, seja por motivação social).

6.1. Hipóteses quanto à eficácia do governo e sua relação com o "paradoxo do votante racional"

1a. Relação positiva entre eficácia do governo e participação eleitoral

$1a_1$ A elevada eficácia do governo aumenta a participação eleitoral.

Segundo a motivação egoísta, se perante uma elevada eficácia do governo os cidadãos se sentem mobilizados a votar, isso provavelmente significa que têm um receio fundado de que a situação se pode alterar com as eleições, e votam racionalmente para prolongar os seus benefícios pessoais. Se esta hipótese for confirmada, o "paradoxo do votante racional" não é suportado.

$1a_2$ A baixa eficácia do governo diminui a participação eleitoral.

Segundo a motivação egoísta, se perante uma baixa eficácia do governo os cidadãos não se mobilizam a votar para mudar a situação é porque consideram que a utilidade esperada de ir votar não justifica a mobilização. Se esta hipótese for confirmada, o "paradoxo do votante racional" não é afastado.

1b. Relação negativa entre eficácia do governo e participação eleitoral

$1b_1$ A elevada eficácia do governo diminui a participação eleitoral.

Segundo a motivação egoísta, se após uma elevada eficácia do governo, os cidadãos desmobilizam em termos de participação eleitoral, tendo em conta que a satisfação com o "status quo" torna ainda mais racional não incorrer nos custos de ir votar, o "paradoxo do votante racional" não é afastado.

$1b_2$ A baixa eficácia do governo aumenta a participação eleitoral.

Segundo a motivação egoísta, se perante uma baixa eficácia do governo, os cidadãos vão votar como forma de protesto, sendo racionalmente motivados pelas perdas que sofrem devido à baixa eficácia

do governo, levando-os a votar contra a reeleição dos anteriores governantes, o "paradoxo do votante racional" não é suportado.

1c. Inexistência de uma relação estatisticamente significativa entre eficácia do governo e a participação eleitoral

Se os cidadãos não reagem em termos de participação eleitoral ao desempenho do governo, o "paradoxo do votante racional" não é afastado.

6.2. Hipóteses quanto à desigualdade social e sua relação com o "paradoxo do votante racional"

2a Relação positiva entre desigualdade social e participação eleitoral (teoria do conflito)

$2a_1$ A elevada desigualdade aumenta a participação eleitoral.

Segundo a motivação egoísta, se perante uma elevada desigualdade a participação eleitoral aumenta, isto significa que, com base na *teoria do conflito*, os eleitores de diferentes grupos de rendimento votam, uns para mudar a situação, de modo a aumentar as suas vantagens pessoais, e outros para evitar a mudança e manter os seus benefícios. Se esta hipótese se confirmar, o "paradoxo do votante racional" não é suportado.

$2a_2$ A baixa desigualdade diminui a participação eleitoral.

Segundo a motivação egoísta, se perante uma baixa desigualdade a participação eleitoral diminui, isto significa que, com base na *teoria do conflito*, os cidadãos dos vários grupos de rendimento estão confortáveis com o "status quo", configurando-se isso como um fator adicional para não ir votar. Se esta hipótese se confirmar, o "paradoxo do votante racional" não é afastado.

2b. Relação negativa entre desigualdade e participação eleitoral (teoria do poder relativo)

$2b_1$ A elevada desigualdade diminui a participação eleitoral.

Segundo a motivação egoísta, se perante uma elevada desigualdade a participação eleitoral diminui, isto significa que, com base *na teoria do poder relativo*, os eleitores (especialmente os mais pobres) não creem que o seu voto produza alterações nas políticas, não votando. Se esta hipótese se confirmar, o "paradoxo do votante racional" não é afastado.

$2b_2$ A baixa desigualdade aumenta a participação eleitoral.

Segundo a motivação egoísta, se perante uma baixa desigualdade a participação eleitoral aumenta, isto significa que, com base na *teoria do poder relativo*, os eleitores (especialmente os mais pobres) vão racionalmente votar com base no receio de que com a eleição sejam aprovados candidatos ou propostas que não priorizam a desigualdade e que isso lhes cause perdas. Se esta hipótese se confirmar, o "paradoxo do votante racional" não é suportado.

2c. Inexistência de uma relação estatisticamente significativa entre a desigualdade e a participação eleitoral

Se os cidadãos não reagem à forma como os governos respondem desigualmente a diferentes grupos de rendimento, o "paradoxo do votante racional" não é afastado.

6.3. Hipóteses quanto à corrupção e sua relação com o "paradoxo do votante racional"

3a Relação positiva entre corrupção e participação eleitoral

$3a_1$ A elevada corrupção aumenta a participação eleitoral.

Segundo a motivação social, se perante elevada corrupção os cidadãos se sentem mobilizados a votar (*efeito mobilizador*), isso provavelmente significa que os eleitores racionalmente decidem votar para punir os governantes corruptos, punindo comportamentos corruptos. Se esta hipótese se confirmar, o "paradoxo do votante racional" não é suportado.

$3a_2$ A baixa corrupção diminui a participação eleitoral.

Segundo a motivação social, se perante baixa corrupção os cidadãos reduzem a participação eleitoral é porque consideram que a utilidade esperada de ir votar não justifica a mobilização. Se esta hipótese se confirmar, o "paradoxo do votante racional" não é afastado.

3b. Relação negativa entre corrupção e participação eleitoral

$3b_1$ A elevada corrupção diminui a participação eleitoral.

Segundo a motivação social, se perante elevada corrupção, os cidadãos desmobilizam em termos de participação eleitoral (*efeito desmobilizador*) desacreditam na capacidade de influência do seu voto para mudar a situação. Isso significa que a sua motivação social é insuficiente para os mobilizar perante a baixa utilidade esperada do ato de votar, daí que racionalmente não votam. Se esta hipótese se confirmar, o "paradoxo do votante racional" não é afastado.

$3b_2$ A baixa corrupção aumenta a participação eleitoral.

Segundo a motivação social, perante baixa corrupção racionalmente os eleitores irão mobilizar-se se houver o risco de nas eleições a situação mudar. Nesse caso a mobilização justifica-se para procurar a reeleição dos incumbentes. Se esta hipótese se confirmar, o "paradoxo do votante racional" não é suportado.

3c. Inexistência de uma relação estatisticamente significativa entre corrupção e a participação eleitoral

Se os cidadãos, segundo a sua motivação social, não reagem aos níveis de corrupção, o "paradoxo do votante racional" não é afastado.

7. CONCLUSÃO

Este estudo faz uma análise exploratória de alguns fatores socioeconómicos da participação eleitoral. Parte do modelo de votação racional e da constatação da sua incapacidade para explicar porque é que tantas pessoas votam se a probabilidade de um voto influenciar a escolha final é extremamente baixa, o que torna os benefícios de votar irrisórios ("paradoxo do votante racional"). Assumindo que além de uma motivação egoísta, centrada em benefícios pessoais, uma motivação social, centrada no bem-estar de todos, pode estar imbuída na tomada de decisão racional de ir às urnas, fez-se uma reflexão sobre como a eficácia do governo, a desigualdade e a corrupção podem influenciar a participação eleitoral. Sendo os dois primeiros fatores relacionados com a motivação egoísta e o terceiro com a motivação social, definiram-se hipóteses quanto à influência dos três fatores e sua capacidade para contrariar ou não o "paradoxo do votante racional".

Os resultados da reflexão teórica são interessantes porque revelam que todos os fatores, eficácia do governo, desigualdade e corrupção, contribuem simultaneamente ou para contrariar o "paradoxo do votante racional", ou não conseguem afastá-lo, tudo dependendo do tipo de relação entre cada um desses fatores e a participação eleitoral: sempre que levam a maior participação eleitoral contrariam esse paradoxo e sempre que levam a menor participação eleitoral ou não se relacionam com ela não o afastam. É também curioso constatar que uma relação positiva ou negativa entre um dos fatores e a participação eleitoral tem consequências contrárias quanto à sustentação do referido paradoxo, dependendo de o ponto de partida ser

um elevado nível do fator (por exemplo, elevada corrupção) ou um baixo nível do fator (baixa corrupção), sendo que no primeiro caso a relação do fator com a participação eleitoral contraria o "paradoxo do votante racional" e no segundo caso não o afasta. Esta assimetria de consequências consoante se explica um elevado nível ou um baixo nível de participação eleitoral faz com que na análise empírica das quinze hipóteses definidas neste estudo os métodos de estatística multivariada baseados em análise de variâncias não sejam os mais adequados, pois têm como pressuposto a simetria de relações entre elevados e baixos níveis de resultados, isto é, pressupõem que o que explica um baixo nível de participação eleitoral é o inverso do que explica um elevado nível de participação eleitoral. Ora, como se viu nas hipóteses definidas na secção anterior, nas consequências de um elevado nível do fator (por exemplo, elevada corrupção) na participação eleitoral pode estar implícita uma crença do eleitor no "poder" da sua participação eleitoral para influenciar o resultado, a qual poderá não estar presente quando se trata das consequências de um baixo nível do fator.

Uma metodologia que se adaptaria ao estudo das hipóteses definidas seria a Análise Qualitativa Comparativa "fuzzy-set" (AQCfs). Este método desenvolvido por Ragin [47] baseia-se na lógica Booleana e, segundo Pappas & Woodside [48], ao contrário da estatística multivariada, reconhece a existência de não simetria, ou seja, as causas de elevada participação eleitoral podem ser diferentes das de baixa participação eleitoral e, além disso, tem em conta a causalidade múltipla, ou seja, pode prever diferentes caminhos (combinações de fatores causais) que levam a um resultado (elevada ou baixa participação eleitoral). A AQCfs permite determinar se os fatores (condições) são condições causais necessárias ou suficientes (individualmente ou em combinação) para uma elevada ou baixa participação eleitoral nas eleições. Assim, esta metodologia permite avaliar em termos macro o resultado das escolhas individuais dos votantes quanto à decisão de votar e, ao mesmo tempo, dos resultados obtidos podem-se fazer ilações quanto à permanência ou não do "paradoxo do votante racional".

Em suma, o presente estudo procura contribuir para a formulação de hipóteses que permitam uma melhor compreensão da participação eleitoral e do problema do "paradoxo do votante racional", abrindo

[47] Ragin (2000).
[48] Cf. Pappas & Woodside (2021), p. 5.

caminho a investigações empíricas futuras, com recurso a métodos que não têm sido frequentemente usados no estudo destes fenómenos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aldrich, John H. (1993). Rational choice and turnout. *American Journal of Political Science 37*(1), pp. 246-278. doi.org/10.2307/2111531.

Bowler, Shaun & Donovan, Todd (2013). Civic duty and turnout in the UK referendum on AV: what shapes the duty to vote? *Electoral Studies 32*(2), pp. 265-273. doi.org/10.1016/j.electstud.2012.10.011.

Caillier, James (2010). Citizen trust, political corruption, and voting behavior: connecting the dots. *Politics & Policy 38*(5), p. 1015-1035. doi.org/10.1111/j.1747-1346.2010.00267.x.

Cancela, João, & Geys, Benny (2016). Explaining voter turnout: a meta-analysis of national and subnational elections. *Electoral Studies 42*, pp. 264-275. doi.org/10.1016/j.electstud.2016.03.005.

Chong, Alberto; De La O, Ana L.; Karlan, Dean. & Wantchekon, Leonard (2015). Does corruption information inspire the fight or quash the hope? A field experiment in Mexico on voter turnout, choice, and party identification. *The Journal of Politics* 77(1), pp. 55-71. doi.org/10.1086/678766.

Costas-Pérez, Elena (2014). Political corruption and voter turnout: mobilization or disaffection? *Documents de Treball de l'IEB 2014/27. Institut d'Economia de Barcelona*, Facultat d'Economia i Empresa, Universitat de Barcelona.

Dahlberg, Stefan. & Solevid, MMaria (2016). Does corruption suppress voter turnout? *Journal of Elections, Public Opinion and Parties 26*(4), pp. 489—510. doi.org/10.1080/17457289.2016.1223677.

Dash, Bharatee Bhusana, Ferris, J. Stephan & Voia, Marcwel-Cristian (2023). Inequality, transaction costs and voter turnout: evidence from Canadian provinces and Indian states. *Public Choice 194*, pp. 325—346. doi.org/10.1007/s11127-022-01035-8.

Downs, Anthony (1957). *An economic theory of democracy*. New York: Harper and Row.

Drapalova, Eliska, Mungiu-Pippidi, Alina, Palifka, Bonnie Jo & Vrushi, Jon (2019). Corruption and the crisis of democracy: the link between corruption and the weakening of democratic institutions. *Transparency International* (18 pp.). http://www.jstor.com/stable/resrep20482 (2022-07-04). Accessed 27 February 2025.

Edlin, Aaron; Gelman, Andrew & Kaplan, Noah (2007). Why and how people vote to improve the well-being of others. *Rationality and Society 19*(3), pp. 293-314. dx.doi.org/10.1177/1043463107077384.

Escalera, Monica; Calcagno, Peter T. & Shughart II, William F. (2012). Corruption and voter participation: evidence from the US States. *Public Finance Review 40*(6), pp. 789-815. doi.org/10.1177/1091142112446846.

Feitosa, Fernando (2020). Theoretically, yes, but also empirically? How the corruption-turnout link is marginally explained by civic duty to vote. *Electoral Studies 66*. doi.org/10.1016/j.electstud.2020.102162.

Friedrichs, David O. (2010). Trusted criminals: white collar crime in contemporary society (4th ed.), Belmont: Wadsworth.

Giommoni, Tommaso (2021). Exposure to corruption and political participation: evidence from Italian municipalities. European *Journal of Political Economy 60*, 102000. https://doi.org/10.1016/j.ejpoleco.2021.102000.

Hadjar, Andreas & Beck, Michael (2010). Who does not participate in elections in Europe and why is this? *European Societies 12*(4), pp. 521-542. doi.org/10.1080/14616696.2010.483007.

Hansen, Tore (1994). Local elections and local government performance. Scandinavian Political Studies 17(1), pp. 1-30. doi.org/10.1111/j.1467-9477.1994.tb00047.x.

Jain, Arvind K. (2001). Corruption: a review. *Journal of Economic Surveys 15*(1), pp. 71-121. doi.org/10.1111/1467-6419.00133.

Jiménez, Juan Luis & Garcia, Carmen (2018). Does local public corruption generate partisan effects on polls? *Crime, Law and Social Change 68*, pp. 3-23. doi.org/10.1007/s10611-016-9671-1.

Johnson, Dawn Merdelin (2024). Voters' perception of public corruption and low voter turnout: a qualitative case study of Cook County. *Walden Dissertations and Doctoral Studies. 15531*. https://scholarworks.waldenu.edu/dissertations/15531. Accessed 27 February 2025.

Karahan, G., Coats, R. M. & Shughart II, W. F. (2006). Corrupt political jurisdictions and voter participation. *Public Choice 126*, pp. 87—106 (2006). doi.org/10.1007/s11127-006-4316-z.

Kostadinova, Tatiana (2009). Abstain or rebel: corruption perceptions and voting in East European elections. *Politics & Policy 37*(4) (2009), pp. 691-714.

Kouba, Karel, Novák, Jakub & Strnad, M Matyáš (2021). Explaining voter turnout in local elections: a global comparative perspective. *Contemporary Politics 27*(1), pp. 58-78. doi.org/10.1080/13569775.2020.1831764.

Kubbe, Inna, & Engelbert, Annika (2018). Corruption and the impact of democracy. *Crime Law and Social Change 70*, pp. 175-178. doi.org/10.1007/s10611-017-9732-0.

Lacombe, Donald J.; Coats, R. Morris; Shughart II, William F. & Karahan, Gökhan (2016). Corruption and voter turnout: a spatial econometric approach. *Journal of Regional Analysis & Policy 46*(2), pp. 168-185.

Lagunes, Paul F. (2012). Corruption's challenge to democracy: a review of the issues. *Politics & Policy 40*(5), pp. 802-826. doi.org/10.1111/j.1747-1346.2012.00384.x.

Matsubayashi, T., & Sakaiya, S. (2021). Income inequality and income bias in voter turnout. *European Journal of Political Economy 66*, 101966. doi.org/10.1016/j.ejpoleco.2020.101966.

McDonnell, Joshua (2020). Municipality size, political efficacy and political participation: a systematic review. *Local Government Studies 46*(3), pp. 331-350. doi.org/10.1080/03003930.2019.1600510.

McGann, Anthony (2016). Voting Choice and Rational Choice. *Oxford Research Encyclopedia of Politics*. https://oxfordre.com/politics/view/10.1093/acrefore/9780190228637.001.0001/acrefore-9780190228637-e-79. Accessed 27 February 2025.

Mladenović, Ivan & Vasić, Miljan (2024). A New Solution to the Rational Voter Paradox. *Philosophy and Society 35*(4), pp. 957-978. doi.org/10.2298/FID2404957M.

Modise, Naledi O. & Nxumalo, Tshegofatso (2022). Examining the impact of poor governance on voter turnout during the 2021 local government elections in the North West Province. *Journal of Public Administration 57*(4). https://hdl.handle.net/10520/ejc-jpad_v57_n4_a2. Accessed 27 February 2025.

Neskkova, Milena I., & Kalesnikaite, Vaiva (2019). Corruption and citizen participation in local government: evidence from Latin America. *Governance 32*(4), pp. 677-693. doi.org/10.1111/gove.12401.

Olson, Mancur (1965). *The logic of collective action: public goods and the theory of groups*. Cambridge: Harvard University Press.

Oliver, J. (2001). *Democracy in suburbia*. Princeton NJ: Princeton University Press. doi.org/10.1515/9780691223360.

Pappas, Ilias O. & Woodside, Arch G. (2021). Fuzzy-Set Qualitative Comparative Analysis (FSQCA): Guidelines for research practice in information systems and marketing. *International Journal of Information Management 58*, 102310. doi.org/10.1016/j.ijinfomgt.2021.102310.

Ragin, Charles C. (2000). *Fuzzy-Set Social Science*. Chicago II: University of Chicago Press.

Riker, William H. & Ordeshook, Peter C., 1968, A theory of the calculus of voting. *American Political Science Review 62*(1), pp. 25-42. doi:10.2307/1953324.

Rundlett, Ashlea P. (2018). The effects of revealed corruption on voter attitudes and participation: evidence from Brazil. *Ph.D Dissertation, University of Illinois at Urbana-Champaign*. https://hdl.handle.net/2142/101330. Accessed 27 February 2025.

Schäfer, Armin, & Schwander, Hanna (2019). 'Don't play if you can't win': does economic inequality undermine political equality? *European Political Science Review 11*(3), pp. 395-413. doi.org/10.1017/S1755773919000201.

Stokes, Susan C.; Dunning, Thad; Nazareno, Marcelo & Brusco, Valeria (2012). *Brokers, voters, and clientelism*. New York: Cambridge University Press.

Stockemer, Daniel (2013). Corruption and turnout in presidential elections: A macro-level quantitative analysis. *Politics & Policy 41*(2), pp. 189-212. doi.org/10.1111/polp.12012.

Stockemer, Daniel. (2017). What affects voter turnout? A review article/meta-analysis of aggregate research. *Government and Opposition 52*(4), pp. 698-722. doi.org/10.1017/gov.2016.30.

Stockemer, Daniel & Scruggs, Lyle (2012). Income inequality, development and electoral turnout — new evidence on a burgeoning debate. *Electoral Studies 31*(4), pp. 764-773. doi.org/10.1016/j.electstud.2012.06.006.

Stockemer, Daniel., LaMontagne, Bernadette, & Scruggs, Lyle (2011). Bribes and ballots: The impact of corruption on voter turnout in democracies. *International Political Science Review 34*(1), pp. 74-90. doi.org/10.1177%2F0192512111419824.

Stockemer, Daniel, & Calca, Patrícia (2013). Corruption and turnout in Portugal — a municipal level study. *Crime Law Soc Change 60*, pp. 535—548. doi.org/10.1007/s10611-013-9481-7.

Sundström, Aksel, & Stockemer, Daniel (2015.) Regional variation in voter turnout in Europe: the impact of corruption perceptions. *Electoral Studies 40*, pp. 158-169. doi.org/10.1016/j.electstud.2015.08.006.

Sundström, Aksel, & Stockemer, Daniel (2013). Quality of government affect voter turnout in the European regions. *QoG Working Paper Series 2013:6*, 30 pages. https://www.gu.se/sites/default/files/2020-05/2013_6_Sundstr%C3%B6m_Stockemer.pdf. Accessed 13 June 2024.

Szewczyk, James, & Crowder-Meyer, Melody (2022). Community income inequality and the economic gap in participation. *Political Behavior 44*, pp. 479-504. doi.org/10.1007/s11109-020-09621-6.

VAN HOLM, Eric Joseph (2019). Unequal cities, unequal participation: the effect of income inequality on civic engagement. *The American Review of Public Administration 49*(2), pp. 135-144. doi.org/10.1177/0275074018791217.

WILFORD, Allan M. (2020). Understanding the competing effects of economic hardship and income inequality on voter turnout. *Politics & Policy 48*(2), pp. 314-338. doi.org/10.1111/polp.12344.

PERFIS, PROCESSOS E FATORES DE RISCO DO *ONLINE GROOMING* E DA SOLICITAÇÃO SEXUAL
UMA REVISÃO

Lara Nápoles *
Inês Sousa Guedes **

Abstract: In an era where the Internet has become a vital part of daily activities and cultures, social life has shifted to cyberspace. Despite its benefits, the Internet has also introduced various threats. *Online grooming* (OG), like its *offline* equivalent, is defined as the process by which adults prepare minors for abuse by building relationships of trust. This can result in sexual solicitation (SS) and may lead to Sextortion, in which victims are pressured to provide more intimate material, potentially intensifying the harm of their victimization. Early exposure to the Internet highlights the need to recognize and address associated risks. Given the widespread use of the Internet by adolescents, preventive measures are crucial. Identifying risk and protective factors in young people will help shape policies and guide educational efforts, enhancing the digital safety of this particularly vulnerable group. This article provides a comprehensive review of the current literature on the risks of *online grooming* and sexual solicitation among adolescents, emphasizing the importance of early intervention and awareness to mitigate these emerging dangers.

Resumo: Numa era em que a Internet se tornou uma parte vital das atividades e culturas quotidianas, a vida social deslocou-se para o ciberespaço. Apesar dos seus benefícios, a Internet também introduziu várias ameaças. O *online grooming* (OG), tal como o seu equivalente *offline*, é definido como a preparação de menores, por adultos, para o abuso, ao construir relações de confiança. Isso pode resultar em solicitação de cariz sexual (SCS) e pode levar à *Sextortion*, na qual as vítimas são pressionadas a fornecer mais material íntimo, possivelmente intensificando o dano da vitimação sofrida. A exposição precoce à Internet sublinha a necessidade de reconhecer e

* Faculdade de Direito da Universidade do Porto.
** Centro de Investigação Interdisciplinar em Justiça — CIJ; Escola de Criminologia, Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

abordar os riscos associados e, dada a ampla utilização da Internet por adolescentes, as medidas preventivas são cruciais. Assim, a identificação de fatores de risco e de proteção em jovens informará políticas e direcionará esforços educativos, incrementando a segurança digital deste grupo particularmente vulnerável. Este artigo fornece uma revisão abrangente da literatura atual sobre os riscos do *online grooming* e da solicitação de cariz sexual entre adolescentes, destacando a importância da intervenção precoce e da conscientização para mitigar estes perigos emergentes.

Keywords: *Online Grooming*; Sexual Solicitation; Sextortion; Internet; Risk Factors; Protective Factors.

Palavras-chave: *Online Grooming*; Solicitação de Cariz Sexual; Sextortion; Internet; Fatores de Risco; Fatores de Proteção.

INTRODUÇÃO

Diante do exponencial envolvimento dos adolescentes portugueses com as novas tecnologias e o acesso generalizado à Internet, tornou-se imperativo direcionar a atenção para a necessidade de estudos aprofundados sobre a vitimação sexual *online* desta faixa etária. A prevalência do acesso a dispositivos com internet desde idades muito jovens, conforme indicado pelo estudo da Dashlane [1], destaca a importância de compreender e mitigar os riscos associados a esta exposição precoce. Esta questão, aliada à dependência dos jovens de 15 a 25 anos de telemóveis e da Internet, apontada pelo Observatório da Comunicação, sugere a urgência de políticas e estratégias preventivas [2]. O estudo da vitimação sexual *online* dos adolescentes é crucial para desenvolver medidas eficazes que possam proteger este grupo particularmente vulnerável, promovendo um ambiente digital seguro e contribuindo para a construção de uma sociedade mais consciente e responsável no uso das tecnologias de informação e comunicação (TIC). Segundo a classificação da Organização Mundial de Saúde, o termo "adolescentes" engloba os jovens entre os 10 e os 19 anos de idade.

Assim, este artigo pretende explorar os riscos do *online grooming* e da solicitação de cariz sexual entre adolescentes, identificar fatores de risco e proteção, fornecendo uma análise abrangente da literatura existente. Ademais, o estudo visa contribuir para a criação de políticas de prevenção e intervenção.

1 https://www.forbespt.com/536-das-criancas-tem-dispositivo-com-acesso-a-internet-em-portugal/(2020).

2 Amaral *et al.*, (2017).

1. ADOLESCENTES NO CIBERESPAÇO — CARACTERÍSTICAS DA UTILIZAÇÃO DA *INTERNET*

De acordo com o relatório "*Comportamentos Aditivos aos 18 anos: Utilização da Internet"* realizado pelo Instituto para os Comportamentos Aditivos e as Dependências (ICAD) a 135.273 jovens de 18 anos que participaram no Dia da Defesa Nacional em 2022, 39% dos inquiridos começaram a aceder à Internet antes dos 10 anos, sendo que 61% usam a mesma durante 4 ou mais horas por dia. No que concerne ao tempo de utilização de redes sociais, verifica-se que 52% as utilizam durante pelo menos 4 horas por dia, sendo que apenas 2% relatam não utilizar redes sociais no seu dia a dia. Neste contexto, ressalta-se que 27% utilizam as redes sociais durante 6 ou mais horas por dia, sendo esta utilização classificada como intensiva. Neste grupo, verifica-se que há uma discrepância de género, sendo os participantes do género feminino o grupo que utiliza as redes sociais durante mais tempo, seja durante a semana, ou durante o fim de semana. Nesta sequência, 31% dos inquiridos pelo ICAD afirmaram experienciar 1 de 7 problemas que atribuem à utilização da internet, especialmente mal-estar emocional (18%), seguindo-se problemas de rendimento escolar/laboral (17%); problemas comportamentais (10%); relações sexuais desprotegidas (4%); problemas financeiros (3%); problemas de saúde que motivaram assistência médica (2%) e atos de violência ou conduta desordeira (1,5%).

Por sua vez, um estudo realizado pelo Instituto Nacional de Estatística (INE), denominado "*Inquérito à utilização de tecnologias de informação e da comunicação pelas famílias*" em 2016, verificou-se que, em Portugal, 74% das famílias têm ligação à internet, e que, nesse mesmo estudo, os agregados familiares com crianças (96%) são as que apresentam os valores mais elevados de acesso à internet [3].

2. CIBERCRIME: DEFINIÇÕES E TIPOLOGIAS

A informática tornou-se um elemento indispensável no quotidiano, transformando a forma como as pessoas interagem, trabalham e se relacionam [4]. Com a crescente digitalização, a vida social migrou

[3] Amaral *et al*., (2017).
[4] Venâncio (2022).

para o ciberespaço [5], proporcionando inúmeros benefícios, como a comunicação instantânea e a conexão dos indivíduos em diferentes partes do mundo. No entanto, essa evolução também trouxe consigo novos desafios e riscos, incluindo ameaças à segurança digital, privacidade e integridade da informação [6].

O cibercrime é reconhecido atualmente como um problema a nível mundial, com um aumento contínuo em diversos tipos de incidentes [7], e que tem sido objeto de desafios significativos na tentativa de se alcançar uma definição universal. Diversos autores têm apresentado tipologias do cibercrime, classificando-o com base em diferentes critérios, tais como o papel da tecnologia na sua prossecução, a motivação dos ofensores e o tipo de infração cometida [8]. Entre as principais tipologias destaca-se a de Furnell, que, em 2002, argumentou que o cibercrime se poderia subagrupar em dois tipos: *i)* as *ofensas assistidas pelo computador*, que já existiam antes da era digital, mas encontraram nas TIC um novo meio de execução (como o *grooming* e a solicitação de cariz sexual) e *ii)* as *ofensas focadas no computador*, que surgem com o aparecimento das TIC e que têm como principal alvo a infraestrutura eletrónica, incluindo ataques informáticos como *hacking*, *malware* e o *ransomware*.

Por sua vez, Wall [9]utilizou o alvo das ofensas como critério para definir as mesmas, propondo quatro tipos de cibercrimes: *i)* invasão cibernética (e.g, *hacking* ou lançamento de *malware*); *ii)* ciberfraudes e furtos (e.g, furto de identidade online); *iii)* ciberpornografia (e.g, pornografia infantil); e, por fim, *iv)* violência cibernética, que engloba atividades ilegais realizadas sobre outros indivíduos e surtem diversos efeitos, entre os quais danos psicológicos [10]. A esta definição, Yar [11] veio adicionar uma quinta categoria, os crimes contra o Estado, que incluem atividades como espionagem e ataques cibernéticos a infraestruturas críticas.

Face às diversas definições em torno da cibercriminalidade, a Comissão Europeia (2007) procurou estabelecer uma definição mais

5 Dias (2012).
6 Hornor (2020); Schulz *et al.,* (2016).
7 Borko *et al.*, (2019).
8 Wall (2001); Furnell (2002).
9 Wall (2001).
10 Guedes *et al.*, (2021).
11 Yar (2005).

universal, tendo vindo a seccionar os cibercrimes em três conjuntos: *i)* formas tradicionais de crimes que utilizam a Internet para a prática de ofensas (e.g, furto de identidade; *grooming*); *ii)* publicação de conteúdos ilícitos (e.g, pornografia infantil ou incitação ao terrorismo); e *iii)* crimes exclusivos das TIC, sendo estas idênticas às ofensas focadas no computador já acima aludidas.

Em Portugal, os cibercrimes previstos na legislação correspondem aos chamados cibercrimes em sentido estrito, ou seja, crimes cuja prática tem como foco o computador e os sistemas informáticos. Estes encontram-se regulados na Lei n.º 109/2009 de 15 de setembro (Lei do Cibercrime). Outras formas tradicionais de crime que fazem uso da internet como meio para a sua prática encontram-se tipificadas no Código Penal Português e em legislação complementar, aplicando-se as normas correspondentes ao crime tradicional, mas considerando o meio digital como um agravante ou circunstância específica da infração.

3. *ONLINE GROOMING* & SOLICITAÇÃO DE CARIZ SEXUAL: PERFIS E PROCESSOS

O uso massivo da Internet e das novas tecnologias de informação e comunicação têm contribuído para o aparecimento de novas formas de vitimação. Uma parte substancial desta tem como alvos segmentos específicos da população mais vulneráveis, entre eles as crianças e os adolescentes [12]. Entre os fenómenos mais preocupantes que emergiram neste contexto está o *grooming*.

O *grooming* é definido como sendo "um processo através do qual um adulto prepara uma criança para o abuso da mesma, e cujos objetivos principais são ganhar acesso à criança ou adolescente, obter a submissão da mesma e manutenção do segredo de modo a evitar a descoberta" [13].

Por sua vez, o *online grooming* (ou *e-grooming* [14]) ocorre quando um adulto utiliza um dispositivo eletrónico com o intuito de cometer um crime sexual [15]. Deste modo, o *e-grooming*, à semelhança do *grooming offline*, é um processo que se inicia com o estabelecimento

[12] Vara & Sani (2021).
[13] Tradução própria. Gillespie (2002, p. 411).
[14] Wurtele (2012).
[15] Wurtele *et al.*, (2016).

de uma relação de amizade e/ou de outro tipo, expressando interesses similares com a vítima, fazendo com que o adolescente se sinta especial através de elogios ou simpatizando com as frustrações e preocupações do mesmo.

A literatura científica admite a existência de dois tipos de *online groomers* [16]: os que pretendem satisfazer as suas fantasias e desenvolver uma relação online com os jovens para o efeito; e os que pretendem conhecer os adolescentes *offline* para, assim, realizar o abuso pessoalmente. Outros autores [17] afirmam também que existem quatro tipologias de *online groomers*, mais precisamente: *i)* os ofensores "*cybersex only*", que se expõem às suas vítimas enquanto comunicam ou pretendem receber imagens ou conteúdo sexualmente explícito; *ii)* os "*schedulers*", que são ofensores que tentam agendar um encontro pessoal com intuitos sexuais, mas cuja probabilidade de se exporem online é baixa; neste sentido, pedem mais conteúdos à vítima do que enviam conteúdos seus; *iii)* os "*cybersex schedulers*" que procuram comunicar com as suas vítimas, obter informação sobre a sua aparência física e, frequentemente, se satisfazem em tempo real enquanto estão online com as vítimas [18]; e *iv)* os "*buyers*" que são ofensores que priorizam o agendamento de um encontro com as vítimas para negociarem os tipos de ações sexuais que querem realizar.

Relativamente ao processo de *online grooming*, os autores identificaram três principais [19]: (1) *grooming the self*, que corresponde a uma fase em que o ofensor se vai preparar para realizar o abuso; (2) *grooming the surroundings and significant others*, sendo esta uma fase em que o ofensor irá identificar uma criança ou adolescente vulnerável, podendo essas vulnerabilidades passar por uma má relação familiar ou a escassez de amigos ou pares, ou com histórico de vitimação de outro tipo. Seria nesta fase que, no g*rooming* tradicional, o ofensor tentaria integrar-se na sociedade e em lugares onde seria mais provável conhecer crianças e adolescentes, aproximando-se dos adultos de confiança da vítima. Por último, ocorre o *iii) grooming of the young person*, que se apresenta como a fase mais conhecida do fenómeno, já definida anteriormente.

---

16 Briggs *et al.*, (2011).
17 DeHart *et al.* (2017).
18 Ademais, planeiam ou tentam planear um encontro pessoal num futuro relativamente próximo.
19 Craven *et al.* (2006).

Por conseguinte, o *grooming* é visto pela globalidade da literatura como um processo multifacetado e complexo, sendo difícil a tarefa de estabelecer onde é que o mesmo começa e onde termina [20]. O grupo de ofensores deste tipo de crime é heterogéneo, tal como acontece com o crime na sua forma tradicional [21], o que levanta um problema sobre as variações no estilo, duração e intensidade do *grooming*, uma vez que estas podem variar conforme a personalidade e comportamento do ofensor [22]. Alguns estudos salientam, ainda, que a Internet pode alterar o processo de *grooming*, uma vez que facilita o anonimato e o acesso a uma maior diversidade vítimas [23]. Este processo é geralmente mais curto, uma vez que logo na primeira conversa entre o ofensor e a vítima é habitual que já existam mensagens de cariz sexual [24]. As técnicas utilizadas pelos ofensores passam por subornos, ameaças, controlo, persuasão e engano (e.g., o ofensor fazer-se passar por um indivíduo da mesma idade) [25]. Em Portugal, o *online grooming* está consagrado no artigo n.º 176.º-A do Código Penal Português [26].

A solicitação de cariz sexual (SCS), por sua vez, tem vindo a ser facilitada através das novas tecnologias, mais precisamente das redes sociais. Este é um tipo de crime sexual definido como sendo um processo de encorajamento/incitação de menores para o envio de conteúdos de cariz sexual, informações sexuais ou envolvimento em comportamentos sexuais [27]. Nesta sequência, torna-se importante distinguir solicitação de cariz sexual de Interações Sexuais entre um menor e um adulto, sendo exemplos destas últimas *cybersex*; encontros com objetivos sexuais, entre outros [28]. Assim, a principal distinção entre SCS e interações sexuais é a resposta do menor. Efetivamente, a SCS pode não surtir resposta por parte do menor, sendo que o mais relevante no

[20] Gillespie (2004).
[21] Briggs *et al.*, (2011).
[22] Whittle *et al.*, (2013).
[23] Smith *et al.*, (2014).
[24] Jones *et al.*, (2012).
[25] Gámez-Guadix *et al.*, (2018); cit in (Hornor, 2020).
[26] *Quem, sendo maior, por meio de tecnologias de informação e de comunicação, aliciar menor, para encontro visando a prática de quaisquer dos atos compreendidos nos n.os 1 e 2 do artigo 171.º e nas alíneas* a), b) *e* c) *do n.º 1 do artigo anterior, é punido com pena de prisão até 1 ano.*
[27] Ybarra *et al.*, (2007).
[28] Leander *et al.*, (2008).

processo é o pedido por parte do adulto. Por sua vez, nas interações sexuais é necessária resposta e envolvimento do menor [29]. Geralmente, a SCS é apenas uma parte de um fenómeno mais global de *grooming* [30]. Posto isto, a SCS *online* pode ser desejada ou indesejada e pode resultar num contacto *offline* ou manter-se *online* [31].

Williams e colegas (2013) afirmam que a internet é uma ferramenta poderosa para predadores sexuais, uma vez que fornece acesso a adolescentes por um longo período, permitindo que ganhem a confiança das suas vítimas e que as controlem. Os autores também salientam que os ofensores geralmente utilizam comportamentos de *grooming* para obter acesso, desenvolver confiança da vítima, criar oportunidades, desenvolver complacência e manter o segredo [32]. Wurtele [33] afirma que a frequência das SCS tem vindo a aumentar e que se trata de uma epidemia, mas que, devido a diversos fatores [34], é difícil ter a certeza dos números reais. A SCS encontra-se consagrada nos artigos 171.º, n.º 3, alíneas *a)* e *b)* do Código Penal (CP) (para menores de 14 anos) e 170.º do CP.

4. TEORIAS DO ESTILO DE VIDA E ATIVIDADES DE ROTINA

A principal teoria apontada pela literatura no que concerne à cibervitimação de adolescentes é a Teoria do Estilo de Vida e das Atividades de Rotina (TAR), indicada pela grande maioria dos estudos como aquela mais adequada para a explicação da vitimação *online* [35]. A teoria sugere que a vitimação é mais provável quando indivíduos são colocados em situações de maior risco, estão mais próximos de ofensores motivados, aparentam ser alvos atrativos para os ofensores e carecem de um guardião capaz [36]. Contudo, apesar da aplicabilidade da teoria, alguns autores afirmam que os espaços virtuais

[29] Santisteban & Gámez-Guadix (2017).
[30] Ringenberg *et al.*, (2022).
[31] Hornor, 2020.
[32] Williams *et al.*, (2013).
[33] Wurtele (2017).
[34] Fatores que englobam a perceção por parte da vítima de que está a conversar com um indivíduo da mesma idade quando tal não se verifica; se o adulto é conhecido ou desconhecido.
[35] Kalia & Aleem (2016), Schulz *et al.* (2016), Vakhitova *et al.* (2015).
[36] Cohen & Felson (1979).

estão espacial e temporalmente desconectados, limitando a aplicação plena dos construtos básicos daquela [37].

Uma outra teoria explorada pela literatura (ainda que em menor extensão do que a anterior) é a *Lifestyle Exposure Theory* de Hindelang, Gottfredson e Garófalo [38]. Esta teoria também se foca nos estilos de vida dos indivíduos e advém de uma análise realizada por Hindelang e colegas para avaliar se o risco de vitimação dependia de diferentes estilos de vida, que variam de indivíduo para indivíduo. Estes estilos de vida são definidos pelos autores como atividades rotineiras diárias, que podem ser tanto vocacionais, como o trabalho ou a escola, ou atividades de lazer [39].

De acordo com esta teoria, os estilos de vida influenciam o risco de vitimação, uma vez que determinam a frequência com que um indivíduo realiza determinadas atividades, o local e o momento em que as pratica, as pessoas com quem interage e a duração dessas interações. No entanto, o principal destaque desta teoria é a ênfase no facto de que o risco e a probabilidade de vitimação não dependem apenas dos comportamentos individuais, mas sobretudo do grau de exposição a situações de risco. Deste modo, não é propriamente o estilo de vida que explica a vitimação, mas sim a exposição aos riscos [40]. A exposição é definida por Cohen e colaboradores [41] como a visibilidade física e acessibilidade de pessoas ou objetos a potenciais ofensores a qualquer momento ou lugar. Contudo, esta definição mostra-se como um obstáculo para a aplicação da teoria aos cibercrimes [42], em especial aos cibercrimes aqui estudados.

Holt e Bossler, em 2008 [43], analisaram estudos que aplicaram a Teoria das Atividades de Rotina (TAR) à cibervitimação, especialmente à cibervitimação sexual. Foi observado um paralelismo com os fatores de risco tradicionais. Por sua vez, outros autores corroboram essa visão ao demonstrarem que os adolescentes relatam mais episódios de SCS do que as crianças, devido ao uso rotineiro da internet. Isso torna-os alvos mais acessíveis para os ofensores, destacando a importância das medidas de prevenção [44].

37 Yar (2005).
38 Hindelang, Gottfredson e Garófalo (1978).
39 Madero-Hernandez (2019).
40 Idem.
41 Cohen *et al.* (1981).
42 Vakhitova *et al.* (2019).
43 Holt & Bossler (2008).
44 Schulz *et al.* (2016).

5. FATORES DE RISCO E FATORES DE PROTEÇÃO

5.1. Fatores de risco

Os fatores de risco abrangem uma variedade de características sociais, ambientais e individuais que aumentam a probabilidade de um indivíduo ser vítima de crimes como SCS e *online grooming* [45]. Nos fatores de nível individual incluem-se idade, sexo, agressividade, inteligência e impulsividade [46]. Assim, no contexto do *online grooming*, destacam-se o sexo feminino e a baixa autoestima como fatores de risco [47], enquanto para a SCS são relevantes a vitimação sexual anterior, etnia, sexo feminino e idade entre 12 e 15 anos [48]

No âmbito familiar, fatores como baixo rendimento familiar, famílias reconstituídas, conflitos e divórcio dos pais são identificados como fatores de risco para o *online grooming* [49], enquanto a ausência ou défice de supervisão parental é também relevante para a SCS [50]

Os fatores de risco sociais referem-se à exposição a características negativas, como pobreza e isolamento social, que aumentam a probabilidade de vitimação [51]. No *online grooming*, o isolamento social é um fator de risco [52], enquanto para a SCS se destaca a prática de assédio sexual *offline* [53]

No que concerne aos fatores de risco relacionados com a internet, estes incluem conversar com desconhecidos, passar maior tempo online e partilha de informações pessoais no caso do *online grooming* [54]. Por outro lado, *sexting*, conversar com desconhecidos, envolvimento em jogos *online*, exposição à pornografia e comportamentos de risco *online* no caso da SCS [55].

---

45 Pollard *et al.* (1999).
46 Farrington & Baldry (2010).
47 Greene-Colozzi *et al.* (2020); Pasca *et al.* (2022); Whittle *et al.* (2014).
48 Mitchell *et al.* (2007); Greene-Colozzi *et al.* (2020); Calvete *et al.* (2021); Santisteban & Gámez-Guadix (2017); Hornor *et al.* (2022).
49 Whittle *et al.* (2014).
50 Greene-Colozzi *et al.* (2020).
51 Weber, (1946).
52 Reeves *et al.* (2022).
53 Chang *et al.* (2016).
54 Whittle *et al.* (2014); Greene-Colozzi *et al.* (2020).
55 Calvete *et al.* (2021); Hornor *et al.* (2022); Greene-Colozzi *et al.* (2020); Chang *et al.* (2016).

5.2. Fatores de Proteção

Os fatores de proteção consistem em características que diminuem a probabilidade de vitimação [56]. Entre os fatores individuais, a participação em hobbies e atividades extracurriculares, especialmente a prática de atividades físicas, melhora a autoestima dos adolescentes e reduz o risco de vitimação no caso do *online grooming* [57]. A autoestima apresenta-se também como algo relevante para a proteção contra a SCS [58].

No âmbito familiar, a comunicação aberta é essencial para a segurança dos jovens [59]. A supervisão parental é igualmente importante para prevenir tanto o *Online Grooming* quanto a SCS [60].

Socialmente, as relações de amizade com pares normativos são relevantes para a proteção dos jovens [61], enquanto no contexto da SCS, um forte sistema de apoio social, tanto familiar, como entre pares, surte um efeito semelhante [62].

Relativamente ao uso da internet, proteger informações pessoais, usar um computador partilhado pela família, configurar privacidade nas redes sociais e evitar contacto com desconhecidos são práticas protetoras para ambos os fenómenos [63]. A educação sobre perigos e comportamentos de segurança *online* é crucial para reduzir comportamentos de risco [64].

6. CONSEQUÊNCIAS DO *ONLINE GROOMING* E DA SCS — A PROBLEMÁTICA DA *CYBER SEXTORTION*

O *online grooming* e a SCS apresentam diversas consequências para as suas vítimas, especialmente tendo em consideração que estas são menores de idade [65], sendo estas consequências consideradas

[56] Pollard *et al.* (1999).
[57] Whittle *et al.* (2014); Tintorini *et al.* (2023).
[58] Hsieh *et al.* (2023).
[59] Dorasamy *et al.* (2018); Pasca *et al.* (2022); Whittle *et al.* (2014).
[60] Whittle *et al.* (2014); Santisteban & Gámez-Guadix (2017); Helweg-Larsen (2012).
[61] Whittle *et al.* (2014)
[62] Sklenarova *et al.* (2018).
[63] Whittle *et al.* (2014).
[64] Santisteban & Gámez-Guadix (2017); Greene-Colozzi *et al.* (2020).
[65] Ortega-Báron *et al.* (2022).

particularmente sérias. De acordo com diversos estudos, as vítimas menores apresentam sintomas de depressão e ansiedade [66]; uma sensação de solidão e menor satisfação com a vida [67], bem como medo e *stress* [68]. Neste seguimento, a literatura tem vindo a apontar também que, nos EUA, cerca de 5% dos adolescentes já foram vítimas de *Cyber Sextortion* e 3% já haviam perpetrado a ofensa, sendo apontado por autores a existência de uma clara sobreposição da vitimação e da perpetração [69]. Com efeito, um estudo realizado por Wolak e Finklehorn [70] numa amostra de 1.631 vítimas, constatou que uma parte considerável destas eram menores de idade (46%). De acordo com Wittes e colegas [71], os menores são manipulados a enviar fotografias de conteúdo explícito (possivelmente na sequência de processos de *Online Grooming* e SCS) e estas são posteriormente utilizadas como forma de extorquir mais fotografias ou conteúdos sexuais dos mesmos. Apresentando-se como uma possível consequência da resposta a uma SCS, a *Cyber Sextortion* acarreta, por si só, um incremento das consequências psicológicas.

A literatura diverge no que concerne à definição do conceito de *Sextortion* tradicional [72]. Carlton, no seu estudo, apresenta as seguintes definições: (1) *Sextortion* ocorre quando um perpetrador ameaça partilhar as imagens privadas da vítima de modo a extorquir algo da mesma; (2) *Sextortion* ocorre quando uma vítima é coagida a enviar material sexual ao perpetrador. A esta definição, outros acrescentam que, geralmente, os ofensores tentam criar um sentimento de medo e insegurança nas vítimas ao ameaçá-las da divulgação do conteúdo íntimo, levando-as a acatar às suas exigências [73]. A *Cyber Sextortion* apresenta-se como parte de um *continuum* maior de ofensas sexuais, cujas imagens são usadas para prejudicar alguém e que engloba *revenge pornography* e *non-consensual sexting*.

Por sua vez, outros estudiosos [74] afirmam que a metodologia e motivações que levam à prática da *Cyber Sextortion* são semelhantes

66 Santisteban & Gámez-Guadix (2017).
67 (Festl *et al*., 2019).
68 Mitchell *et al*. (2001).
69 Patchin & Hinduja (2020).
70 Wolak & Finklehorn (2016).
71 Wittes e colegas (2016).
72 Carlton (2020).
73 O'Malley & Holt (2022).
74 Bates (2017); Acar (2016).

às de outros crimes interpessoais como *intimate partner violence*, cibercrime e exploração infantil. No entanto, a *Cyber Sextortion* distancia-se das primeiras no que concerne à proximidade entre o ofensor e a vítima, dado que estes poderão nunca estar no mesmo espaço físico ou interagir *offline*. Especificamente no que concerne à obtenção das imagens, esta pode ser realizada através de diversos meios, com ou sem o consentimento da vítima [75].

Uma questão especialmente relevante apresenta-se quando se disserta sobre a proteção legal das vítimas de *Cyber Sextortion*. De acordo com Mcglynn e colaboradores [76] embora se tenha vindo a verificar um esforço crescente para combater legalmente algumas formas de abuso sexual baseado em imagens, a maioria desta atenção tem sido dada à distribuição das imagens, deixando de parte a questão da ameaça de divulgação e a coação para a prática de outros crimes. Além desta questão, o exponencial desenvolvimento tecnológico permitiu a globalização deste problema, facilitou o acesso às vítimas [77] e permitiu um maior anonimato dos ofensores [78]. Em Portugal, a *Sextortion* é punida como extorsão (Art. 223.º do Código Penal Português) e devassa da vida privada (Art. 192.º do Código Penal Português), praticados com recurso a meios tecnológicos.

CONCLUSÕES

Os riscos e perigos da internet não se limitam aos adultos, estendendo-se também a crianças e jovens, que se encontram particularmente vulneráveis num ambiente digital em constante evolução. Neste âmbito, o presente texto propôs-se a perceber a problemática de dois fenómenos em crescimento: o *online grooming* e a solicitação de cariz sexual. A análise da literatura existente confirma que a Teoria das Atividades de Rotina e dos Estilos de Vida é a mais adequada para explicar a vitimação daqueles fenómenos. Esta teoria destaca que o risco de vitimação é condicionado pela exposição dos indivíduos a situações de maior vulnerabilidade, pela proximidade a ofensores

[75] O'Malley & Holt (2022).
[76] Mcglynn *et al*. (2017).
[77] Relembrando que os adolescentes, como mencionado anteriormente, estão cada vez mais conectados à Internet.
[78] O'Malley & Holt (2022).

motivados, pela ausência de guardiões capazes e pela perceção de alvos atrativos. No contexto digital, esses fatores são amplificados, uma vez que a internet elimina barreiras espaciais e facilita a interação entre ofensores e potenciais vítimas.

Os estudos analisados evidenciam uma série de fatores de risco e de proteção, que reforçam o papel da teoria. Indivíduos mais vulneráveis, com maior tempo de exposição *online* e menor supervisão parental, apresentam um risco aumentado de vitimação. Por outro lado, estratégias preventivas, como a educação digital, o desenvolvimento da autoestima e a supervisão parental, podem reduzir significativamente a probabilidade de exposição a predadores *online*.

Além disso, a crescente incidência de *Cyber Sextortion* como consequência do *online grooming* e da SCS evidencia a necessidade de aprofundar o estudo deste fenómeno. A escassez de literatura nacional sobre o tema reforça a urgência de investigações adicionais, de modo a compreender melhor as dinâmicas da vitimação em Portugal e a orientar políticas públicas mais eficazes.

Por fim, este estudo sugere que futuras investigações explorem o impacto da intervenção preventiva sobre fatores de risco dinâmicos e avaliem estratégias que possam mitigar a vitimação dos adolescentes. Dado o aumento exponencial do uso da internet e redes sociais nesta faixa etária, torna-se essencial reforçar medidas de prevenção e intervenção, promovendo um ambiente digital mais seguro e reduzindo as oportunidades para a exploração *online* de menores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Açar, Kemal Veli (2016). Sexual extortion of children in cyberspace. *International Journal of Cyber Criminology, 10*(2), 973-5089. https://doi.org/10.5281/zenodo.163398/.

Almeida, Ana Nunes; Alves, Nuno de Almeida & Alvez, Ana. (2013). As crianças e a internet em Portugal: Perfis de uso. *Sociologia, Problemas e Práticas, 65*.

Amaral, Inês; Reis, Bruno; Lopes, Paula & Quintas, Célia (2017). Práticas e consumos dos jovens portugueses em ambientes digitais. 10.20287/ec.n24.a06

Bates, Samantha (2017). Revenge porn and mental health: A qualitative analysis of the mental health effects of revenge porn on female survivors. *Feminist Criminology*, 12(1), 22-42. https://doi.org/10.1177/1557085116654565.

Borko, Andrii; Nehodchenko, Vadym; Volobuieva, Olena; Kharaberiush, Ivan & Lohvynenko, Yevheniia (2019). Fighting against cybercrime: problems and prospects in Ukraine and the world. *J. Legal Ethical & Regul. Isses*, *22*, 1.

Berliner, Lucy & Conte, Jon Robert (1990). The process of victimization: The victims' perspective. *Child Abuse & Neglect, 14*(1), 29-40. https://doi.org/10.1016/0145-2134(90)90078-8.

Briggs, Peter; Simon, Walter T., & Simonsen, Stacy (2011). An exploratory study of Internet-initiated sexual offenses and the chat room sex offender: Has the Internet enabled a new typology of sex offender? *Sexual Abuse: Journal of Research and Treatment, 23*(1), 72-91. https://doi.org/10.1177/1079063210384275.

Calvete, Esther; Fernández-González, Liria; Royuela-Colomer, Estíbaliz; Morea, Aida; Larrucea-Iruretagoyena, Maite, Machimbarrena, Juan Manuel & Orue, Izaskun (2021). Moderating factors of the association between being sexually solicited by adults and active online sexual behaviors in adolescents. *Computers in Human Behavior, 124*, 106- 935. doi:10.1016/j.chb.2021.106935.

Carapinha, Ludmila; Calado, Vasco Gil & Neto, Helena (2022). *Comportamentos Aditivos aos 18 anos Inquérito aos jovens participantes no Dia da Defesa Nacional — 2021 Utilização da internet*. http://hdl.handle.net/10400.26/51046.

Carlton, Alessandra (2020). Sextortion: The Hybrid "Cyber-Sex" Crime. *North Carolina Journal of Law & Technology*, *21*(3). https://scholarship.law.unc.edu/ncjolt/vol21/iss3/5.

Castro, Teresa Sofia; Ponte, Maria Cristina Mendes; Jorge, Ana Margarida Ferreira Rato & Batista, Susana (2017). *Crescendo entre ecrãs: competências digitais de crianças de 3 a 8 anos. ERC* — Entidade Reguladora para a Comunicação Social. http://www.erc.pt/documentos/Crescendoentreecras/mobile/index.html#p=1.

Chang, Fong-Ching; Chiu, Chiung-Hui; Miao, Nae-Fang; Chen, Ping-Hung; Lee, Ching-Mei & Chiang, Jeng Tung (2016). Predictors of unwanted exposure to online pornography and online sexual solicitation of youth. *Journal of health psychology*, *21*(6), 1107-1118. https://doi.org/10.1177/1359105314546775.

Cohen, Lawrence. E.; & Felson, Marcus (1979). Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach. *American Sociological Review, 44*(4), 588-608. https://doi.org/10.2307/2094589.

Cohen, Lawrence. E.; Kluegel, James R.; & Land, Kenneth C. (1981). Social Inequality and Predatory Criminal Victimization: An Exposition and Test of a Formal Theory. *American Sociological Review, 46*(5), 505. doi:10.2307/2094935

Conte, Jon Robert; Wolf, Steven & Smith, Tim (1989). What sexual offenders tell us about prevention strategies. *Child Abuse & Neglect, 13*(2), 293-301. https://doi.org/10.1016/0145-2134(89)90016-1.

Craven, Samantha; Brown, Sarah & Gilchrist, Elizabeth (2006). Sexual grooming of children: Review of literature and theoretical considerations. *Journal of Sexual Aggression, 12*(3), 287—299. doi:10.1080/13552600601069414

Dehart, Dana; Dwyer, Gregg; Seto, Michael C.; Moran, Robert; Letourneau, Elizabeth & Schwarz-Watts, Donna (2017). Internet sexual solicitation of children: a proposed typology of offenders based on their chats, e-mails, and social network posts. *Journal of Sexual Aggression, 23*(1), 77-89. doi:10.1080/13552600.2016.1241309.

Dias, Vera (2012). A *problemática da investigação do cibercrime* [Documento eletrónico]. *Data Venia, 1*(1), 63-88.

Festl, Ruth; Reer, Felix & Quandt, Thorsten (2019). Online sexual engagement and psychosocial well-being: The mediating role of sexual victimization experiences. *Computers in Human Behavior*, *98*, 102-110. https://doi.org/10.1016/j.chb.2019.04.010.

Farrington, David & Baldry, Anna Constanza. (2010). Individual risk factors for school bullying. *Journal of aggression, conflict and peace research*, *2*(1), 4-16.

Furnell, Steven (2002). Cybercrime: Vandalizing the Information Society. *Web Engineering,* 8-16. doi:10.1007/3-540-45068-8_2.

Gillispie, Alisdair A. (2004). Tackling Grooming. *The Police Journal: Theory, Practice and Principles, 77*(3), 239-255. doi:10.1350/pojo.77.3.239.54092

Greene-Colozzi, Emily A.; Winters, Georgia M.; Blasko, Brandy & Jeglic, Elizabeth L. (2020). Experiences and Perceptions of Online Sexual Solicitation and Grooming of Minors: A Retrospective Report. *Journal of Child Sexual Abuse*, 1-19. doi:10.1080/10538712.2020.1801938.

Guedes, Inês Sousa; Moreira, Samuel; Cardoso, Carla (2021) Cibercrime: conceptualização, desafios e perceções públicas. Guedes, Inês Sousa & Gomes, Marcus Alan Melo (Eds.), *Cribercriminalidade: Novos Desafios, Ofensas e Soluções* (pp. 3-23). Lisboa: Pactor.

Helweg-Larsen, Karin; Schütt, Nina & Larsen, Helmer B. (2012). Predictors and protective factors for adolescent Internet victimization: results from a 2008 nationwide Danish youth survey. *Acta Paediatrica, 101*(5), 533-539. doi:10.1111/j.1651-2227.2011.02587.x.

Hindelang, Michael. J.; Gottfredson, Michael R.; Garofalo, James (1978). *Victims of personal crime: An empirical foundation for a theory of personal victimization.* Cambridge, MA: Ballinger.

Hornor, Gail (2020). Online Sexual Solicitation of Children and Adolescents. *Journal of Pediatric Health Care, 34,* 610-618. Doi: 10.1016/j.pedhc.2020.05.008

Holt, Thomas J. & Bossler, Adam M. (2008). Examining the Applicability of Lifestyle-Routine Activities Theory for Cybercrime Victimization. *Deviant Behavior, 30*(1), 1-25. doi:10.1080/01639620701876577.

Hsieh, Yi-Ping; Wei, His-Sheng; Lin, Yu-Sheng & Ma, Josef Kuo-Hsun (2023). Understanding the dynamics of unwanted online sexual solicitation among youth in Taiwan: Vulnerability and resilience factors. *Archives of sexual behavior*, 1-12. https://doi.org/10.1007/s10508-023-02719-y.

Jones, Lisa M.; Mitchell, Kimberly. J. & Finkelhor, David (2012). Trends in Youth Internet Victimization: Findings From Three Youth Internet Safety Surveys 2000-2010. *Journal of Adolescent Health, 50*(2), 179-186. doi:10.1016/j.jadohealth.2011.09.

Kalia, Divya & Aleem, Sheema (2017). Cyber victimization among adolescents: Examining the role of routine activity theory. *Journal of Psychosocial Research, 12*(1), 223.

Leander, Lina; Christianson, Sven Å. & Granhag, Par Anders (2008). Internet-initiated sexual abuse: adolescent victims' reports about On-and Off-line sexual activities. *Applied Cognitive Psychology: The Official Journal of the Society for Applied Research in Memory and Cognition, 22*(9), 1260-1274.

Livingstone, Sonia; Haddon, Leslie, Görzig, Aanke & Ólafsson, Kjartan (2011). Risks and safety on the internet: the perspective of European children: full findings and policy implications from the EU Kids Online survey of 9-16 year olds and their parents in 25 countries. EU Kids Online Network, London:UK.

Madero-Hernandez, Arelys (2019). Lifestyle Exposure Theory of Victimization. *The Encyclopedia of Women and Crime*, 1-3. doi:10.1002/9781118929803.ewac033.

McGlynn, Clare; Rackley, Erika & Houghton, Ruth (2017). Beyond "revenge porn": The continuum of image-based sexual abuse. *Feminist Legal Studies, 25*, 25-46.

MICHELL, Kimberly; FINKELHOR, David & WOLAK, Janis (2007). Youth Internet Users at Risk for the Most Serious Online Sexual Solicitations. *American Journal of Preventive Medicine, 32*(6), 532-537. doi:10.1016/j.amepre.2007.02.001.

MITCHELL, Kimberly; FINKELHOR, David & WOLAK, Janis (2001). Risk factors for and impact of online sexual solicitation of youth. *Jama*, *285*(23), 3011-3014. doi:10.1001/jama.285.23.3011.

O'MALLEY, Roberta Liggett & HOLT, Karen M. (2022). Cyber Sextortion: An Exploratory Analysis of Different Perpetrators Engaging in a Similar Crime. *Journal of interpersonal violence*, *37*(1-2), 258-283. https://doi.org/10.1177/0886260520909186.

ORTEGA-BARÓN, Jessica; MACHIMBARRENA, Juan Manuel; CALVETE, Esther; ORUE, Izaskun; PEREDA, Noemí & GONZÁLEZ-CABRERA, Joaquin (2022). Epidemiology of online sexual solicitation and interaction of minors with adults: A longitudinal study. *Child Abuse & Neglect*, *131*, 105759. https://doi.org/https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2022.105759.

PASCA, Paola; SIGNORE, Fluvio; TRALCI, Caterina; DEL GOTTARDO, Delia; LONGO, Mariana; PREITE, Gianpasquale & CIAVOLINO, Enrico (2022). Detecting online grooming at its earliest stages: development and validation of the Online Grooming Risk Scale. *Mediterranean Journal of Clinical Psychology, 10*(1). https://doi.org/10.13129/2282-1619/mjcp-3248.

PATCHIN, Justin W. & HINDUJA, Sameer (2020). "Sextortion among adolescents: Results from a National Survey of U.S. Youth": Erratum. *Sexual Abuse: Journal of Research and Treatment, 32*(5), 614. https://doi.org/10.1177/1079063220916354.

POLLARD, John. A.; HAWKINS, J. David & ARTHUR, Michael W. (1999). Risk and protection: Are both necessary to understand diverse behavioral outcomes in adolescence? *Social Work Research, 23*(3), 145-158. doi:10.1093/swr/23.3.145.

PONTE, Cristina & BATISTA, Susana (2019). EU Kids Online Portugal. *Usos, competências, riscos e mediações da internet reportados por crianças e jovens (9-17 anos)*. EU Kids Online e NOVA FCSH.

RAMÓN-ARBUÉS, Enrique; GRANADA-LÓPEZ, José Manuel; MARTÍNEZ-ABADÍA, Blanca; ECHÁNIZ-SERRANO, Emmanuel; ANTÓN-SOLANAS, Isabel & NASH, Michael (2021). Prevalence and Factors Associated with Problematic Internet Use in a Population of Spanish University Students. *International journal of environmental research and public health*, *18*(14), 7620. https://doi.org/10.3390/ijerph18147620.

RINGENBERG, Tatiana R.; SEIGFRIED-SPELLAR, Kathryn C.; RAYZ, Julia M. & ROGERS, Marcus. K. (2022). A scoping review of child grooming strategies: pre-and post-internet. *Child Abuse & Neglect, 123*, 105-392. https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2021.10539.

SANTISTEBAN, Patricia & GÁMEZ-GUADIX, Manuel (2017). Prevalence and Risk Factors Among Minors for Online Sexual Solicitations and Interactions With Adults. *The Journal of Sex Research, 55*(7), 939-950. doi:10.1080/00224499.2017.1386763.

SKLENAROVA, Halina; SCHULZ, Anja; SCHUMANN, Petya; OSTERHEIDER, Michael & NEUTZE, Janina (2018). Online sexual solicitation by adults and peers — Results from a population based German sample. *Child Abuse & Neglect, 76*, 225-236. https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2017.11.005.

SMITH, Peter K.; THOMPSON, Fran & DAVIDSON, Julia (2014). Cyber safety for adolescent girls. *Current Opinion in Obstetrics and Gynecology, 26*(5), 360- 365. doi:10.1097/gco.0000000000000106.

Schulz, Anja; Bergen, Emilia; Schumann, Petya; Hoyer, Jurgen, & Santilla, Pekka. (2016). Online Sexual Solicitation of Minors: How often and between whom does it occur? *Journal of Research in Crime and Delinquency, 53*(2), 165— 188. doi:10.1177/0022427815599426

Tintori, Antonio; Ciancimino, Giulia; Bombelli, Ilaria; De Rocchi, Daniele & Cerbara, Loredana (2023). Children's Online Safety: Predictive Factors of Cyberbullying and Online Grooming Involvement. *Societies*, *13*(2), 47. https://www.mdpi.com/2075-4698/13/2/47

Vakhitova, Zarina. I.; Alston-Knox, Clair. L.; Reynald, Danielle. M.; Townsley, Michael K. & Webster, Julianne. L. (2019). Lifestyles and routine activities: Do they enable different types of cyber abuse? *Computers in Human Behavior, 101*, 225-237. https://doi.org/10.1016/j.chb.2019.07.012

Vara, Marcela & Sani, Ana Isabel (2021). Portnografia Infantil: (Re)Conhecimento e Prevenção Criminal do Fenómeno. Guedes, Inês Sousa & Gomes, Marcus Alan Melo (Eds.), *Cribercriminalidade: Novos Desafios, Ofensas e Soluções* (pp. 3-23). Lisboa: Pactor.

Venâncio, Pedro Dias (2025). *Lições de direito do cibercrime e da tutela penal de dados pessoais* (2.ª ed.). Editora D'Ideias.

Wall, David (2001) Cybercrimes and the internet. Wall, David (Ed.) *Crime and the internet* (pp. 1-17). London: Routledge

Weber, Max (*1946*). *Class*, *Status*, *Party*. Girth, Hans & Mills, C. Wright (Eds.), From *Max Weber Essays* in *Sociology* (*pp. 180-195*). New York Oxford University.

Wittes, Benjamin; Poplin, Cody; Jurecic, Quinta & Spera, Clara (2016). Sextortion: Cybersecurity, teenagers, and remote sexual assault. *Center for Technology Innovation at Brookings*, 1-47. https://www.brookings.edu/research/sextortion-cybersecurity-teenagers-and-remote-sexual-assault/

Whittle, Helen; Hamilton-Giachritsis, Catherine & Collings, Beech (2013) A review of online grooming: Characteristics and concerns. *Aggression and Violent Behaviour, 18*, 62-70. Doi: 10.1016/j.avb.2012.09.003

Whittle, Helen; Hamilton-Giachritsis, Catherine & Collings, Beech (2014). In their own words: Young peoples' vulnerabilities to being groomed and sexually abused online. *Psychology, 5*(10), 1185-1196. http://dx.doi.org/10.4236/psych.2014.510131

Williams, Rebecca; Elliot, Ian. A. & Beech, Anthony (2013). Identifying Sexual Grooming Themes Used by Internet Sex Offenders. *Deviant Behavior, 34*(2), 135-152. doi:10.1080/01639625.2012.707550

Wolak, Janis & Finkelhor, David (2016). Sextortion: Findings from a survey of 1,631 victims. https://humantraffickingsearch.org/wp-content/uploads/2018/09/Sextortion_Report.pdf

Wurtele, Sandy K. (2012). Preventing the sexual exploitation of minors in youth-serving organizations. *Children and Youth Services Review, 34*(12), 2442-2453. https://doi.org/10.1016/j.childyouth.2012.09.009

Wurtele, Sandy K. & Kenny, Maureen C. (2016). Technology-Related Sexual Solicitation of Adolescents: A Review of Prevention Efforts. *Child Abuse Review, 25*(5), 332-344. doi:10.1002/car.244

Wurtele, Sandy K. (2017). Preventing cyber sexual solicitation of adolescents. *Research and practices in child maltreatment prevention*, *1*, 363-393.

Yar, Majid (2006; 2012). *Cybercrime and Society.* SAGE Publications. https://doi.org/10.4135/9781446212196

YAR, Majid (2005). The Novelty of 'Cybercrime': An Assessment in Light of Routine Activity Theory. *European Journal of Criminology, 2*(4), 407-427

YBARRA, Michele; ESPELAGE, Dorothy & MITCHELL, Kimberly (2007). The co-occurrence of Internet harassment and unwanted sexual solicitation victimization and perpetration: Associations with psychosocial indicators. *Journal of adolescent health, 41*(6), S31-S41.

YOON, Susan (2022). Understanding Family Risk and Protective Factors That Shape Child Development. *Children (Basel, Switzerland)*, *9*(9), 1344. https://doi.org/10.3390/children9091344

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

Código Penal Português (Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro). Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis.

Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009 de 15 de setembro). Disponível em https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2009-128879174.

DEVER DE DILIGÊNCIA DAS EMPRESAS EM MATÉRIA DE SUSTENTABILIDADE E RESPONSABILIDADE CIVIL

BREVES CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO ART. 29.º DA CSDDD *

Luísa Eckenroth Moreira **

Abstract: This study aims to analyse the EU-wide harmonised civil liability regime provided for in Article 29 of Directive (EU) 2024/1760 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 on corporate sustainability due diligence ("CSDDD"), which entered into force on 25 July 2024.

Resumo: O presente estudo visa analisar o regime, harmonizado a nível europeu, de responsabilidade civil constante do art. 29.º da Diretiva (UE) 2024/1760 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de junho de 2024 relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade ("CSDDD"), que entrou em vigor no passado dia 25 de julho de 2024.

Keywords: CSDDD; due diligence; civil liability.

Palavras-chave: CSDDD; dever de diligência; responsabilidade civil.

1. INTRODUÇÃO

Em 25 de julho de 2024, entrou em vigor a Diretiva (UE) 2024/1760 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de junho de 2024 relativa

* O presente artigo foi submetido para publicação em 25 de fevereiro de 2025, data em que todos os sítios de *Internet* nele indicados foram consultados pela última vez.

** Investigadora Colaboradora do CIJ; Assistente Convidada e Doutoranda na FDUP; Bolseira da FCT.

ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937 e o Regulamento (UE) 2023/2859 — vulgarmente conhecida como "CSDDD" ou "CS3D" (do inglês: "Corporate Sustainability Due Diligence Directive") [1] —, que deverá ser transposta pelos Estados-Membros ("EM") para os respetivos direitos nacionais no prazo de dois anos (até 26 de julho de 2026) [2].

Com a CSDDD, o legislador europeu visa, sobretudo, "assegurar que as empresas ativas no mercado interno contribuam para o desenvolvimento sustentável e a transição económica e social para a sustentabilidade" [3-4]. Para o efeito, estabelece para as empresas abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva — inspirado pelos instrumentos de *soft law* existentes em matéria de *responsible business conduct* (*v. g.*, as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais e os Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos) —, *inter alia*, um "dever de diligência em matéria de direitos humanos e de ambiente", segundo o qual — em termos resumidos e simplificados — as referidas empresas ficam vinculadas a instituir um processo (de *due diligence*) destinado a identificar e combater os efeitos negativos (potenciais e/ou reais) nos direitos humanos e no ambiente, não apenas das suas operações, mas também das operações das suas filiais e dos seus parceiros comerciais presentes nas suas cadeias de atividades [5]. As empresas que não respeitem este

---

1 Diretiva (UE) 2024/1760 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de junho de 2024 relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937 e o Regulamento (UE) 2023/2859 (JO L, 2024/1760, 5.7.2024, ELI: http://data.europa.eu/eli/dir/2024/1760/oj) (doravante, "CSDDD" ou "Diretiva").

2 Cfr. art. 37.º da CSDDD. Doravante, todos os considerandos e preceitos citados sem expressa indicação do diploma a que pertencem integram a CSDDD.

3 Considerando 16.

4 Também procura garantir um "*level-playing field*" para as empresas que operam no mercado interno, ameaçado pela fragmentação jurídica que, entretanto, se estava a gerar com diferentes EM a adotarem (ou a fazerem tenção de adotar) legislação neste âmbito, em termos não inteiramente coincidentes. Cfr. considerando 31.

5 O conceito de "*human rights due diligence*" — introduzido, primeiramente, pelos Princípios Orientadores da ONU e, entretanto, alargado à proteção do ambiente — constitui o meio através do qual as empresas operacionalizam, na prática, a responsabilidade que têm de respeitar os direitos humanos (cfr. Bright, 2022, p. 5), consistindo, nas palavras de John Ruggie, autor material dos referidos Princípios, "[n]uma tentativa abrangente e proativa de descobrir os riscos para os direitos humanos, reais e potenciais, ao longo de todo o ciclo de

dever poderão incorrer em responsabilidade civil (entre outras sanções). Com efeito, o legislador europeu, numa tentativa de "assegurar que as vítimas de efeitos negativos tenham acesso efetivo à justiça e a uma compensação" [6], impõe, no art. 29.º da Diretiva (sob a epígrafe "Responsabilidade civil das empresas e direito a compensação integral"), aos EM que garantam que, verificados determinados requisitos (que a norma enuncia), as empresas incumpridoras do dever de diligência possam ser chamadas a reparar os danos causados pelo seu incumprimento.

Esta disposição, que logrou resistir ao (atribulado) processo legislativo, foi uma das que mais acesa controvérsia gerou (e gera ainda) [7]. Nela se institui, na prática, conforme salienta Engrácia Antunes:

> "*a sort of group liability or even an enterprise liability* through the backdoor, making parent companies directly liable for damages caused by failure of exercising due diligence concerning human rights and environmental adverse impacts at the level of the entire group and beyond — at *the level of the entire enterprise*." [8]

O que, naturalmente, representa uma mudança de paradigma no direito societário, não faltando quem, invocando o *floodgates argument*, clame que o art. 29.º expõe as empresas a um risco excessivo de responsabilidade. Tem-se alegado, porém, tratar-se de um desenvolvimento necessário para obviar à impunidade (*rectius*, irresponsabilidade) de que têm gozado as grandes empresas multinacionais [9], que, colhendo os benefícios da deslocação da produção para filiais, fornecedores ou subcontratados estabelecidos em países do chamado

vida de um projeto ou atividade empresarial, com o objetivo de evitar e mitigar esses riscos" (tradução nossa) (cfr. Ruggie/Sherman, 2017, p. 924).

6 Considerando 79.

7 Não sendo de excluir a possibilidade de ela ainda vir a ser descartada num futuro próximo. A Comissão manifestou a sua intenção de revisitar alguns dos diplomas europeus em matéria de sustentabilidade (CSDDD incluída) no sentido de os simplificar. A reabertura da discussão em torno da CSDDD, num clima hoje já não tão favorável aos interesses da sustentabilidade, poderá fazer perigar a disposição do art. 29.º, que, conforme referido em texto, foi, desde o início, uma das mais polémicas.

8 Antunes, 2024, p. 44.

9 Ou "empresas globais (do centro económico, de países desenvolvidos)", conforme se lhes refere J. M. Coutinho de Abreu. Cfr. Abreu, 2022, p. 30.

"Sul Global" (em que a fasquia em termos de *standards* de conduta empresarial não é, geralmente, tão elevada, possibilitando custos de produção mais reduzidos e, consequentemente, maiores lucros), não suportam, graças aos princípios da separação entre a pessoa coletiva e os seus membros e da responsabilidade limitada, os prejuízos decorrentes de impactos adversos nos direitos humanos e no ambiente diretamente causados pelas entidades de que se servem (externalidades negativas) [10]. Estes prejuízos tendem, assim, a ficar com quem os sofre [11]. Conforme salienta Alessio M. Pacces, com a "*supply chain liability*" fixada no art. 29.º, o que se pretende é dissuadir as grandes empresas multinacionais de causarem as referidas externalidades negativas nos direitos humanos e no ambiente [12], mostrando-lhes que o *outsourcing* de atividades perigosas já não compensa.

No presente estudo, analisaremos o regime de responsabilidade civil constante do art. 29.º da CSDDD, dedicando particular atenção

[10] Explicando este fenómeno, cfr. Mares, 2020, p. 446 e ss. Sobre as dificuldades de responsabilização das empresas controladoras pelos danos diretamente causados pelas controladas a terceiros, *vide* Abreu, 2022, p. 21. Sobre o tema em geral da responsabilidade da "empresa plurissocietária", veja-se, entre nós, Antunes, 1999, p. 197 e ss.

[11] As vítimas não conseguem, em geral, obter ressarcimento dos causadores imediatos do dano ou porque as leis dos países em que ocorre o dano não são tão garantísticas dos seus direitos ou porque, sendo-o até, não há vontade ou capacidade política de as aplicar. A elevada dependência destes países do investimento externo leva a que não estejam tão dispostos a regular e/ou a sancionar os abusos cometidos pelas empresas sob a sua jurisdição. Denunciando esta realidade, Amnesty International, 2014, p. 140. E, quando consigam responsabilizar os causadores imediatos do dano, sempre poderão estes não dispor de bens que permitam efetivar a sua responsabilidade. Com efeito, como destaca Pacces, é fácil para as multinacionais concentrarem atividades perigosas, que podem causar, *v. g.,* danos ambientais exorbitantes, em veículos societários com capital reduzido, que, assim, não terão solvabilidade para satisfazer as indemnizações que venham a ser condenados a pagar às vítimas. Cfr. Pacces, 2023b, p. 271.

[12] Cfr. Pacces, 2023a. Explica o A.: "corporations may establish subsidiaries and outsource activities to minimize liability risk. When firms face lower liability than the harms they produce, albeit through different corporate vehicles, social harms such as environmental and human rights violations are overproduced. By establishing due diligence obligations in dealing with subsidiaries and business partners and liability for failure to meet these obligations, the CSDDD functionally extends civil liability to the company's operations within the group and throughout the value chain.". O que, acrescentamos nós, se o mecanismo funcionar bem, poderá levar a que as empresas passem a internalizar as externalidades negativas.

aos seus pressupostos de aplicação. Começaremos por dar a conhecer, em traços largos, o conteúdo essencial da Diretiva (**2.**) para depois nos debruçarmos mais detidamente sobre o seu famigerado art. 29.º (**3.**). Encerraremos com breves observações conclusivas, pronunciando-nos, em particular, sobre a questão de saber se o regime, tal como foi gizado, cumprirá o objetivo que o legislador europeu lhe quis imprimir (**4.**).

2. A CSDDD — UMA (BREVE) SÍNTESE: OBJETO, ÂMBITO PESSOAL DE APLICAÇÃO, DEVERES, *ENFORCEMENT*

A CSDDD estabelece regras acerca *(i)* das obrigações das empresas em matéria de efeitos negativos reais e potenciais nos direitos humanos e no ambiente, no que tange às suas próprias operações, às operações das suas filiais e às operações dos seus parceiros comerciais nas suas cadeias de atividades; *(ii)* da responsabilidade pela violação dessas obrigações; e *(iii)* da obrigação das empresas de adotar e pôr em prática um plano de transição para a atenuação das alterações climáticas (art. 1.º, n.º 1) [13].

No que concerne ao seu âmbito pessoal de aplicação, a CSDDD aplicar-se-á a empresas europeias que: *(i)* tenham mais de 1.000 trabalhadores, em média, e um volume de negócios líquido a nível mundial superior a 450.000.000 € no último exercício financeiro; *(ii)* tenham celebrado contratos de franquia ou licenciamento na UE em troca de *royalties* com empresas terceiras independentes (verificados certos requisitos) e gerado um volume de negócios líquido a nível mundial superior a 80.000.000 € no último exercício financeiro; ou *(iii)* sejam as empresas-mãe em última instância de grupos de empresas que, no seu conjunto, preencham essas condições (cfr. considerando 28 e art. 2.º, n.º 1). A CSDDD aplicar-se-á, ainda, a empresas de países terceiros com operações significativas na UE, i.e., que: *(i)* tenham gerado um volume de negócios líquido superior a 450.000.000 € na UE no exercício anterior

[13] Para uma exposição mais desenvolvida do conteúdo da CSDDD (na sua versão final), veja-se o nosso Moreira, 2024, 193-219, no prelo. V. sobre versões anteriores, entre nós, Antunes, 2022, pp. 1997-2024; Antunes, 2023, pp. 1467-1478; Antunes, 2024. V., igualmente, Abreu, 2022, pp. 15-24; Bright, 2022, pp. 1-11; Martins, 2022, pp. 47-84; Dias, 2022, pp. 99-133; Serra, 2022, pp. 25-45; Serra, 2023, pp. 17-67; Antunes, 2024, pp. 13-59; Dias, 2024, pp. 239-251.

ao último exercício financeiro; *(ii)* tenham celebrado contratos de franquia ou licenciamento na UE em troca de *royalties* com empresas terceiras independentes (verificados certos requisitos) e gerado um volume de negócios líquido superior a 80.000.000 € na UE no exercício anterior ao último exercício financeiro; ou *(iii)* sejam as empresas-mãe em última instância de grupos de empresas que, no seu conjunto, preencham essas condições (cfr. considerandos 29 e 30 e art. 2.º, n.º 2). Importa não olvidar o "*trickle-down effect*" que a CSDDD produzirá sobre as empresas presentes nas cadeias de atividades das empresas abrangidas, que levará a que muitas outras entidades (nomeadamente, PME) fiquem indiretamente sujeitas às suas determinações [14].

Para cumprirem as suas obrigações em matéria de efeitos negativos nos direitos humanos e no ambiente, as empresas deverão observar um "dever de diligência em matéria de direitos humanos e de ambiente", realizando, em linha com o Guia da OCDE para uma Conduta Empresarial Responsável, as seguintes ações: *(i)* integração do dever de diligência nas políticas e nos sistemas de gestão de riscos; *(ii)* identificação e avaliação dos efeitos negativos reais ou potenciais e, se necessário, priorização dos efeitos negativos reais e potenciais identificados com base na sua gravidade e probabilidade; *(iii)* prevenção (ou, caso a prevenção não seja possível, atenuação) dos efeitos negativos potenciais; *(iv)* cessação dos efeitos negativos reais (ou, caso não seja possível fazê-los cessar de imediato, minimização da sua extensão); *(v)* reparação dos efeitos negativos reais; *(vi)* colaboração construtiva com as partes interessadas em diferentes fases do processo de *due diligence*; *(vii)* estabelecimento de um mecanismo de notificação e de um procedimento para apresentação de reclamações; *(viii)* monitorização, por via de avaliações periódicas, da adequação e eficácia das medidas aplicadas; e, por fim, *(ix)* comunicação pública das informações sobre o dever de diligência. Estes subdeveres, em que se decompõe o dever de diligência a cargo das empresas em matéria de sustentabilidade, surgem genericamente enunciados no art. 5.º, sendo depois concretizados nos arts. 7.º a 16.º.

Os efeitos negativos nos direitos humanos são definidos como os efeitos sobre as pessoas resultantes da violação dos direitos, proibições ou obrigações enumerados na parte I, secção 1 do anexo e,

[14] Sensível a este aspeto, o legislador europeu prevê um conjunto de medidas destinadas a proteger as PME. Sobre esta questão, ver Moreira, 2024, pp. 200-201, no prelo.

ainda, dos não enumerados na parte I, secção 1 do anexo, mas constantes dos instrumentos em matéria de direitos humanos enumerados na parte I, secção 2 do anexo, verificadas determinadas condições [art. 3.º, n.º 1, al. *c)* e considerando 32]. Os efeitos negativos no ambiente são os efeitos negativos resultantes da violação das proibições e obrigações enumeradas na parte I, secção 1, pontos 15 e 16, e na parte II do anexo da CSDDD [art. 3.º, n.º 1, al. *b)* e considerando 32] [15]. No considerando 33, o legislador europeu sugere que, em função das circunstâncias do caso concreto, as empresas poderão ter de "ponderar normas adicionais", p. ex., na presença de "contextos específicos" ou de "fatores que se intersectam", como o sexo, o género, a raça, a pertença a um povo indígena, *etc*. Seria importante que o catálogo de normas a respeitar estivesse bem definido. Para que a responsabilidade civil possa cumprir a sua função preventiva, é fundamental que os sujeitos — neste caso, as empresas abrangidas — saibam com que padrões têm de conformar a sua conduta.

Vale a pena destacar que o dever de diligência deverá ser cumprido de acordo com uma abordagem baseada no risco (art. 5.º). Significa isto que as empresas deverão procurar identificar e avaliar os efeitos negativos com base em fatores de risco pertinentes (*v. g.,* geográficos) (art. 8.º) e, na impossibilidade de os abordar plena e simultaneamente a todos, priorizar a resposta aos efeitos negativos mais graves e mais prováveis (art. 9.º) [16/ 17].

No considerando 19, pode ler-se que a CSDDD não deverá "exigir que as empresas garantam, em todas as circunstâncias, que nunca ocorrerão efeitos negativos ou que os efeitos negativos serão travados"; apenas lhes deverá exigir que atuem diligentemente nesse sentido, tomando para o efeito as "medidas adequadas" [definidas no art. 3.º, n.º 1, al. *o)*]. Afirma o legislador europeu, no considerando citado, que "as principais obrigações previstas na presente diretiva deverão ser «obrigações de meios»" [18]. Fatores como o "nível de

[15] A Comissão poderá alterar o elenco de *standards* relevantes por via da adoção de atos delegados.

[16] Cfr. considerandos 41 e 44.

[17] O conceito de "gravidade" vem definido no art. 3.º, n.º 1, al. *v)*.

[18] Vendo com estranheza que o dever impendente sobre a empresa abrangida de prevenir ou fazer cessar efeitos negativos nas *próprias* operações seja concebido pelo legislador europeu como um dever de meios (e não de resultado), cfr. Schall, 2024, p. 57. Classificando a opção do legislador europeu (pela qualificação

implicação da empresa num efeito negativo" e a sua "capacidade para influenciar" relevarão na determinação das medidas exigíveis [19], havendo quem defenda que, em função do concreto nível de envolvimento da empresa na causação do efeito negativo, obrigações *de iure* de meios se possam converter em obrigações *de facto* de resultado [20]. Entre as medidas que as empresas poderão ser obrigadas a tomar contam-se a elaboração de um "plano de ação preventivo" e/ou um "plano de ação corretivo", consoante os casos; a obtenção de garantias contratuais dos seus parceiros comerciais diretos de cumprimento do código de conduta da empresa e dos eventuais planos que venham a ser aplicados; a realização de investimentos (p. ex., nos processos e infraestruturas de produção); a introdução de alterações no plano de negócios e nas estratégias globais da empresa (incl. nas práticas de aquisição, conceção e distribuição); a prestação de apoio às PME; a colaboração com outras entidades [arts. 10.º, n.º 2, als. *a)* a *f)* e 11.º, n.º 3, als. *b)* a *g)*]. Como solução de *ultima ratio*, as empresas poderão ser obrigadas a abster-se de estabelecer novas relações ou de alargar as relações existentes com parceiros comerciais (arts. 10.º, n.º 6, e 11.º, n.º 7). No que toca em particular aos efeitos negativos reais, às medidas elencadas acrescem a neutralização do efeito (ou a minimização da sua extensão) e a concessão de reparação em conformidade com o art. 12.º [art. 11.º, n.º 3, als. *a)* e *b)*]. Reparação significa "a reposição da pessoa ou pessoas, das comunidades ou do ambiente afetados numa situação equivalente

dos deveres impostos pela Diretiva como obrigações de meios) como anacrónica e ultrapassada, desfasada daquela que tem sido a evolução da jurisprudência no sentido de um crescente reconhecimento dos deveres de diligência devida a cargo das empresas como obrigações de resultado, cfr. Antunes, 2024, p. 30. O A. dá como exemplo o caso *Milieudefensie et al. v. Shell Petroleum n.v.*, em que o tribunal neerlandês, numa decisão histórica, qualificando o dever de cuidado das empresas em matéria ambiental como um dever de resultado, considerou que a empresa tem de provar que reduziu efetivamente a emissão de gases poluentes e não apenas que tomou medidas nesse sentido. Vale a pena notar que esta decisão veio, entretanto, em sede de recurso, a ser revogada, com a consequente absolvição da *Shell* do pedido. Concordando embora com o entendimento sufragado pela primeira instância no sentido de que a *Shell* tem um dever de mitigação das alterações climáticas, o tribunal de recurso concluiu que não se pode considerar a empresa vinculada a uma específica meta de redução das suas emissões de CO2.

[19] Cfr. considerandos 45 e 53.

[20] Assim, Feld & Dua, 2023.

ou tão próxima quanto possível da situação em que se encontrariam se um efeito negativo real não tivesse ocorrido, de forma proporcionada face à implicação da empresa nesse efeito negativo, incluindo mediante uma compensação financeira ou não financeira concedida pela empresa à pessoa ou pessoas afetadas pelo efeito negativo real e, se for caso disso, o reembolso dos custos incorridos pelas autoridades públicas por quaisquer medidas corretivas necessárias" [art. 3.º, n.º 1, al. *t)*] [21]. Da forma como está definido, o termo "reparação" é muito amplo, parecendo compreender a indemnização às pessoas lesadas que sofram danos em consequência da ocorrência de efeitos negativos reais [que, como é sabido, no nosso direito, deve assumir, preferencialmente, a forma de reconstituição *in natura*, só sendo fixada em dinheiro quando a reconstituição natural não seja possível, suficiente ou adequada (arts. 562 e 566.º do Código Civil)]. Acontece que o art. 12.º é bem menos exigente do que o art. 29.º nos seus pressupostos de aplicação: basta-se com a ocorrência de efeitos negativos reais, prescindindo, nomeadamente, da culpa da empresa. Seria, pois, importante que fosse clarificado o modo como devem estas duas normas ser articuladas [22].

[21] O que poderá incluir, p. ex., um pedido de desculpas, a reintegração de trabalhadores demitidos, o reconhecimento de um sindicato para fins de negociação coletiva, a criação de fundos de compensação para as vítimas ou para futuros programas de sensibilização e educação, *etc*. (cfr. Guia da OCDE de Devida Diligência para uma Conduta Empresarial Responsável).

[22] Uma interpretação possível é a seguinte: ocorrido um efeito negativo real causado pela empresa ou para o qual ela haja contribuído e tratando-se de tornar uma (ou mais) pessoa(s) indemne(s), a empresa apenas incorrerá na obrigação de conceder reparação ao abrigo do art. 12.º reunidos que estejam os requisitos previstos no art. 29.º, sob pena de esvaziamento de sentido útil desta última norma (interpretação revogatória ou ab-rogante do art. 12.º). Uma outra leitura pode ser: sempre que uma empresa cause ou contribua para a ocorrência de um efeito negativo real, ficará obrigada a conceder reparação, nos termos do art. 12.º, reparação essa que deverá, no entanto, ser proporcionada ao seu nível de implicação no efeito. Se estiverem preenchidos os requisitos do art. 29.º, independentemente da reparação a que haja lugar, a empresa ficará constituída na obrigação de indemnizar *todos* os danos causados à(s) pessoa(s) lesada(s) (incl. danos indiretos, danos não patrimoniais). Haverá, porém, que assegurar que não tem lugar uma dupla indemnização pelo mesmo dano. Esta segunda interpretação parece encontrar respaldo no considerando 58, segundo o qual as autoridades públicas de supervisão deverão ter competência para ordenar às empresas a concessão de reparação, "tal não prejudica[ndo] a imposição de sanções em caso de violação das disposições de direito nacional adotadas nos

Sobre as empresas abrangidas recai ainda a obrigação de adotar e pôr em prática um plano de transição para a atenuação das alterações climáticas (cfr. art. 22.º), com o qual se pretende que as empresas assegurem, através dos melhores esforços, que o seu modelo empresarial e a sua estratégia são compatíveis com a transição para uma economia sustentável e com a limitação do aquecimento global a 1,5ºC (em consonância com o Acordo de Paris) e com o objetivo de alcançar a neutralidade climática (conforme estabelecido no Regulamento (UE) 2021/1119).

Para monitorização da aplicação da Diretiva, os EM deverão designar uma autoridade nacional de supervisão (de natureza pública e independente), com poderes para solicitar às empresas a prestação de informações e realizar investigações (cfr. arts. 24.º a 28.º).

O incumprimento dos deveres previstos na CSDDD poderá conduzir à aplicação de diferentes sanções: sanções de natureza administrativa (*v. g.*, sanções pecuniárias, "*naming and shaming*") (cfr. art. 27.º) e responsabilidade civil (esta última prevista apenas — pelo menos, expressamente — para a violação dos deveres fixados nos arts. 10.º e 11.º) (cfr. art. 29.º).

3. ANÁLISE DO ART. 29.º DA CSDDD

Conforme *supra* referido, a matéria da responsabilidade civil vem regulada no art. 29.º [que é de harmonização mínima (cfr., conjugadamente, o considerando 31 e o art. 4.º)]. Trata-se de uma norma extensa e complexa. Procederemos, por isso, para uma mais fácil

termos da presente diretiva e a responsabilidade civil invocada perante um tribunal nacional" (sublinhado nosso). O considerando citado aponta para a possibilidade de coexistência das duas normas, sem qualquer contradição entre elas. Esta interpretação parece também estar mais em linha com os Princípios Orientadores das ONU e as Diretrizes da OCDE (à luz dos quais a CSDDD não pode deixar de ser lida). De acordo com estes instrumentos, as empresas, sempre que causem ou contribuam para a verificação de efeitos negativos reais, devem (sem mais) "remediate", independentemente de estarem (ou não) preenchidos outros requisitos. A verificação desses outros requisitos relevará para efeitos da atribuição de uma indemnização dos danos que, em sede de reparação, não hajam sido ressarcidos. A responsabilidade civil cumpre, assim, uma função secundária ou complementar, intervindo quanto aos danos a que a reparação nos termos do art. 12.º não tenha dado resposta.

dissecação do seu conteúdo, a uma sua decomposição analítica. Na análise que agora encetaremos, e como previamente anunciado, concentraremos a nossa atenção nos pressupostos da responsabilidade civil. Por razões que se prendem com a economia deste trabalho, não nos deteremos em aspetos processuais e internacional-privatísticos, aos quais apenas aludiremos brevemente.

O n.º 1 do art. 29.º estabelece os pressupostos (harmonizados) da responsabilidade civil. Nos termos da referida norma, os EM deverão assegurar que:

> "uma empresa possa ser considerada responsável por danos causados a uma pessoa singular ou coletiva, desde que: *a)* [a] empresa, deliberadamente ou por negligência, não tenha cumprido as obrigações estabelecidas nos artigos 10.º e 11.º, quando o direito, a proibição ou a obrigação enumerados no anexo da presente diretiva visam proteger a pessoa singular ou coletiva; e *b)* [e]m resultado do incumprimento a que se refere a alínea *a)*, tenham sido causados danos aos interesses jurídicos da pessoa singular ou coletiva que são protegidos pelo direito nacional.".

Daqui se extrai, desde logo, que a Diretiva não impõe aos EM que criem um novo fundamento de responsabilidade civil; apenas os constitui no dever de garantirem que, verificadas as condições elencadas no art. 29.º, possa haver lugar a responsabilidade civil ou, por outras palavras, as vítimas possam encontrar, nos direitos nacionais, uma via para a obtenção da reparação dos danos que hajam sofrido.

Note-se que o art. 29.º se reporta somente aos danos causados a pessoas singulares ou coletivas. Excluída parece estar a ressarcibilidade dos danos ecológicos puros, i.e., "lesões intensas causadas ao sistema ecológico natural, sem que tenham sido violados direitos individuais" [23/ 24].

Para que surja responsabilidade civil, nos termos da Diretiva, mostra-se indispensável, como ponto de partida, que tenha havido um incumprimento das obrigações de prevenção de efeitos negativos potenciais e de fazer cessar os efeitos negativos reais, estabelecidas nos arts. 10.º e 11.º À primeira vista, parece que só a infração do

[23] Leitão, 2010, p. 386.

[24] Neste sentido, sustentando a exclusão dos "purely environmental damages", cfr. Bueno *et al.*, 2024, p. 199.

disposto nos arts. 10.º e 11.º seria apta a desencadear a responsabilidade civil. Mas um olhar mais atento sobre os preceitos citados revela-nos que assim não é. É que o cumprimento dos arts. 10.º e 11.º postula, na verdade, o cumprimento dos arts. 7.º a 9.º e 12.º a 16.º [25]. Vejamos alguns exemplos ilustrativos disso mesmo. Desde logo, segundo os arts. 10.º e 11.º, as empresas estão obrigadas a tomar as medidas adequadas para prevenir e/ou para fazer cessar *os efeitos negativos potenciais e reais que tenham sido, ou devessem ter sido, identificados, nos termos do art. 8.º*, o que pressupõe que tenham cumprido o art. 8.º Por seu turno, o art. 8.º prescreve que as empresas utilizem, para fins de identificação dos efeitos negativos, entre outros elementos, *as informações recolhidas através do mecanismo de notificação e do procedimento de reclamação previstos no art. 14.º*, o que pressupõe que tenham cumprido o art. 14.º É importante ter presente que o processo de *human rights* e *environmental due diligence* é um processo dinâmico e complexo, que compreende diferentes fases, cada uma das quais cumprindo uma função específica, mas todas elas interligadas, com o objetivo último de prevenir e fazer cessar os efeitos negativos da atividade empresarial. O ignorar de qualquer uma dessas fases coloca em causa o atingimento deste desiderato último. Portanto, do exposto resulta que não é apenas a violação dos deveres contidos nos arts. 10.º e 11.º que pode espoletar responsabilidade civil. Também a inobservância das demais etapas do processo de *due diligence* é indiretamente suscetível de dar origem à obrigação de indemnizar, porquanto compromete a capacidade de as empresas cumprirem os referidos deveres [26].

Vimos já que efeitos negativos são *grosso modo* definidos como os efeitos resultantes da violação de certos direitos, proibições ou obrigações listados no anexo da CSDDD. Para efeitos de responsabilidade civil, exige-se, no art. 29.º, que tenham sido violados direitos ou infringidas proibições ou obrigações que visassem proteger a

[25] Em sentido próximo, cfr. Nietsch, 2024, p. 2867.

[26] Por outro lado, nem todas as violações do disposto nos arts. 10.º e 11.º serão passíveis de fundar um pedido indemnizatório. Veja-se o que escreve Nietsch — com razão, a nosso ver — relativamente à impossibilidade de as PME – perante o incumprimento pelas empresas das obrigações impostas nas disposições aludidas com vista à sua proteção do esforço regulatório [como, *v. g.*, a de prestar apoio específico e proporcionado às PME que sejam parceiras comerciais da empresa, prevista no art. 11.º, n.º 2, al. *f)*] – alicerçarem uma pretensão indemnizatória no art. 29.º da Diretiva. Cfr. Nietsch, 2024, p. 2867.

pessoa lesada. Explica o legislador europeu, no considerando 79, que, com esta exigência, se pretende afastar a ressarcibilidade dos "danos derivados (causados indiretamente a outras pessoas que não são as vítimas dos efeitos negativos e que não estão protegidas pelos direitos, proibições ou obrigações enumerados no anexo da presente diretiva)", ilustrando com a seguinte hipótese: "se o trabalhador de uma empresa sofreu danos por esta ter violado normas de segurança no local de trabalho, o senhorio desse trabalhador não deverá ser autorizado a apresentar queixa contra a empresa pelo prejuízo económico causado pelo facto de o trabalhador não poder pagar a renda". Portanto, só são tutelados os danos causados à(s) pessoa(s) em cujo interesse ou para cuja proteção foram estabelecidos os direitos, as proibições e as obrigações no anexo da Diretiva. São estas as beneficiárias da responsabilidade fixada no art. 29.º No exemplo dado pelo legislador europeu, estaria em causa o "direito de gozar de condições de trabalho seguras e higiénicas", previsto na parte I, secção 1, ponto 6, do anexo, que é, inequivocamente, consagrado para proteção do trabalhador (e não do seu senhorio). Trata-se, na verdade, de uma conclusão a que sempre chegaríamos à luz do direito da responsabilidade civil português, que, excetuando os casos especificadamente previstos nos arts. 495.º e 496.º, n.os 2 e 3, não admite, em geral, a ressarcibilidade dos danos indiretos que se produzem na esfera de outra pessoa que não seja o lesado direto [27].

Requer-se ainda que o incumprimento das obrigações estabelecidas nos arts. 10.º e 11.º tenha sido culposo. A culpa pode revestir uma dupla modalidade — o dolo ou a negligência —, conforme decorre da leitura do texto do n.º 1 do art. 29.º, ao responsabilizar a empresa que tenha "deliberadamente ou por negligência" faltado ao cumprimento das obrigações a que se achava legalmente adstrita [28].

Ademais, importa que à não prevenção de efeitos negativos potenciais e/ou à não neutralização de efeitos negativos reais (em infração do disposto nos arts. 10.º e 11.º) sobrevenham "danos aos interesses

[27] Explicando que o princípio geral é o de o titular do direito à indemnização ser apenas aquele cujo interesse é posto em cheque directamente pela lesão, cfr. Faria, 2020, p. 498 e ss..

[28] Criticando, por considerar excessiva, a responsabilização das empresas por *culpa levissima* quando os fornecedores (e não as empresas) hajam sido os causadores diretos do dano, cfr. Schall, 2024, p. 57. Em resposta à objeção do A., dir-se-á que, pelo menos, o sistema português encontrou forma de lidar com a questão no art. 494.º do CC.

jurídicos (…) protegidos pelo direito nacional", como, p. ex., "morte, lesões físicas ou psicológicas, privação de liberdade, perda da dignidade humana ou danos aos bens de uma pessoa" (cfr. considerando 79). O dano é, entre nós, usualmente entendido como "toda a perda causada em bens jurídicos, legalmente tutelados, de carácter patrimonial ou não" [29]. No direito delitual português, apenas são protegidos, em princípio, os bens ou interesses incorporados num direito subjetivo absoluto [30]. Assim, danos decorrentes da violação de direitos ou proibições, constantes do anexo, como o "direito à vida", o "direito à liberdade e segurança", a "proibição da tortura e dos tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes" ou a "proibição das intervenções arbitrárias ou ilegais na vida privada, na família, no domicílio ou na correspondência de uma pessoa e de atentados ilegais à sua honra ou reputação" não ficarão, em princípio, à luz do ordenamento luso, sem ressarcimento, na medida em que atingem bens ou interesses que encontram tutela delitual entre nós. Já se afigura mais problemática a reparação, com base neste regime, de prejuízos advenientes da violação de direitos de pendor social (como seja, p. ex., o "direito de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, incluindo um salário equitativo e decente"). Dificuldades oferecem também os prejuízos advenientes da violação da liberdade do trabalhador de constituir ou aderir a sindicatos [31] ou do direito à greve.

Vale a pena notar que, havendo a violação de uma regra que se possa qualificar como uma "norma de proteção", podem, ainda, ser objeto de proteção bens jurídicos não integrados em direitos subjetivos absolutos, ampliando-se, desta forma, o campo dos danos ressarcíveis. [32]. Considerando a referência, que na CSDDD se faz, à exigência de que os direitos, as proibições ou obrigações infringidos tenham em vista a proteção da pessoa lesada, Catarina Serra já suscitou a hipótese de poderem estar em causa normas que mereçam a qualificação como "normas de proteção" [33], o que teria ainda o condão de facilitar a vida ao lesado, visto que a orientação prevalente é

[29] Faria, 2020, p. 457.
[30] Monteiro, 2005, p. 364.
[31] Chegando a conclusão semelhante, embora por referência ao direito alemão, cfr. Bueno & Oehm, 2024.
[32] Monteiro, 2005, p. 365.
[33] Normas que, embora dirigidas à tutela de interesses particulares (ainda que não exclusivamente), não atribuem aos titulares desses interesses um verdadeiro direito subjetivo. Leitão, 2024, p. 290.

a de que, provada a infração da norma, deve presumir-se a existência de culpa e, verificados danos do tipo dos que a norma visa prevenir, deve presumir-se o nexo causal ou admitir-se uma inversão do ónus da prova [34]. Conforme observa, porém, a A., é duvidoso que a Diretiva ofereça o grau de precisão que se exige que estas disposições apresentem [35]. A falta de precisão ou excessiva vaguidade dos *standards* aplicáveis é, aliás, uma das principais críticas que se tem vindo a tecer à Diretiva. É que os direitos, proibições e obrigações (contidos no anexo) — que se pretende que sejam respeitados pelas empresas —, vindo consagrados em tratados e convenções internacionais, que têm os respetivos Estados Parte como destinatários, não foram concebidos tendo em vista a sua aplicabilidade direta e vinculativa a atores privados (nem tão-pouco a possibilidade de a sua violação espoletar responsabilidade civil), estando, por isso, formulados em termos genéricos [36]. Recorde-se que, para a atribuição a dada norma do caráter de disposição legal de proteção, é preciso que a tutela dos interesses particulares da pessoa lesada figure, efetivamente, entre os fins da norma (não bastando que seja um mero reflexo da proteção dos interesses coletivos que, como tais, a lei visa salvaguardar) e que o dano se verifique dentro do perímetro de interesses que a norma visa tutelar [37]. As proibições e obrigações incluídas nos instrumentos no domínio do ambiente (cfr. parte II) dificilmente poderão ser classificadas como disposições legais de proteção, porquanto terão em vista a tutela de interesses difusos ou da coletividade e só reflexamente protegerão particulares contra o dano. Já, p. ex., a proibição contida na parte I, secção 1, ponto 15, do anexo talvez possa merecer essa qualificação, na medida em que, embora diga respeito à preservação do ambiente (*v. g.,* a não poluição da água), tem como fim precípuo a proteção das pessoas contra os efeitos nocivos da degradação ambiental (*v. g.,* os impactos adversos na saúde humana decorrentes da falta de acesso a água potável segura e limpa).

Por último, para que nasça a obrigação de indemnizar, é, ainda, condição essencial que se verifique um nexo de causalidade entre o incumprimento culposo das referidas obrigações e o dano. A este respeito, no considerando 79, o legislador esclarece que "[a] presente

[34] Serra, 2023, p. 52.
[35] *Ibidem*, p. 53.
[36] Antunes, 2024, pp. 20-21 e p. 28.
[37] Varela, 2000, pp. 539-542.

diretiva não regula a causalidade na aceção da responsabilidade civil". Quer isto dizer que, na aferição do nexo causal, relevarão, quando seja aplicável o direito português, os arts. 562.º e 563.º do CC, que têm sido maioritariamente interpretados à luz da teoria da causalidade adequada. A CSDDD não cuida da matéria do nexo de causalidade, com uma exceção, porém, conforme é assumido no considerando *supra* mencionado:

"com a exceção de que as empresas não deverão ser consideradas responsáveis nos termos da presente diretiva se os danos forem causados apenas pelos parceiros comerciais nas cadeias de atividades das empresas (situação em que se diz que «estão diretamente ligadas», nos termos do quadro internacional)".

Ideia que surge depois reiterada, no articulado, na 2.ª parte do n.º 1 do art. 29.º Sobressai, desde logo, a circunstância de a ressalva apenas se reportar aos danos que sejam exclusivamente causados pelos parceiros comerciais (diretos ou indiretos, a montante ou a jusante) [38], e já não aos que sejam somente originados pelas filiais. Na verdade, o legislador europeu não parece sequer admitir como possível esse cenário — de o efeito negativo (que produz o dano) ser provocado unicamente pela entidade controlada [cfr. considerandos 45 e 53 e arts. 10.º, n.º 1, al. *a)* e 11.º, n.º 1, al. *a)*] [39]. Perante o disposto na 2.ª parte do n.º 1 do art. 29.º, as empresas são incentivadas a recorrer ao *outsourcing* da produção para fornecedores independentes (ao invés de a delegarem em filiais), reajustando a sua estrutura organizativa se necessário, já que assim reduzem consideravelmente a sua exposição ao risco de responsabilidade [40].

É importante realçar que em causa está na Diretiva não uma responsabilidade por factos de outrem, mas sim por factos próprios. A empresa abrangida responde pelos danos advenientes dos efeitos negativos que ocorram nas suas próprias operações e que por si própria hajam sido causados (hipótese de causação individual) e, ainda, pelos danos resultantes dos efeitos negativos que ocorram nas operações das suas filiais e/ou dos seus parceiros comerciais, quando para

[38] Criticando o facto de não resultar claro quando é que, de acordo com a Diretiva, um dano é causado exclusivamente pelo parceiro comercial e, portanto, se exclui a responsabilidade da empresa, cfr. Thomale & Schmid, 2024, p. 444.

[39] Com relevo para a questão, veja-se o considerando 21.

[40] Nessa ótica, quanto mais indireta for a relação comercial (e quanto mais distante estiver o parceiro), melhor.

estes, por atos ou omissões, haja contribuído (hipótese de causação conjunta), apenas se excluindo as "contribuições triviais ou de menor importância" [41]. Entende-se que a empresa poderá estar a contribuir para a ocorrência do efeito negativo nas operações de um parceiro comercial quando "facilite ou incentive substancialmente um parceiro comercial a causar o efeito negativo" [42] [43]. A empresa não responde pelos danos decorrentes de efeitos negativos aos quais esteja (meramente) "diretamente ligada" (i.e., que ocorram nas operações de parceiros comerciais presentes na sua cadeia de atividades, mas para os quais não haja concorrido). Em suma, o facto indutor da responsabilidade é sempre um facto próprio da empresa abrangida: a violação do dever de diligência, que causa diretamente os efeitos negativos nas próprias operações ou que contribui para a produção dos efeitos negativos nas operações das filiais e/ou dos parceiros comerciais.

Os casos em que o dano não seja a consequência de um efeito negativo ocorrido nas próprias operações da empresa suscitam, naturalmente, especiais dificuldades ao nível da aferição do nexo causal. Mas tenha-se presente que a teoria da causalidade adequada, prevalecente no direito português, não exige que este nexo seja direto, bastando-se com a causalidade mediata [44]. O facto de terceiro pode ainda vir a ser imputado ao agente, se se puder ainda qualificar como um efeito adequado do facto (deste) gerador de responsabilidade [45]. Ponto é que entre os elementos intermédios da cadeia se verifique uma adequação causal [46]. Assim, se, p. ex., uma empresa, tirando partido do seu ascendente negocial, impõe unilateralmente a um seu parceiro comercial (situado em zona do globo em que os padrões de conduta empresarial são, consabidamente, modestos) o fornecimento de bens a preços de tal forma baixos que mal cheguem para cobrir os custos de produção, ela poderá vir a responder pelas consequências danosas que decorram para

41 Cfr. considerandos 45 e 53.

42 *Ibidem*.

43 Seria importante que a Comissão Europeia densificasse, nas orientações que emitirá ao abrigo do art. 19.º, através da adução de exemplos práticos, quando é que se considera que a empresa está a causar individual ou conjuntamente o efeito negativo e quando é que se entende que ela apenas se encontra diretamente ligada ao referido efeito, já que as consequências jurídicas variam nuns casos e noutro.

44 Faria, 2020, p. 484.

45 *Ibidem*.

46 *Ibidem*.

os trabalhadores desse parceiro, que, em resposta à pressão exercida pela empresa, reduz os salários dos trabalhadores, pondo em causa a sua capacidade de subsistência. A este respeito, Alexander Schall questiona: "would higher payments end in the pockets of the employees?" [47]. Não temos como saber [48]. Mas sabemos que as práticas comerciais agressivas da empresa elevaram a probabilidade da ocorrência deste tipo de dano, não sendo, por isso, descabido que se possa, à luz da teoria da causalidade adequada (na sua formulação negativa), afirmar a existência (ainda) de um nexo de causalidade entre o facto da empresa (a omissão da diligência devida) e os prejuízos sofridos pelos trabalhadores. A adoção da teoria do fim da proteção da norma (ou do escopo da norma violada) conduz-nos a conclusão idêntica [49]. É que, com as normas dos arts. 10.º, n.º 2, al. *d)* e 11.º, n.º 3, al. *e)* (as quais deverão ser lidas à luz dos considerandos 46, 47 e 54), que impõem às empresas que procedam "às modificações ou às melhorias necessárias no plano de negócios e nas estratégias e operações globais da empresa, inclusive nas práticas de aquisição, conceção e distribuição", o legislador europeu terá querido impedir os danos que se sabe poderem eclodir quando as empresas poderosas (do centro económico) exercem pressão sobre os fornecedores (de países em desenvolvimento e delas, não raras vezes, economicamente dependentes) para que produzam os bens a preços baixos, dentro de prazos apertados e em observância de especificações exigentes (e, por vezes, alteradas de forma unilateral e com pouca antecedência relativamente ao momento fixado para a entrega dos bens) [50-51]. Naturalmente que se tornará tanto mais difícil estabelecer o nexo causal quanto mais distante na cadeia estiver o parceiro comercial, quanto menos direta for a relação com ele.

Conforme alerta Alessio M. Pacces, a salvaguarda prevista na 2.ª parte do n.º 1 do art. 29.º fará com que as empresas tendam a estabelecer-se em jurisdições onde se mostre mais fácil de afirmar a

47 Schall, 2024, p. 57.

48 Embora a empresa também pudesse (e devesse?) exigir garantias contratuais nesse sentido.

49 Defendendo, entre nós, a adoção desta teoria na determinação do nexo de causalidade, cfr. Leitão, 2024, p. 345.

50 P. ex., o aumento do número de acidentes de trabalho em consequência da imposição de horas extraordinárias e da falta de investimento em medidas de segurança.

51 Sobre o impacto nefasto que práticas comerciais agressivas podem ter nos direitos humanos, ver o nosso Moreira, 2024.

interrupção do nexo causal entre a violação do dever de diligência e os danos causados por um parceiro comercial [52].

Uma das questões mais relevantes diz respeito a saber sobre quem recai o *onus probandi* dos vários elementos constitutivos da responsabilidade civil do art. 29.º da Diretiva. No considerando 81, pode ler-se que a questão é deixada ao critério do direito nacional. De harmonia com a regra geral entre nós vigente em matéria de distribuição do ónus da prova fixada no art. 342.º, n.º 1, do CC, competirá ao lesado demonstrar a verificação de todos os pressupostos de que depende o surgimento da responsabilidade civil. Já se tem argumentado que esta prova, que cabe à vítima realizar, constitui uma verdadeira *probatio diabolica*, que comprometerá a eficácia da tutela que se lhe pretendeu dispensar [53]. Vimos já que o legislador europeu perspetiva as principais obrigações previstas na CSDDD como obrigações de meios [54]. Nas obrigações de meios, não bastará a prova da não prevenção do efeito negativo potencial ou da não cessação do efeito negativo real, para se considerar provado o não cumprimento. É necessário provar que a empresa não realizou os atos necessários, i.e., não tomou as medidas adequadas exigidas pelo dever de diligência [55]. O que pressupõe o acesso a informação (relativa à organização interna da empresa, às políticas, processos e procedimentos adotados, *etc.*) que não estará, normalmente, na disponibilidade da vítima [56]. A prova do nexo causal também se revelará espinhosa, particularmente quando em causa estejam constelações fácticas do tipo "causação conjunta", em que o efeito negativo ocorre diretamente nas operações de um parceiro comercial, mas com o concurso de atos ou omissões da empresa abrangida. Conforme já vimos, situações em que a pessoa que se pretende responsabilizar não foi a causadora imediata do dano levantam sempre dificuldades especiais.

Por outro lado, mesmo que logre superar o árduo desafio que constitui a satisfação do ónus probatório, a vítima sempre poderá acabar

[52] Pacces, 2023b, p. 276.
[53] Marx *et al.*, 2019, p. 12.
[54] Reportando-se aos obstáculos que esta qualificação jurídica ergue à responsabilização das empresas, Antunes, 2024, pp. 29-30.
[55] Assim, ainda que por referência às obrigações de meios de fonte contratual, *vide* Faria, II, 2023, p. 346.
[56] Salientando igualmente este obstáculo prático, cfr. Bueno & Oehm, 2024.

sem indemnização, se a empresa demonstrar que *(i)* não lhe foi possível enfrentar plena e simultaneamente todos os efeitos negativos identificados e que *(ii)* o efeito negativo que deu origem ao dano não era "prioritário" na aceção do art. 9.º Neste sentido, de forma muito clara, veja-se o considerando 80:

> "Uma vez que os efeitos negativos deverão ser priorizados em função da sua gravidade e probabilidade, e corrigidos gradualmente, se não for possível corrigir plena e simultaneamente todos os efeitos negativos identificados, a empresa não deverá ser responsável, ao abrigo da presente diretiva, por quaisquer danos decorrentes de efeitos negativos menos significativos que ainda não tenham sido corrigidos.".

À vítima apenas restarão duas possibilidades: contestar que a empresa não pudesse enfrentar todos os efeitos negativos em simultâneo ou que tenha priorizado corretamente os efeitos negativos. O que, novamente, requer que disponha de informação que estará tipicamente na exclusiva disponibilidade da empresa. Além disso, refira-se que a linguagem vaga utilizada no art. 9.º (integrando, designadamente, conceitos indeterminados como "viabilidade", "gravidade" e "probabilidade") deixa muita margem para as empresas se furtarem à responsabilidade [57].

O n.º 2 prescreve que, quando uma empresa seja considerada responsável nos termos do n.º 1, o lesado terá direito "a compensação integral pelos danos, em conformidade com o direito nacional". O termo "compensação", utilizado na versão em língua portuguesa da CSDDD, não será, do ponto de vista técnico-jurídico, o mais rigoroso, na medida em que a compensação, como é sabido, surge associada à figura dos danos não patrimoniais e não parece que fosse intenção do legislador europeu restringir a tutela ressarcitória do art. 29.º a este tipo de danos. Neste sentido, apontam as expressões

[57] Neste sentido, veja-se Pacces, 2023b, pp. 270 e 275-276. Em sentido diferente, considerando que esta defesa de pouco adiantará às empresas, perante tribunais que tenderão a favorecer as vítimas e que, munidos do "benefício da retrospeção", darão sermões às empresas sobre como deveriam ter definido melhor as suas prioridades, cfr. Schall, 2024, p. 57 ("Just try to imagine a European court telling the families of the avocado picker that fell off the tree or the construction worker buried under the scaffolding that the life of their beloved ones was low priority.").

utilizadas noutras línguas ("droit à une réparation intégrale", "derecho a una indemnización íntegra" ou "Anspruch auf vollständige Entschädigung"), bem como o emprego do adjetivo "integral". Preferível teria sido o uso do termo (mais amplo) "reparação" ou "indemnização" (não raras vezes utilizado, ainda que impropriamente, no sentido de abarcar também os danos não patrimoniais). No caso do ordenamento português, ganham relevância os arts. 562.º e ss. e 496.º do Código Civil.

Na parte final do n.º 2, ressalva-se que "[a] compensação integral (...) não pode conduzir a uma compensação excessiva, por meio de indemnizações punitivas, múltiplas ou de outro tipo". O que não causará estranheza aos juristas portugueses, acostumados ao princípio de que a indemnização não pode exceder os danos causados pelo facto que dá origem à obrigação de indemnizar, podendo, quando muito, ser fixada em montante inferior ao que corresponderia aos danos produzidos, quando se verifique o condicionalismo descrito no art. 494.º do CC. Não é admissível entre nós uma ideia de *punitive damages* [58].

No n.º 3, prevê-se um conjunto de mecanismos destinados a facilitar a efetivação do direito à indemnização.

Na al. *a)*, o legislador europeu trata da matéria da prescrição, requerendo aos EM que o prazo de prescrição seja de, pelo menos, cinco anos (mas nunca inferior ao prazo previsto nos regimes nacionais gerais de responsabilidade civil) e que não comece a correr "antes de cessar a violação e de o demandante ter tido conhecimento, ou de se poder razoavelmente presumir que teve conhecimento: *i)* do comportamento em causa e do facto de este constituir uma violação, *ii)* do facto de a violação lhe ter causado dano, e *iii)* da identidade do infrator". A presente norma derroga, assim, quando em causa estejam pedidos de indemnização fundados em infrações culposas do dever de diligência em matéria de sustentabilidade, a disciplina, entre nós, fixada no art. 498.º, no tocante ao prazo prescricional (de três anos) e ao modo de contagem do prazo.

A al. *b)* impõe aos EM que assegurem que "[a]s custas judiciais não são excessivamente onerosas para os demandantes recorrerem à justiça". Pretende-se, com esta imposição, remover os "obstáculos práticos (...) à justiça", em que se traduzem os custos muitas vezes

[58] Monteiro, 2005, p. 378.

proibitivos dos processos de responsabilidade civil [59]. Considerando que a "excessiva onerosidade" é um conceito indeterminado, que, enquanto tal, deixa ampla margem de discricionariedade aos legisladores nacionais, não é, porém, certo que este objetivo venha a ser atingido. Além disso, é de notar que os custos com o acesso à justiça podem não se cingir (e muitas vezes não se cingem) às custas processuais. Esta norma tem, no entanto, o mérito de chamar a atenção para aquela que, na prática, é uma das mais significativas barreiras (senão mesmo a mais significativa) à obtenção de tutela efetiva por parte das vítimas (particularmente, nos casos transfronteiriços), sensibilizando os EM para a necessidade de preverem mecanismos de mitigação desta dificuldade.

A al. *c)* estabelece a possibilidade de serem decretadas, a requerimento dos demandantes, "medidas inibitórias, incluindo mediante processos sumários", que poderão revestir "a forma de uma medida definitiva ou provisória destinada a pôr termo à violação das disposições de direito nacional adotadas nos termos da presente diretiva, através da adoção de medidas ou da cessação da conduta".

Na al. *d)*, o legislador europeu insta os EM a regularem a possibilidade de os lesados autorizarem sindicatos, ONG e instituições nacionais de direitos humanos a intentar ações para fazer valer os seus direitos. Não parece que obrigue os EM a garantirem que as entidades referidas tenham legitimidade para atuarem por sua própria iniciativa, sem necessidade de procuração ou mandato das pessoas representadas.

Por fim, na al. *e)*, numa tentativa de aliviar o *onus probandi* a cargo das vítimas, o legislador europeu impõe aos EM que garantam a possibilidade de os tribunais ordenarem a divulgação de elementos de prova que estejam sob o controlo da empresa (em respeito pelo princípio da proporcionalidade e salvaguardando informações confidenciais). É muito duvidoso que esta possibilidade — que não nos é estranha (cfr. art. 429.º do Código de Processo Civil) — resolva o problema do fardo probatório a cargo das vítimas [60]. Trata-se de um mero paliativo. É que, para que este mecanismo possa atuar [61], é

[59] Considerando 82.

[60] Assim também, cfr. Thomale & Schmid, 2024, p. 484.

[61] A menos que se entenda que ele também pode funcionar numa fase anterior à propositura da ação ("*pre-trial discovery*"). A redação do art. 29.º, n.º 3, al. *c)* não é clara.

preciso que a vítima já tenha carreado para o processo "factos e elementos de prova razoavelmente disponíveis e suficientes para sustentar a plausibilidade do seu pedido de indemnização"... [62]

O n.º 4 esclarece que as empresas, que tenham participado em iniciativas setoriais ou multilaterais, ou que tenham recorrido à verificação independente por terceiros ou a cláusulas contratuais, podem, ainda assim, vir a ser responsabilizadas. Trata-se de um esclarecimento importante. Com efeito, da proposta da Comissão constava que, se uma empresa tivesse procurado obter garantias contratuais dos parceiros comerciais *diretos* de "*contractual cascading*" e instituído medidas para verificação do cumprimento (*v. g.*, a participação em iniciativas setoriais adequadas ou o recurso à verificação independente por terceiros), não seria responsável pelos danos causados por um efeito negativo resultante das atividades de um parceiro *indireto*, a menos que, tendo em conta as circunstâncias do caso, não fosse razoável esperar que as medidas efetivamente tomadas fossem adequadas para prevenir, atenuar, fazer cessar ou minimizar a extensão do efeito negativo. O que foi por muitos perspetivado como um convite à "*box-ticking approach*" [63]. Com a eliminação desta "*safe harbour clause*", fica agora claro que o recurso a este tipo de expedientes não funciona como um escudo automático contra a responsabilidade fixada no art. 29.º, havendo que analisar casuisticamente quais as medidas mais adequadas.

No n.º 5, o legislador europeu determina que a responsabilidade de uma empresa não prejudica a responsabilidade das suas filiais ou de quaisquer parceiros comerciais na cadeia de atividades da empresa, logo acrescentando que, em caso de pluralidade de responsáveis, a sua responsabilidade é, face ao lesado, solidária, "sem prejuízo das disposições de direito nacional relativas às condições da responsabilidade solidária e ao direito de recurso [leia-se: direito de regresso]". O que significa que, em face do direito português, há que entrar aqui em linha de conta com o disposto no art. 497.º do CC.

---

[62] É conjeturável que, em certos casos, a vítima possa nem sequer dispor de informação que lhe permita saber se a empresa lesante dos seus direitos ou interesses juridicamente protegidos está abrangida pelo regime da CSDDD (por desconhecer legitimamente se ela ultrapassa os limiares do art. 2.º, n.os 1 e 2). No caso português, poderá assumir relevância, para fazer face a esta dificuldade, o disposto nos arts. 573.º e ss. do Código Civil. Veja-se, a propósito destes preceitos, Freitas, 2022, pp. 770-771.

[63] Neste sentido, Pacces, 2022.

O n.º 6 estabelece a não derrogabilidade pelo art. 29.º de regimes nacionais de responsabilidade mais protetores dos direitos das vítimas.

No n.º 7, procura garantir-se que as regras que venham a transpor para o direito nacional o disposto, em matéria de responsabilidade civil, no art. 29.º são aquilo que, no direito internacional privado, se designa por "normas de aplicação necessária e imediata" por razões que se compreendem facilmente. Trata-se, parece-nos, de evitar dificuldades como aquelas com que se defrontaram os lesados paquistaneses na ação de responsabilidade civil intentada num tribunal alemão contra a empresa alemã KiK, em que a aplicação da lei paquistanesa (menos garantística da posição das vítimas) pelo tribunal alemão levou à improcedência do pedido [64]. A redação não é, no entanto, a mais feliz, suscitando algumas dúvidas interpretativas [65].

Digno de nota é o facto de a Diretiva não tratar as questões jurisdicionais, referentes aos tribunais internacionalmente competentes para litígios na matéria em causa [66].

4. Observações conclusivas

A Diretiva faz recair sobre as empresas por ela abrangidas um dever de exercer *due diligence* tendo em vista a proteção dos direitos humanos e do ambiente, não apenas por referência às suas próprias operações, como também relativamente às operações das suas filiais e dos seus parceiros comerciais (diretos ou indiretos) integrados nas suas cadeias de atividades.

O incumprimento deste dever, verificados determinados requisitos que aqui procurámos expor, fará as empresas incorrerem em responsabilidade civil.

---

[64] Assim, cfr. Brabant *et al*., 2022.

[65] Veja-se, a este respeito, o que escreve Rui Pereira Dias. As observações do A., ainda que tecidas por referência ao preceito correspondente na proposta de 2022, mantêm-se atuais. Cfr. Dias, 2022, pp. 128-129. Veja-se, igualmente, Schmid & Thomale, 2024, para quem a norma encerra uma potencial harmonização contrária aos interesses da vítima. Os AA. consideram que preferível teria sido reconhecer à pessoa que requer a reparação do dano a escolha entre a lei do lugar do dano e a lei do lugar do facto danoso, como se prevê para a indemnização por danos ambientais no art. 7.º do Regulamento Roma II.

[66] Quanto às questões que essa ausência de tratamento levanta, *vide* Dias, 2022, p. 125-128. Vendo nisto um convite a que as empresas desloquem a sua sede para Estados fora da UE, de modo a diminuírem as chances de poderem ser demandadas em tribunais de EM (destinatários da regra de responsabilidade do art. 29.º, de aplicação necessária e imediata), cfr. Thomale & Schmid, 2024, pp. 482-484.

Em teoria, esta responsabilidade é suscetível de dissuadir as grandes empresas multinacionais (a operar a partir da/na UE) de causarem externalidades negativas nos direitos humanos e no ambiente, na medida em que se estende aos danos (diretamente) provocados por filiais ou parceiros comerciais nas suas cadeias de atividades, mas para os quais hajam contribuído com a omissão culposa da diligência devida.

Identificámos, contudo, alguns obstáculos que dificultam a efetivação da responsabilidade e que, assim, prejudicam este (desejado) efeito dissuasor.

Da forma como o regime se encontra construído, são várias as estratégias de que as empresas se poderão servir para escapar à responsabilidade civil por danos causados por violações culposas do dever de diligência em matéria de sustentabilidade nos termos do art. 29.º. Desde logo, o *outsourcing* da produção para fornecedores independentes (em lugar do recurso a filiais) reduz as chances de responsabilização, conquanto não as elimine totalmente. Isto porque as empresas não responderão se os danos tiverem sido exclusivamente causados pelos parceiros comerciais (não se prevendo semelhante ressalva para os danos ocasionados unicamente por filiais, hipótese que o legislador europeu não parece sequer reconhecer). Portanto, é expectável que venhamos a assistir a uma reorganização das cadeias de atividades neste sentido. O facto de a CSDDD nada estabelecer quanto ao modo de determinação do nexo causal levará potencialmente a que as empresas procurem domiciliar-se em jurisdições em que o nexo de causalidade entre a violação do dever de diligência sobre elas impendente e os danos causados por parceiros comerciais possa ser mais facilmente excluído.

Por outro lado, a circunstância de a regulação do ónus da prova ter sido deixada ao critério do direito nacional, no caso do ordenamento português, significa que, na falta de estabelecimento de presunções legais que invertam o *onus probandi*, caberá ao lesado a demonstração de todos elementos constitutivos da responsabilidade. O ónus da prova a cargo do lesado já foi identificado como sendo um dos principais obstáculos à efetivação do direito à reparação dos danos. O mecanismo do art. 29.º, n.º 3, al. *e)*, ainda que ajude, dificilmente resolverá o problema. Na transposição da CSDDD, o legislador português deverá equacionar uma repartição mais justa do *onus probandi*.

Mesmo que, contra todas as probabilidades, o lesado logre fazer prova dos vários pressupostos de que depende o surgimento da

responsabilidade, sempre poderá ficar sem indemnização, caso a empresa demandada demonstre que não lhe era viável responder plena e simultaneamente a todos os efeitos negativos identificados e que o efeito negativo que originou o dano não era de resposta prioritária, nos termos do art. 9.º À míngua de indicações mais precisas do que se deva entender por "inviável" e de como deva ser feita a priorização, as empresas encontram aqui ampla margem para se eximirem da obrigação de indemnizar os danos sofridos pelas vítimas dos efeitos negativos.

Vemos, na associação pela CSDDD da responsabilidade civil à violação culposa do dever de diligência em matéria de sustentabilidade, um passo na direção certa. Por aqui julgamos ser o caminho. Importa apenas repensar alguns aspetos do regime, de modo a que ele possa ser aquilo que se pretenda que ele seja: um incentivo efetivo a que as empresas instituam os processos necessários à prevenção de efeitos negativos nos direitos humanos e/ou no ambiente e, quando a prevenção não tenha lugar (conforme deveria) e os referidos efeitos se convertam em danos, uma forma de as vítimas obterem o justo ressarcimento de todos os seus prejuízos.

BIBLIOGRAFIA

Abreu, Jorge M. Coutinho de (2022). Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil (A propósito do Projeto de Diretiva do Parlamento Europeu de 10/3/2021). *Direito das Sociedades em Revista*, 13(27), 15-24 [ou in Abreu, Jorge M. Coutinho de; Martins, Alexandre Soveral; Dias, Rui Pereira (Coord.), *Dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial* (pp. 29-39). Instituto Jurídico/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. https://doi.org/10.47907/livro/2023/dever_diligencia_empresas/livro].

Antunes, Ana Filipa Morais (2024). Novidades sobre a Proposta de Directiva relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade (CSDDD). *Governance Lab*. https://governancelab.org/novidades-sobre-a-proposta-de-directiva-relativa-ao-dever-de-diligencia-das-empresas-em-materia-de-sustentabilidade-csddd.

Antunes, Ana Filipa Morais (2023). A Proposta de Directiva relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade ("CSDDD") — Aspectos actuais e desafios futuros. *Revista de Direito Comercial*, 1467-1478. https://www.revistadedireitocomercial.com/a-proposta-de-directiva-relativa-ao-dever-de-diligencia-das-empresas.

Antunes, Ana Filipa Morais (2022). ESG, racionalidade empresarial, e novos contenciosos. *Revista de Direito Comercial*, 1997-2024. https://www.revistadedireitocomercial.com/esg-racionalidade-empresarial-e-novos-contenciosos.

Antunes, José Engrácia (2024). Corporate Sustainability Due Diligence — The New Mantra and its Fallacies. *Direito das Sociedades em Revista*, 16(32), 13-59.

Antunes, José Engrácia (1999). The Liability of Polycorporate Enterprises. *Connecticut Journal of International Law*, 13(2), 197-231.

Brabant, Stephane; Bright, Claire; Neitzel, Noah; Schönfelder, Daniel (2022). Enforcing Due Diligence Obligations. The Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (Part 2). *Verfassungsblog*. https://verfassungsblog.de/enforcing-due-diligence-obligations/.

Bright, Claire (2022). Corporate due diligence: history and future prospects". Abreu, Jorge M. Coutinho de; Martins, Alexandre Soveral; Dias, Rui Pereira (Coord.), *Dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial* (pp. 1-11). Instituto Jurídico/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. https://doi.org/10.47907/livro/2023/dever_diligencia_empresas/livro.

Bueno, Nicolas; Bernaz, Nadia, Holly, Gabrielle; Martin-Ortega, Olga (2024). The EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (CSDDD): The Final Political Compromise. *Business and Human Rights Journal*, 9(2), 294-300. https://www.cambridge.org/core/journals/business-and-human-rights-journal/article/eu-directive-on-corporate-sustainability-due-diligence-csddd-the-final-political-compromise/9731DFA73A2D98D2B8B71BEDF68CEDD1.

Bueno, Nicolas; Oehm, Franziska (2024). Conditions of Corporate Civil Liability in the Corporate Sustainability Due Diligence Directive: Restrictive, but clear?. *Verfassungsblog*. https://verfassungsblog.de/conditions-of-corporate-civil-liability-in-the-corporate-sustainability-due-diligence-directive/.

Dias, Rui Pereira (2024). CSDDD: uma breve apresentação da Diretiva (UE) 2024/1760 sobre o dever de diligência das empresas em matéria de direitos humanos e ambiente. *Direito das Sociedades em Revista*, 16(32), 239-251.

Dias, Rui Pereira (2022). CSDD (Corporate Sustainability Due Diligence): Primeiras Observações sobre a Proposta de Diretiva de 23 de fevereiro de 2022. Abreu, Jorge M. Coutinho de; Martins, Alexandre Soveral; Dias, Rui Pereira (Coord.), *Dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial* (pp. 99-132). Instituto Jurídico/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. https://doi.org/10.47907/livro/2023/dever_diligencia_empresas/livro.

Faria, Jorge Ribeiro de (2023). *Direito das Obrigações*. II. (atualizada e ampliada por Vasconcelos, Miguel Pestana de; Pedro, Rute Teixeira). Almedina.

Faria, Jorge Ribeiro de (2020). *Direito das Obrigações*. I. (2.ª: atualizada e ampliada por Vasconcelos, Miguel Pestana de; Pedro, Rute Teixeira). Almedina.

Feld, Leonard; Dua, Odile (2023). How to Draw the Line? Determining the 'Appropriateness' of Corporate Human Rights and Environmental Due Diligence Under the Proposed Corporate Sustainability Due Diligence Directive of the European Union. *Nova Centre on Business, Human Rights and the Environment Blog*. https://novabhre.novalaw.unl.pt/how-to-draw-the-line/.

Freitas, José Lebre de (2022). Anotação ao artigo 573.º do Código Civil. In Prata, Ana (Coord.), *Código Civil Anotado*, I (Artigos 1.º a 1250.º) (2.ª ed. revista e atualizada) (pp. 770-771). Almedina.

International, Amnesty (2014). *Injustice incorporated: Corporate abuses and the human right to remedy*. Amnesty International Ltd. www.amnesty.org.

Leitão, Luís Manuel Teles Menezes (2024). *Direito das Obrigações*. I. (16.ª). Almedina.

Leitão, Luís Manuel Teles Menezes (2010). A responsabilidade civil por danos causados ao ambiente. Gomes, Carla Amado; Antunes, Tiago (Orgs.), *A responsabilidade civil por dano ambiental: Actas do Colóquio* (pp. 21-41). Instituto de Ciências Jurídico-Políticas.

Mares, Radu (2020). Liability within corporate groups: Parent company's accountability for subsidiary human rights abuses. Deva, Surya; Birchall, David (Eds.), *Research Handbook on Human Rights and Business* (pp. 446-471). Edward Elgar. https://ssrn.com/abstract=3481052.

Martins, Maria Inês de Oliveira (2022). Proposta de Directiva relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade empresarial — Os pressupostos da responsabilidade civil. *Direito das Sociedades em Revista*, 13(27), 47-84 [ou in Abreu, Jorge M. Coutinho de; Martins, Alexandre Soveral; Dias, Rui Pereira (Coord.), *Dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial* (pp. 55-97). Instituto Jurídico/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. https://doi.org/10.47907/livro/2023/dever_diligencia_empresas/livro].

Marx, Axel; Bright, Claire; Wouters, Jan; Pineau, Nina; Lein, Brecht; Schiebe, Torbjörn; Wagner, Johanna; Wauter, Evelien (2019). Access to legal remedies for victims of corporate human rights abuses in third countries. *Study requested by European Parliament's Sub-Committee on Human Rights*. https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/603475/EXPO_STU(2019)603475_EN.pdf.

Monteiro, Jorge Ferreira Sinde (2005). Rudimentos da responsabilidade civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2, 349-390.

Moreira, Luísa Eckenroth (no prelo). A nova diretiva relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade ("CSDDD"). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, XIX-XXI, 2022-2024, 193-219.

Moreira, Luísa Eckenroth (2024). The Impact of the Future EU Legal Framework on Corporate Sustainability Due Diligence on Supply Contracts: A Shift from Traditional Contracting to Responsible Contracting? PLMJ Think Tank. https://thinktank.plmj.com/pt/sustentabilidade-corporativa/forum/the-impact-of-the-future-eu-legal-framework-on-corporate-sustainability-due-diligence-on-supply/177/.

Nietsch, Michael (2024). Die zivilrechtliche Haftung nach der EU-Lieferketten-RL. *Neue Juristische Wochenschrift*, 77(40), 2865-2871.

Pacces, Alessio M. (2023a). Civil Liability in the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive Proposal. https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2023/09/civil-liability-eu-corporate-sustainability-due-diligence-directive-proposal.

Pacces, Alessio M. (2023b). Civil Liability in the EU Corporate SustainabilitycDue Diligence Directive Proposal: A Law & Economics Analysis. European Corporate Governance Institute — Law Working Paper No. 691/2023, Amsterdam Law School Research Paper No. 2023-14, Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2023-02, Ondernemingsrecht 2023/37, pp. 268-276. https://ssrn.com/abstract=4391121.

Pacces, Alessio M. (2022). Supply Chain Liability in the Corporate Sustainability Due Diligence Directive Proposal. *ECGI Blog*. https://www.ecgi.global/publications/blog/supply-chain-liability-in-the-corporate-sustainability-due-diligence-directive.

Ruggie, John Gerard; Sherman, III, John F. (2017). The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale. *European Journal of International Law*, 28(3), 921-928. https://johnruggie.scholars.harvard.edu/sites/g/files/omnuum3761/files/john-ruggie/files/the_concept_of_due_diligence_ruggie_sherman.pdf.

Schall, Alexander (2024). The CSDDD: Good Law or Bad Law?. *European Company Law Journal*, 21(3), 56-58. https://kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals%5CEUCL%5CEUCL2024009.pdf.

SCHMID, Stephan; THOMALE, Chris (2024). Private Enforcement in the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive — A critical comparative law and economic analysis of the Final Compromise. *Oxford Business Law Blog*. https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2024/05/private-enforcement-eu-corporate-sustainability-due-diligence-directive.

SERRA, Catarina (2023). O novo dever de diligência das empresas: prevenção e responsabilidade. AAVV., *VII Congresso Direito das Sociedades em Revista* (pp. 17-67), Almedina.

SERRA, Catarina (2022). Empresas e Human Rights Due Diligence — Algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes. *Direito das Sociedades em Revista*, 13(27), 25-45.

THOMALE, Chris; SCHMID, Stephan (2024). Das *Private Enforcement* der EU-Lieferkettenrichtlinie. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 88(3), 425-493.

VARELA, João de Matos Antunes (2000). *Das Obrigações em geral*. I. (10.ª). Almedina.

RELAÇÕES DIRETAS E INDIRETAS ENTRE COMUNIDADE, FAMÍLIA E COMPORTAMENTO ANTISSOCIAL EM CRIANÇAS E JOVENS

Margarida Santos *
Gilda Santos **

Abstract: The relationship between family, community, and the development of antisocial and delinquent behaviors has been extensively investigated, revealing that family factors, such as inadequate parenting practices, and community factors, such as poverty and social disorganization, interact in complex ways to explain these trajectories. This chapter provides a narrative review of the literature on these influences, addressing key risk and protective factors in both contexts and exploring the mediating mechanisms linking family and community in the emergence of delinquent behavior. Implications for public policies and prevention programs are also discussed, emphasizing the need for integrated interventions that support both parental care and the strengthening of community networks.

Resumo: A relação entre a família, a comunidade e o desenvolvimento de comportamentos antissociais e delinquentes tem sido amplamente investigada, revelando que fatores familiares, como práticas parentais inadequadas, e fatores comunitários, como pobreza e desorganização social, interagem de forma complexa na explicação dessas trajetórias. Este capítulo apresenta uma revisão narrativa da literatura sobre essas influências, abordando os principais fatores de risco e proteção em ambos os contextos e explorando os mecanismos mediadores que interligam família e comunidade na emergência do comportamento delinquente. São também

* Escola de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade do Porto; CIJ — Centro de Investigação Interdisciplinar em Justiça; Universidade Lusíada — Porto; CEJEIA — Centro de Estudos Jurídicos, Económicos, Internacionais e Ambientais.
** Escola de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade do Porto; CIJ — Centro de Investigação Interdisciplinar em Justiça

discutidas implicações para políticas públicas e programas de prevenção, destacando a necessidade de intervenções integradas que contemplem tanto o suporte parental como o fortalecimento das redes comunitárias.

Key-words: Family; Community; Antisocial behavior; Indirect effects; Prevention.

Palavras-chave: Família; Comunidade; Comportamento antissocial; Efeitos Indiretos; Prevenção.

1. INTRODUÇÃO

A relação entre a comunidade, a família e o desenvolvimento de comportamentos antissociais e delinquentes ao longo da vida tem sido amplamente teorizada e estudada empiricamente nas últimas décadas [1].

A família, especialmente na figura dos pais, desempenha um papel central no desenvolvimento cognitivo e socioemocional das crianças e jovens, não apenas através da herança genética, mas também por meio dos processos de socialização primária. Evidências empíricas demonstram a influência de múltiplos fatores de risco familiares na explicação de trajetórias delinquentes, mas também destacam a existência de fatores protetores capazes de mitigar os impactos de acontecimentos de vida adversos ou de certas características individuais da criança no seu desenvolvimento [2].

De forma semelhante, a comunidade em que a criança e a sua família estão inseridas desempenha um papel determinante na emergência e continuidade de comportamentos antissociais, um efeito amplamente confirmado por estudos criminológicos [3]. Este efeito é habitualmente conceptualizado em modelos teóricos mais gerais e que perspetivam o desenvolvimento humano como o produto de interações dinâmicas e cumulativas entre o indivíduo e o meio ambiente que o envolve [4], mas também em modelos mais restritos e que atendem a fatores específicos da comunidade, tais como a estrutura, os processos e as dinâmicas espaciais da mesma [5].

1 Veja-se Farrington *et al*., 2012; Farrington *et al*., 2001; Hoeve *et al*., 2008.
2 Veja-se Farrington *et al*., 1996; Kiff *et al*., 2011; Mccord, 1997.
3 Veja-se Piquero *et al*., 2009; Shuey &Leventhal, 2019.
4 Bronfenbrenner & Morris, 2006.
5 Veja-se Sampson, 2019; Weisburd *et al*., 2014.

A interseção entre comunidade e família tem sido abordada em estudos que analisam a parentalidade no contexto comunitário, sugerindo que a relação entre a comunidade e o desenvolvimento da delinquência ocorre, em grande medida, de forma indireta, através do impacto exercido sobre a própria família [6].

O aprofundamento do conhecimento científico sobre a natureza, extensão e interação entre estas dimensões é essencial não apenas para compreender melhor os antecedentes do comportamento delinquente, mas também para informar a conceção de programas de prevenção precoce e o desenvolvimento de políticas públicas de proteção da infância e juventude.

Este capítulo tem como objetivo sintetizar, numa revisão narrativa, as evidências empíricas relativas às relações diretas e indiretas entre a comunidade, a família e o desenvolvimento de comportamentos antissociais e delinquentes em crianças e jovens. Numa primeira parte serão abordados os principais fatores de risco familiares e comunitários associados ao comportamento delinquente. Em seguida, serão analisadas as investigações que exploram o papel mediador da família na relação entre comunidade e delinquência, evidenciando como a interseção entre estes dois sistemas fundamentais pode contribuir para o início e evolução de comportamentos problemáticos. A revisão conclui com um conjunto de reflexões sobre a relevância da investigação nesta área para o desenvolvimento de políticas públicas de prevenção e proteção de crianças e jovens.

2. RELAÇÃO ENTRE FAMÍLIA E DELINQUÊNCIA

A relação estabelecida entre família e o desenvolvimento de comportamentos antissociais, incluindo a desobediência, a agressividade e a delinquência é extensa e prende-se, sobretudo, com o papel que o contexto familiar assume no processo de socialização, ou seja, na aquisição de normas, papéis sociais e valores, ao nível social, emocional e cognitivo.

Neste âmbito, a literatura criminológica destaca a importância de múltiplos fatores de risco familiares para o desenvolvimento de comportamentos-problema e que se podem organizar em dois níveis

[6] Chung &Steinberg, 2006;Miller & Tolan, 2018; Mrug & Windle, 2008; Shuey & Leventhal, 2019.

centrais. No primeiro nível encontram-se as práticas parentais, isto é, comportamentos específicos adotados pelos pais na sua interação com os filhos, tais como a fraca supervisão parental, a disciplina severa e inconsistente e o fraco envolvimento. No segundo, destacam-se aspetos relativos à própria família, como a criminalidade parental, a estrutura e os conflitos familiares [7].

Práticas parentais

No âmbito das práticas parentais, a fraca supervisão parental tem sido identificada como um dos preditores mais robustos da delinquência ao longo do ciclo da vida [8]. A supervisão consiste na vigilância próxima da criança, traduzindo-se em comportamentos como pedir informação sobre as suas atividades e sobre os pares e monitorizar os locais e horários das suas rotinas diárias. Aqui, a literatura sugere que os pais que supervisionam os seus filhos têm uma maior capacidade para identificar e minimizar influências negativas, enquanto incentivam comportamentos prosociais, promovendo um controlo mais eficaz sobre as ações da criança e do jovem [9].

Esta relação tem sido confirmada em inúmeros estudos, quer de natureza correlacional, como longitudinal. Por exemplo, no estudo de *Cambridge-Somerville* [10], a fraca supervisão parental durante a infância surgiu como o preditor mais robusto da criminalidade violenta e da criminalidade contra a propriedade aos 45 anos. Da mesma forma, a meta-análise conduzida por Loeber e Stouthamer-Loeber (1986) confirma a importância desta prática parental, sugerindo que a relação entre fraca supervisão e delinquência é mais significativa relativamente à delinquência oficial, quando comparada com a delinquência autorrevelada. Numa meta-análise mais recente, Hoeve *et al.* (2009) encontraram uma relação negativa robusta entre práticas de supervisão ativas e conhecimento parental e o comportamento antissocial.

Para além da supervisão, outras práticas parentais influenciam o desenvolvimento de trajetórias antissociais e delinquentes, destacando-se o papel da disciplina e do controlo parental. Estas estratégias regulam

---

7 Veja-se Farrington & Welsh, 2007; Grusec & Hastings, 2015; Hoeve *et al.*, 2008.

8 Farrington & Welsh, 2007.

9 Grusec, 2011.

10 Mccord, 1997.

o comportamento da criança, auxiliando na interiorização de normas e na inibição de impulsos. No entanto, práticas disciplinares coercivas, como a punição física e a disciplina inconsistente, são apontadas como fatores de risco significativos. A literatura sugere que uma disciplina baseada na coerção ou caracterizada por mensagens inconsistentes favorece o desenvolvimento de padrões comportamentais agressivos e hostis, além de aumentar a probabilidade de rejeição das normas transmitidas pelos pais [11].

Contrariamente, o envolvimento ou suporte parental (também designado como calor parental, carinho, responsividade e aceitação) tem sido identificado como um fator de proteção da delinquência e prende-se com o conjunto de comportamentos parentais orientados para o conforto e aceitação da criança, incluindo a afetividade, o carinho, o apoio emocional, o calor e a sensibilidade parental. Contudo, esta dimensão também pode traduzir aspetos negativos, como a hostilidade, a negligência ou a rejeição parental. A maior ou menor presença destes aspetos desenvolve-se num *continuum* que vai determinar, assim, níveis mais elevados ou baixos de suporte parental [12].

Ao nível empírico, a literatura sugere, de uma forma geral, a existência de uma relação positiva entre níveis mais baixos de calor e envolvimento parental e níveis mais elevados de rejeição e hostilidade e o desenvolvimento de comportamentos antissociais e delinquentes. Por exemplo, o estudo de McCord (1997) revelou que o calor parental pode ter um efeito protetor e mitigador das consequências negativas da punição física. Mais concretamente, este estudo demonstrou que 51% dos rapazes com mães mais punitivas e frias durante a infância foram condenados posteriormente, comparados com 21% de rapazes condenados com mães que, apesar de recorrerem à punição física, demonstravam uma relação de afeto e de proximidade com os filhos. A meta-análise conduzida por Hoeve *et al.* (2009) também revelou que os aspetos mais negativos do suporte parental, nomeadamente, a rejeição e a hostilidade parental podem ser mais perniciosas para o desenvolvimento ajustado e contribuir de forma mais significativa para o comportamento delinquente, quando comparados com os aspetos positivos desta dimensão (e.g., calor e afeto parental). No mesmo sentido, o estudo de *Cambridge* revelou que a ausência de uma figura paternal na realização de atividades de lazer

[11] Veja-se Grusec, 2011; Kiff *et al.*, 2011; Zhou *et al.*, 2002.
[12] Grusec & Davidov, 2015; Zhou *et al.*, 2002.

com a criança duplicava o risco de condenação futura, assim como, predizia a persistência do comportamento delinquente após os 21 anos de idade [13].

Características familiares

As características familiares constituem um segundo nível de fatores de risco associados ao comportamento antissocial e delinquente. Entre os mais relevantes destacam-se a criminalidade parental e/ou familiar, o tamanho da família e a disrupção familiar.

No que concerne à criminalidade parental, são vários os estudos que sugerem que pertencer a uma família antissocial consubstancia um risco para a emergência de trajetórias delinquentes em crianças e jovens. Mais especificamente, a concentração da criminalidade na família traduzida em condenações dos pais e irmãos parece transmitir-se, em algumas famílias, de geração em geração, criando um ciclo intergeracional da delinquência [14]. O seu impacto pode-se explicar de múltiplas formas. A transmissão intergeracional da delinquência pode constituir um dos vários elementos de um ciclo de privação mais abrangente que afeta aquela família em particular. Outra explicação foca-se na influência direta e mútua que os membros da família exercem uns sobre os outros, como por exemplo irmãos mais novos imitarem o comportamento dos irmãos mais velhos ou estes encorajarem o comportamento antissocial dos membros mais novos da família [15].

No plano investigativo, é no estudo de *Cambridge* que se encontram as evidências empíricas mais robustas da relação entre criminalidade parental/familiar e o desenvolvimento do comportamento delinquente. Os resultados desta investigação revelaram que 63% dos rapazes com pais condenados também sofreram pelo menos uma condenação num momento posterior e que apenas 6% das famílias incluídas na amostra eram responsáveis por metade das condenações reportadas. Acresce que ter um pai condenado ou um irmão mais velho delinquente foi identificado como o preditor familiar mais importante do comportamento delinquente futuro quando as crianças tinham entre 8 e 10 anos de idade [16]. Estes resultados foram corroborados

[13] Farrington & Welsh, 2007.
[14] Farrington *et al.*, 2001.
[15] Farrington & Welsh, 2007.
[16] Farrington, 2004.

no estudo de *Pittsburgh*, no qual ficou demonstrado que a detenção de pais, mães, irmãos, irmãs, tios, tias, avôs e avós constituam importantes preditores da delinquência em rapazes, sendo que 43% da delinquência familiar detetada era atribuída a 8% das famílias participantes no estudo [17].

Um segundo fator de risco familiar consiste no tamanho da própria família, mais concretamente num número elevado de crianças no núcleo familiar. O aumento da probabilidade de delinquência é explicado, por um lado, pela diminuição da capacidade parental de supervisionar todos os filhos, e, por outro lado, pelo aumento da conflituosidade familiar que pode diminuir a qualidade das interações entre os membros da família [18].

O peso deste fator foi confirmado, por exemplo, no estudo de *Cambridge*, cujos resultados revelaram que os rapazes com quatro ou mais irmãos aos 10 anos de idade apresentavam um risco mais elevado de condenação durante a adolescência e que o tamanho da família constituía o preditor mais robusto de condenações futuras aos 32 anos de idade [19]. No mesmo sentido, Kierkus e Hewitt (2009) demonstraram a existência de uma relação positiva entre tamanho familiar, comportamentos delinquentes, especialmente os de natureza violenta. Esta relação foi particularmente evidente em famílias monoparentais e em famílias adotivas.

Por fim, a disrupção e o conflito familiar também têm sido apontados como importantes fatores na explicação da atividade transgressiva. Normalmente, estas investigações focam-se no conceito de "*broken homes*" para traduzir situações que envolvem, por exemplo, a perda de uma figura parental (e.g., morte, divórcio) ou a existência de relações familiares marcadas pelo conflito e hostilidade. Conceptualmente, o contributo desta característica familiar para o comportamento delinquente pode ser explicado pelos efeitos negativos e *stressantes* que a separação de uma figura significativa pode causar na vida familiar, como por exemplo, a diminuição das condições socioeconómicas, as mudanças ao nível das figuras parentais, o aumento do conflito familiar e o empobrecimento das práticas educativas [20].

[17] Farrington *et al.*, 2001.
[18] Prior & Paris, 2005.
[19] Farrington, 1993.
[20] Farrington & Welsh, 2007.

Em termos empíricos, as evidências apontam para um maior risco de delinquência nas crianças que foram separadas dos pais biológicos, quando comparadas com crianças oriundas de "famílias intactas". Um exemplo é o estudo de *Dunedin*, no qual foi encontrada uma relação positiva entre rapazes oriundos de famílias monoparentais e condenações durante a adolescência e vida adulta [21]. Por sua vez, o estudo de *Christchurch* revelou que as crianças expostas à violência interparental apresentavam mais probabilidade de delinquência violenta e contra a propriedade autorrevelada, constituindo-se este fator como um preditor mais robusto do que a criminalidade parental ou do que a punição física [22].

3. RELAÇÃO ENTRE COMUNIDADE E DELINQUÊNCIA

O contributo da comunidade para o desenvolvimento de trajetórias delinquências é, geralmente, sistematizado no quadro mais amplo dos designados fatores de risco ambientais ou contextuais. Estes distribuem-se em vários segmentos, como a acumulação de desvantagens sociais (e.g., fraco rendimento económico, famílias numerosas), a associação a pares (e.g., associação a pares desviantes e rejeição de pares), fatores escolares (e.g. fraca vinculação escolar, frequentar escolas com taxas elevadas de delinquência) e fatores relacionados com a zona de residência (e.g., comunidades com níveis elevados de delinquência e de desorganização social) [23].

Focando especificamente no contexto comunitário, poder-se-á afirmar que a sua influência opera num continuum de risco e de proteção, variando em função de uma panóplia de fatores, e que vão desde as condições estruturais aos processos sociais desenvolvidos no seio de uma comunidade.

Condições estruturais

No plano estrutural, a literatura destaca o impacto de fatores como o estatuto socioeconómico e a heterogeneidade cultural e étnica, analisados na criminologia através do conceito de desorganização

[21] Bill *et al.*, 1996.
[22] Fergusson & Horwood, 1998.
[23] Farrington, 2003; Piquero *et al.*, 2009.

social [24]. Este constructo de natureza multidimensional engloba diferentes elementos estruturais, designadamente: *i)* famílias que vivem no limiar da pobreza; *ii)* famílias dependentes de assistência social; *iii)* taxas elevadas de desemprego; *iv)* famílias monoparentais; *v)* heterogeneidade cultural; *vi)* instabilidade residencial; *vii)* concentração de imigrantes; *viii)* densidade populacional elevada; *ix)* elevados níveis de abandono escolar; *x)* e baixos níveis de controlo social informal e de coesão social [25].Esses elementos não são independentes entre si, mas estão interligados de maneira complexa, criando contextos caracterizados pela fraca coesão social e pelas limitações no exercício do controlo social informal sobre os comportamentos antissociais. A escassez frequente de recursos sociais nesses contextos comunitários parece restringir as oportunidades para um desenvolvimento mais positivo. Além disso, a instabilidade residencial e a diversidade cultural podem enfraquecer os vínculos sociais e o controlo social informal. Por outro lado, o desemprego e a pobreza têm sido associados a níveis mais elevados de stress familiar e a uma supervisão parental insuficiente, favorecendo a associação a pares desviantes e o envolvimento em comportamentos de risco [26].

Ao nível empírico, Sampson e Laub (1994) descobriram que a existência de carências económicas na família diminui a capacidade de a mesma exercer processos de controlo social informal (e.g. supervisão parental) o que, por seu turno, parece aumentar a probabilidade das crianças/jovens iniciarem comportamentos delinquentes. Num estudo longitudinal, Fergusson, Swain-Campbell e Horwood (2004) procuraram analisar a associação entre privação socioeconómica durante a infância e o envolvimento futuro na prática de crimes. Os dados foram recolhidos como parte do *Christchurch Health and Development Study*, um estudo desenvolvimental que acompanhou uma amostra de crianças desde o seu nascimento até aos 21 anos de idade. Entre outros resultados, esta investigação demonstrou a existência de uma associação positiva entre dificuldades socioeconómicas durante a infância, um aumento nas taxas de crime autorelatadas e um aumento no número de condenações, analisadas com base em registos oficiais.

[24] Carroll *et al.*, 2010; Morenoff *et al.*, 2001; Sampson & Laub, 1994).
[25] Sampson *et al.*, 1997; Morenoff *et al.*, 2001.
[26] Leventhal & Dupéré, 2019.

Processos sociais

Mais recentemente, a literatura criminológica tem demonstrado a importância dos processos sociais ao nível comunitário, mais concretamente da eficácia coletiva, um constructo multifacetado que conjuga a coesão social e os processos de controlo social informal. De acordo com Sampson *et al*. (1997), a eficácia coletiva de uma comunidade representa a confiança, a coesão, as expectativas e a vontade conjunta de participação nos processos de controlo social. Estes traduzem-se na monitorização ativa de comportamentos adotados pelos membros de uma dada comunidade e que estão, ou não, de acordo com as regras e valores socialmente aceitáveis. Por sua vez, a coesão social prende-se com as expetativas partilhadas e com a ligação entre os residentes. Do ponto de vista teórico, estas investigações sustentam-se na ideia de que as crianças e jovens residentes em comunidades coletivamente mais eficazes terão menos acesso a oportunidades desviantes, devido ao esforço conjunto da comunidade em vigiar o cumprimento de normas [27]. Destaca-se, assim, o efeito protetor que esta característica tem no desenvolvimento da atividade transgressiva e que tem vindo a ser confirmado em investigações empíricas.

Morenoff e colegas (2001) analisaram diferentes fatores estruturais de 343 comunidades com o objetivo de explorar as variações temporais nas taxas de homicídio. Entre outros resultados, verificou-se que a concentração de carências/pobreza e níveis baixos de controlo social informal e de coesão social (eficácia coletiva) prediziam taxas mais elevadas de homicídio. Na mesma linha, o estudo desenvolvido por Molnar, Cerda, Roberts e Buka (2008) procurou examinar o efeito que os recursos comunitários teriam na prática de comportamentos agressivos e delinquentes por parte dos jovens. Os resultados obtidos apontam para um efeito protetor na existência de organizações e serviços dirigidos a jovens e adultos.

Numa outra investigação, procurou estudar-se a influência das carências comunitárias e da eficácia coletiva no comportamento antissocial de uma amostra de crianças com idades compreendidas entre os 5 e os 10 anos. Os dados foram recolhidos a partir do *E-Risk Longitudinal Twin Study*. Os resultados demonstraram que

[27] Sampson *et al*., 1999.

as crianças residentes em comunidades carenciadas apresentavam níveis mais elevados de comportamentos antissociais aquando da entrada para a escola primária, e experienciavam um declínio mais lento relativamente ao envolvimento neste tipo de comportamentos entre os 5 e os 10 anos de idade. Do mesmo modo, constatou-se uma relação negativa entre eficácia coletiva e comportamento antissocial, sugerindo o papel protetor desta variável em zonas residenciais com estas características [28].

4. A INTERSEÇÃO ENTRE FAMÍLIA E COMUNIDADE: O PAPEL MEDIADOR DA FAMÍLIA

O contributo indireto que os fatores comunitários assumem na explicação do comportamento antissocial e delinquente tem recebido uma atenção crescente nos últimos anos [29]. Partindo de diferentes modelos conceptuais como a teoria do stress familiar [30], este corpo de investigações sugere que esta ligação é potencialmente mediada por diferentes práticas parentais, ou seja, o contexto comunitário vai limitar a capacidade de os pais exercerem uma parentalidade positiva e construtiva o que, por sua vez, vai influenciar o desenvolvimento das crianças e jovens. A exposição dos pais à privação económica, entre outras restrições, como o acesso a recursos institucionais, aumenta a probabilidade de adoção de comportamentos mais severos e hostis com as crianças, constituindo os mesmo uma influência direta, como discutido anteriormente, no desenvolvimento de padrões comportamentais problemáticos. Ao potencial impacto que as condições estruturais possam ter, acrescem igualmente dificuldades ao nível dos processos sociais comunitários, como por exemplo, a menor capacidade de os pais protegerem os seus filhos de influências negativas presentes na comunidade [31].

Estas hipóteses são, de uma forma geral, corroboradas, pelas evidências empíricas produzidas em estudos de diferente natureza.

---

[28] Odgers *et al.*, 2009.

[29] Veja-se Chung & Steinberg, 2006; Miller & tolan, 2018; Mrug & Windle, 2008; Shuey Leventhal, 2019.

[30] Conger & Elder; Lorenz Simons, 1994.

[31] Elder *et al.*, 1995; Leventhal *et al.*, 2015; Leventhal brooks-gunn, 2000; Leventhal & Dupéré, 2019.

Por exemplo, o estudo longitudinal conduzido por Pinderhughes *et al.* (2007) demonstrou que viver numa comunidade com escassez de recursos económicos e de serviços públicos, por um lado, e taxas de violência e criminalidade elevadas, por outro, aumentava a probabilidade de adoção de práticas disciplinares inconsistentes e mais coercivas que, por sua vez, conduziam a comportamentos mais problemáticos nas crianças. No mesmo sentido, Mrug e Windle (2008), num estudo com uma amostra de pré-adolescentes, revelaram que os efeitos da privação económica sobre os comportamentos antissociais era mediado por fatores familiares. Mais concretamente, os resultados desta investigação indicam que os níveis de pobreza estavam positivamente associados a mais desordens físicas e sociais na comunidade e que estes contribuíam para níveis mais baixos de suporte parental e níveis mais elevados de disciplina severa e inconsistente. Estas variáveis parentais estavam, por sua vez, positivamente associadas a comportamentos antissociais nos jovens.

Os resultados do *Environmental Risk Longitudinal Twin Study* (E-Risk), conduzido numa amostra representativa de crianças britânicas, sugerem que o calor e a supervisão parental explicavam, na sua totalidade, a relação entre o baixo estatuto socioeconómico da comunidade e o comportamento antissocial aos 12 anos de idade [32].

Para além do suporte parental e da disciplina, aspetos como a coesão familiar, a estimulação e a qualidade parental também têm sido identificados como mediadores na relação entre comunidade e outros fatores associados ao desenvolvimento de trajetórias antissociais, como por exemplo, o sucesso académico [33], os problemas de internalização [34] e a saúde mental das crianças e jovens em geral [35].

CONCLUSÃO

A presente revisão demonstra que as últimas décadas ficaram marcadas pela acumulação de conhecimento científico focado no contributo da família e da comunidade para o desenvolvimento de trajetórias delinquenciais em crianças e jovens. Esta influência é passível

[32] Odgers *et al.*, 2012.
[33] Veja-se Dupéré *et al.*, 2010.
[34] Deng *et al.*, 2006.
[35] Gonzales *et al.*, 2011.

de ser analisada em vários níveis, quer seja isoladamente, quer seja através dos mecanismos que podem operar entre ambas as dimensões e que se refletem na sua intersecção.

Esta revisão aponta para a relevância que as práticas parentais, como a fraca supervisão, a disciplina física e inconsistente ou a ausência de apoio e carinho parental têm na explicação de comportamentos menos adaptativos durante a infância e a adolescência. Também descreveu como diferentes aspetos comunitários associados a esta problemática e que se prendem ora com a própria estrutura comunitária (e.g., pobreza), ora com a (in)existência de processos sociais de coesão e de controlo social informal. Por fim, as investigações mais recentes chamam, igualmente, a atenção para a complexidade da natureza da relação entre família-comunidade, sugerindo que o contexto familiar, e os comportamentos parentais em particular, podem ser moldados pelas características da comunidade. Esta pode, em última análise, favorecer ou, contrariamente, limitar as oportunidades para o desenvolvimento harmonioso da criança através do efeito indireto que exerce sobre a sua família e pais.

Este conjunto de investigações tem um valor inequívoco para desenvolvimento de políticas públicas de prevenção e de proteção de crianças e jovens cientificamente sustentadas. De facto, o estudo de fatores de risco e de proteção ao nível familiar e comunitário, bem como, dos mecanismos de mediação que se estabelecem entre estes sistemas permite identificar aquelas que devem ser as dimensões-alvo dos programas de prevenção universal, seletiva e indicada do comportamento antissocial e delinquente. A transposição deste conhecimento para o terreno da intervenção tem-se revelado prolífera, sendo possível identificar, através de avaliações experimentais e quase-experimentais, aqueles que são (e porquê) os programas mais eficazes na prevenção de trajetórias transgressivas. A formulação de políticas públicas e programas de prevenção deve, portanto, integrar abordagens multimodais que combinem intervenções ao nível da família, da escola e da comunidade. O treino de competências parentais, por exemplo, têm demonstrado uma eficácia moderada na melhoria das competências parentais, promovendo práticas mais positivas e reduzindo comportamentos de risco nos jovens. Intervenções comunitárias que fortaleçam a coesão social, ampliem redes de apoio e incentivem o envolvimento comunitários também são fundamentais para reduzir a exposição a influências negativas e aumentar as oportunidades de desenvolvimento saudável. Além disso, políticas públicas que garantam acesso a serviços de educação, saúde mental e assistência social

GESTLEGAL

podem atuar de forma preventiva, mitigando os impactos das desigualdades estruturais e promovendo ambientes mais protetores para crianças e adolescentes.

Não obstante estes avanços, importa, como nota final, considerar algumas limitações das investigações atuais e pistas para estudos futuros.

Afigura-se necessário investir no desenvolvimento de pesquisas longitudinais, capazes de estudar sequências temporais entre diferentes fatores de risco e de proteção, assim como em pesquisas experimentais que permitam estabelecer, com maior rigor, relações de causalidade entre estes fatores. Igualmente relevante é o estudo do contributo genético, das ligações de reciprocidade e de aspetos desenvolvimentais/temporais que podem influenciar a relação entre delinquência, família e comunidade. Neste contexto, os estudos longitudinais com amostras de gémeos podem ser particularmente informativos para analisar a interação individuo-ambiente no desenvolvimento de comportamentos problemáticos em diferentes períodos desenvolvimentais.

Por fim, as investigações futuras devem continuar a elucidar sobre os mecanismos e processos que operam na dinâmica complexa que se estabelece entre família e comunidade na explicação da delinquência. Mais especificamente, é necessário aprofundar o conhecimento sobre os mediadores e moderadores desta relação, sobre o seu impacto diferencial ao longo da infância e da adolescência, contribuindo-se, desta forma, para a conceptualização de modelos teóricos mais completos e integrados sobre o desenvolvimento de comportamentos antissociais e delinquentes ao longo do ciclo de vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BILL, Henry; CASPI, Avshalom; MOFFITT, Terrie; SILVA, Phil. Temperamental and familial predictors of violent and nonviolent criminal convictions: Age three to age eighteen. *Developmental Psychology*, v. 32, p. 614-623, 1996. DOI: https://doi.org/10.1037/0012-1649.32.4.614

BRONFENBRENNER, Urie; MORRIS, Pamela. The Bioecological Model of Human Development. In LERNER, Richard; DAMON, William (eds.). Handbook of child psychology: Theoretical models of human development. John Wiley & Sons Inc. 2006. cap. 14, p. 793-828.

CARROLL, Annemaree.; HOUGHTON, Stephen; DURKIN, Kevin; HATTIE, John. Adolescent Reputations and Risk: Developmental Trajectories to Delinquency. New York: Springer, 2010.

CHUNG, He Len; STEINBERG, Laurence. Relations between neighborhood factors, parenting behaviors, peer deviance, and delinquency among serious

juvenile offenders. *Developmental Psychology*, v. 42, n. 2, p. 319-31, 2016. DOI: https://doi.org/10.1037/0012-1649.42.2.319

CONGER, Rand; GE, Xiaojia; ELDER, Glen; LORENZ, Frederick; SIMONS, Ronald. Economic stress, coercive family process, and developmental problems of adolescents. *Child Development,* v. 65, n. 2, p. 541-561, 1994. DOI: https://doi.org/10.2307/1131401

DENG, Shiying; LOPEZ, Vera; ROOSA, Mark; RYU, Ehri; BURRELL, Ginger; TEIN, Jenn-Yun; CROWDER, Sakina. Family processes mediating the relationship of neighborhood disadvantage to early adolescent internalizing problems. *The Journal of Early Adolescence*, v. 26, n. 2, p. 206-231, 2006. DOI: https://doi.org/10.1177/0272431605285720

DUPÉRÉ, Verónique; LEVENTHAL, Tama; CROSNOE, Robert; DION, ÉRIC. Understanding the positive role of neighborhood socioeconomic advantage in achievement: The contribution of the home, childcare, and school environments. *Developmental Psychology*, v. 46, n. 5, p. 1227-1244, 2010. DOI: https://doi.org/10.1037/a0020211

ELDER, Glen; ECCLES, Jacquelynne; ARDELT, Monika; LORD, Sarah. Inner-city parents under economic pressure: Perspectives on the strategies of parenting. *Journal of Marriage and Family*, v. 57, n. 3, p. 771-784, 1995. DOI: https://doi.org/10.2307/353931

FARRINGTON, David. Childhood origins of teenage antisocial behavior and adult social dysfunction. *Journal of the Royal Society of Medicine*, v. 86, p. 13-17, 1993. PMID: 8423566

FARRINGTON, David. Key results from the first forty years of the Cambridge Study in Delinquent Development. In THORNBERRY, Terrence; KROHN, Marvin (eds.). Taking stock of delinquency: An overview of findings from contemporary longitudinal studies. New York: Kluwer, p. 137-174, 2003.

FARRINGTON, David; WELSH, Brandon. Saving children from a life of crime: Early risk factors and effective interventions. Oxford: Oxford University Press, 2007.

FARRINGTON, David; BARNES, Geoffrey; LAMBERT, Sandra. The Concentration of offending in families. *Legal and Criminological Psychology,* v. 1, n. 1, p. 47-63, 1996. DOI: https://doi.org/10.1111/j.2044-8333.1996.tb00306.x

FARRINGTON, David; JOLLIFFE, Darrick; LOEBER, Rolf; STOUTHAMER-LOEBER, Magda; KALB, Larry. The concentration of offenders in families, and family criminality in the prediction of boys' delinquency. *Journal of Adolescence*, v. 24, n. 5, p. 579-596, 2001. DOI: https://doi.org/10.1006/jado.2001.0424

FARRINGTON, David; LOEBER, Rolf; TTOFI, Maria. In Risk and protective factors for offending. In WELSH, Brandon; FARRINGTON, David (eds.). *The Oxford Handbook of Crime Pre*vention. New York: Oxford University Press. 2012. p. 46-69.

FERGUSSON, David; HORWOOD, John. Exposure to interparental violence in childhood and psychosocial adjustment in young adulthood. *Child Abuse and Neglect*, v. 22, n.5, p. 339-357, 1998. DOI: https://doi.org/10.1016/S0145-2134(98)00004-0

FERGUSSON, David; SWAIN-CAMPBELL, Nicola; HORWOOD, John. How does childhood economic disadvantage lead to crime? *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, v. 45, n. 5, p. 956- 966, 2004. DOI: https://doi.org/10.1111/j.1469-7610.2004.t01-1-00288.x

GONZALES, Nancy; COXE, Stefany; ROOSA, Mark; WHITE, Rebecca; KNIGHT, George; ZEIDERS, Katharine; SAENZ, Delia. Economic hardship, neighborhood context, and parenting: Prospective effects on Mexican-American adolescents' mental health. *American Journal of Community Psychology*, v. 47, n. 1-2, p. 98-113, 2011. DOI: 10.1007/s10464-010-9366-1

GRUSEC, Joan. Socialization processes in the family: Social and emotional development. *Annual Review of Psychology*, v. 62, n. 1, p. 243-269, 2011. DOI: 10.1146/annurev.psych.121208.131650

GRUSEC, Joan; DAVIDOV, Maayan. Analyzing socialization from a domain-specific perspective. In GRUSEC, Joan; HASTINGS, Hastings, Paul (eds.). Handbook of socialization: Theory and research (2.ª ed,). New York: The Guilford Press. 2015. p. 158-181.

GRUSEC, Joan; HASTINGS, Paul. *Handbook of Socialization: Theory and Research* (2.ª ed). New York: The Guilford Press, 2015.

HOEVE, Machteld; BLOKLAND, Arian; DUBAS, Judith; LOEBER, Rolf; GERRIS, Jan; VAN DER LAAN, Peter. Trajectories of delinquency and parenting styles. *Journal of Abnormal Child Psychology*, v. 36, n. 2, p. 223-a235, 2008. DOI: https://doi.org/10.1007/s10802-007-9172-x

HOEVE, Machteld; DUBAS, Judith; EICHELSHEIM, Veroni; VAN DER LAAN, Peter; SMEENK, Wilma; GERRIS, Jan. The relationship between parenting and delinquency: A meta-analysis. *Journal of Abnormal Child Psychology,* v. 37, n. 6, p. 749- 775, 2009. DOI: 10.1007/s10802-009-9310-8.

HOEVE, Machteld; SMEENK, Peter; LOEBER, Rolf; STOUTHAMER-LOEBER, Magda; VAN DER LAAN, Peter; GERRIS, Jan; DUBAS, Judith. Long term effects of parenting and family characteristics on delinquency of male young adults. *European Journal of Criminology*, v. 4, n. 2, p. 116—194, 2007. DOI: https://doi.org/10.1177/1477370807074854

KIERKUS, Christopher; HEWITT, John. The contextual nature of the family structure/delinquency relationship. *Journal of Criminal Justice*, v. 37, n. 2, p. 123-132, 2009. DOI: 10.1016/j.jcrimjus.2009.02.008

KIFF, Cara; LENGUA, Liliana; ZALEWSKI, Maureen. Nature and nurturing: Parenting in the context of child temperament. *Clinical Child and Family Psychology Review*, v. 14, n. 3, p. 251-301, 2011. DOI: 10.1007/s10567-011-0093-4

LEVENTHAL, Tama; BROOKS-GUNN, Jeanne. The neighborhoods they live in: The effects of neighborhood residence on child and adolescent outcomes. *Psychological Bulletin*, v. 126, n. 2, p. 309-337, 2000. DOI: https://doi.org/10.1037/0033-2909.126.2.309

LEVENTHAL, Tama; DUPÉRÉ, Véronique; SHUEY, Elizabeth. Children in neighborhoods. In LERNER, Richard; BORNSTEIN, Marc; and LEVENTHAL, Tama (eds.). Handbook of child psychology and developmental science: Ecological settings and processes in developmental systems (7th ed., Vol. 4). Hoboken, NJ: John Wiley and Sons. 2015, cap. 13, p. 493-533.

LOEBER, Rolf; STOUTHAMER-LOEBER, Magda. Family factors as correlates and predictors of juvenile conduct problems and delinquency. In TONRY, Michael (ed.). *Crime and justice: An annual review of research* (vol. Vol. 7). Chicago: University of Chicago Press. 1986, p. 29-149.

MCCORD, Joan. Some child-rearing antecedents of criminal behavior in adult men. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 37, n. 9, p. 1477-1486, 1979. DOI: 10.1037//0022-3514.37.9.1477

MCCORD, Joan. On Discipline. *Psychological Inquiry*, v. 8, n. 3, p. 215-217, 1997. DOI: https://doi.org/10.1207/s15327965pli0803_10

MILLER, Grace; TOLAN, Patrick. The influence of parenting practices and neighborhood characteristics on the development of childhood aggression. *Journal of Community Psychology*, v. 47, n. 1, p. 135- 146, 2018. DOI: https://doi:10.1002/jcop.22105

MOLNAR, Beth; CERDA, Magdalena; ROBERTS, Andrea; BUKA, Stephen. Effects of neighborhood resources on aggressive and delinquent behaviors among urban youths. *American Journal of Public Health*, v. 98, n. 6, p. 1086- 1093, 2008. DOI: 10.2105/AJPH.2006.098913

MORENOFF, Jeffrey; SAMPSON, Robert; RAUDENBUSH, Stephen. Neighborhood inequality, collective efficacy, and the spatial dynamics of urban violence. *Criminology*, v. 39, n. 3, p. 517-558, 2006. DOI: https://doi.org/10.1111/j.1745-9125.2001.tb00932.x

MRUG, Sylvie; WINDLE, Michael. Mediators of neighborhood influences on externalizing behavior in preadolescent children. *Journal of Abnormal Child Psychology*, v. 37, n. 2, p. 265-280, 2008. DOI: https://doi:10.1007/s10802-008-9274-0

ODGERS, Candice; MOFFITT, Terrie; TACH, Laura; SAMPSON, Robert; TAYLOR, Alan; MATTHEWS, Charlotte; CASPI, Avshalom. The protective effects of neighborhood collective efficacy on British children growing up in deprivation: A developmental analysis. *Developmental Psychology*, v. 45, n. 4, p. 942- 957, 2009. DOI: 10.1037/a0016162

PINDERHUGHES, Ellen; NIX, Robert; FOSTER, Michael; JONES, Damon; The Conduct Problems Prevention Research Group. Parenting in Context: Impact of Neighborhood Poverty, Residential Stability, Public Services, Social Networks, and Danger on Parental Behaviors. *Journal of Marriage and the Family*, v. 63, n. 4, p. 941-953, 2007. DOI: https://doi.org/10.1111/j.1741-3737.2001.00941.x

PIQUERO, Alex; FARRINGTON, David; WELSH, Brandon; TREMBLAY, Richard; JENNINGS, Wesley. Effects of early family/parent training programs on antisocial behavior and delinquency. *Journal of Experimental Criminology*, v. 5, n. 2, p. 83-120, 2009. DOI: https://doi.org/10.1007/s11292-009-9072-x

PRIOR, David; PARIS, Alison. *Preventing children's involvement in crime and antisocial behaviour: A literature review.* National Evaluation of the Children's Fund. 2005.

SAMPSON, Robert. Neighborhood effects and beyond: Explaining the paradoxes of inequality in the changing American metropolis. *Urban Studies*, v. 56, n. 1, p. 3-32, 2019. DOI: https://doi.org/10.1177/0042098018795363.

SAMPSON, Robert; MORENOFF, Jeffrey; EARLS, Felton. Beyond social capital: Spatial dynamics of collective efficacy for children. *American Sociological Review*, v. 64, n. 5, p. 633-660, 1999. DOI: https://doi.org/10.2307/2657367.

SAMPSON, Robert; LAUB, John; Urban poverty and the family of delinquency: A new look at structure and process in a classic study. *Child Development*, v. 65, n. 2, p. 523- 540, 1994. DOI: 10.1111/j.1467-8624.1994.tb00767.x.

SAMPSON, Robert; RAUDENBUSH, Stephen; EARLS, Felton. Neighborhoods and violent crime: A multilevel study of collective efficacy. *Science*, v. 277, n. 5328, p. 918- 924, 1997. DOI: 10.1126/science.277.5328.918.

SHUEY, Elizabeth; LEVENTHAL, Tama. Neighborhoods and Parenting. In BORNSTEIN, Marc (ed.). Handbook of Parenting: Volume 2: Biology and Ecology of Parenting Third Edition (3rd ed.). New York: Routledge. 2019. p. 371-399. DOI: https://doi.org/10.4324/9780429401459.

WEISBURD, David; GROFF, Elizabeth; YANG, Sue-Ming. The importance of both opportunity and social disorganization theory in a future research agenda to advance criminological theory and crime prevention at places. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, v. 51, n. 4, p. 499-508, 2014. DOI: https://doi:10.1177/0022427814530404.

ZHOU, Qing; EISENBERG, Nancy; LOSOYA, Sandra; FABES, Richard; REISER, Mark; GUTHRIE, Ivanna; MURPHY, Bridget; CUMBERLAND; Amanda; SHEPARD, Stephanie. The relations of parental warmth and positive expressiveness to children's empathy-related responding and social functioning: A longitudinal study. *Child Development*, v. 73, n. 3, p. 893-915, 2002. DOI: 10.1111/1467-8624.00446.

THE "FUNCTIONAL ASPECT" OF THE PLANET AND THE 1992 RIO CONVENTION

CLIMATE AS NOBODY'S STUFF OR AS A COMMON HERITAGE?

Paulo Magalhães *

Abstract: International Law has always been unable to distinguish the "functional aspect" of the Earth System from the static character of sovereignty. This distinction, considered necessary by the United Nations International Law Commission (ILC), allows us to legally approach the climate (software-of-the-planet) as an intangible legal object, abandoning the status of *res nullius* — atmosphere and oceans as humanity's garbage dump. The 1992 Rio Convention made progress and defined the climate system, and today it is possible to define its status as *res communis* in order to avoid the tragedy of the commons.

Resumo: O Direito Internacional sempre foi incapaz de distinguir o "aspeto funcional" do sistema terrestre do caráter estático da soberania. Essa distinção, considerada como necessária pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI), permite-nos abordar juridicamente o clima (software-do-planeta) como objeto jurídico intangível, abandonando o estatuto de *res nullius* — atmosfera e oceanos como lixeira da humanidade. A convenção do Rio 1992 avançou e definiu o sistema climático, e hoje é possível definir o seu estatuto de *res communis* para evitar a tragédia dos comuns.

Keywords: climate common heritage; functional aspect; global common goods; climate change.

Palavras-Chave: clima património comum; aspeto funcional; bens comuns globais; alterações climáticas.

* Integrated Researcher at CIJ; Executive Director of the Common Home of Humanity.

1. A GENETIC PROBLEM — THE FUNCTIONAL ASPECT *VERSUS* STATIC TERRITORY

International legal-political regulation has always been characterised by a mismatch between the "functional aspect" [1] of the Earth System and the "static character of sovereignty" [2]. Water, due to its global circulation, contrasted with the logic of land appropriation and segmentation, "(…) instead, water invariably brought dynamics of unity and integration, on which much of the transformation and even contestation of the ideological pillars of the modern interstate system was based" [3].

The incompatibility between the dynamics of the functioning of the Earth System and the exclusively territorial vision of the modern interstate system remains one of the challenges still unsolved to this day. Although from a legal point of view it is possible to carry out an abstract legal division operation on maritime territories where seawater circulates, science shows that this division is not valid for the biochemical composition of water, or for its global circulation. "In fact, it can be said that the challenge of international law is not so much rooted in water challenging sovereignty, but rather in sovereignty challenging reality" [4]. The same reasoning is equally valid for sovereign "airspaces", where no legal division, however abstract, can divide the chemical composition of the air or the dynamics of its atmospheric circulation.

As Camilleri and Falk [5] explain:

> "(…) *the legitimacy of a discourse lies in its power to explain reality, just as its legitimacy erodes as its inadequacy to reflect the real situation in the world increases. In all areas where the discourse of sovereignty has lost its ability to accurately portray the facts, it is precisely in the gap between the theorization of reality and the factual reality of the ecological dynamics of the biosphere that this loss of legitimacy becomes clear."*

The tension arising from this gap between theorising and facts has prevented efficient regulation of the many things we all share for the

1 ILC, 2021, p. 29.
2 Idem.
3 Pureza, 1998, p. 87.
4 Brunnée, 1998, p. 53.
5 Camilleri & Falk, 1992

benefit (or misfortune) of all humankind, the most visible example of which is climate change. These symptoms have culminated in "a moment when there is a fundamental change in circumstances, the need for a different world structure and a different international law" [6].

A decisive (but still unfinished) step in the perception that it is necessary to legally represent the functional/qualitative dimension of the planet took place in 1967, when the then Maltese ambassador to the United Nations, Arvid Pardo [7], proposed the initial concept of the Common Heritage of Humankind (CHH) at the United Nations General Assembly (UNGA). Consultation of the preparatory documents shows that Pardo clearly understood that the characteristics, principles and objectives of the CHH did not fit into the one-dimensional vision that reduces the planet to a geographical area of 510 million Km^2 and that excludes the functional aspect of the planet. In 1971, Arvid Pardo even proposed a treaty on ocean space, in which he tried to demonstrate "how the concept of common heritage could be implemented in the marine environment as a whole" [8].

In the 1960s and 1970s, the scientific knowledge needed to measure, delimit and define this new possible legal object — the marine environment — did not yet exist. In other words, at that time there were no scientific instruments that would allow a legal distinction between the system and the territory in which this system operates. Since the project was not feasible technically, the CHH was restricted to the territorial dimension and confined to the seabed — *the area* — beyond the limits of the exclusive economic zones, and hence, the project lost its innovative essence. As a result, the various attempts to make the CHH a reality have resulted in the amputation of the original concept, and it is still an unfinished project. Despite the flaws and vagueness surrounding the CHH concept, it remains a current aspirational goal, as does the Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction [9]. In Article 7, item *b)* of this Agreement, the CHH is identified as one of the principles that should guide its application.

6 Falk, 1970.
7 Pardo, 1967.
8 Pardo, 1975.
9 BBN, 2023.

In recent years, *Earth System Science* has emerged as an integrative meta-science of the entire planet, and provides us with the concept of the Earth System as an interconnected, complex and constantly evolving system, extending far beyond a mere collection of ecosystems or isolated global processes. The advent of this new science allows us to overcome the technical limitations of the 1960s, as the factors that condition the Earth's functional aspect can now be described and quantified. It also enables an autonomous conceptualisation of the functioning of the Earth System, regardless of the legal situation of the territories through which this system manifests and operates. To this day, the absence of a rational conceptualisation capable of distinguishing between territory and system, and reflecting this legally, results in this conflict between a dynamic reality recognised and explained by science and a vision that considers that the recognition of scientific facts would imply the deconstruction of the concept of the nation state:

> *The current international community of nation-states cannot afford to recognize the atmosphere and oceans as global commons (using scientific criteria), because to do so would immediately and irrevocably destroy land as private property, since land would qualify as a global commons. There is no escape from this conclusion; either the global commons are all interrelated in a single system, or they are not. (…). Furthermore, since the entire paradigm of nation-states is based on the acceptance of delimited and exclusionary territories, it is likely that we cannot build global commons without deconstructing the nation-state system* [10].

2. CONSIDER WHAT IS DIFFERENT IN A DIFFERENT WAY

The first step towards overcoming this perceived contradiction between State sovereignty and the CHH is to understand that we are dealing with a theoretical gap. It is therefore important to address the various components of the Earth System in a differentiated rather than homogenous way, distinguishing them from one another. Essentially, it is a question of considering that what is functional should be considered differently from what is static. This would make it

[10] Hartzog, 2003, p.23.

possible to apply different legal regimes to different components, which although they pose a problem for the law, are physically complementary and symbiotic with each other.

The latest report of the United Nations International Law Commission (ILC) for 2021-2029, states: "The atmosphere and airspace are two different concepts, which must be distinguished. (...) The atmosphere, as an 'envelope of gases' that surrounds the Earth, is dynamic and fluctuating, with gases that constantly move without regard to the territorial boundaries of States. The atmosphere is invisible, intangible and indivisible" [11]. Airspace refers to "a static and spatial institution over which the State, within its territory, has complete and exclusive sovereignty". But since "atmospheric movement has dynamic and fluctuating characteristics", it must be distinguished as the "functional aspect" [12] that involves the movement of air on a large scale. By analogous reasoning, the same distinction should be made between, on the one hand, the biochemical composition of seawater and the global circulation of the oceans and, on the other hand, the maritime spaces under the sovereignty or jurisdiction of States.

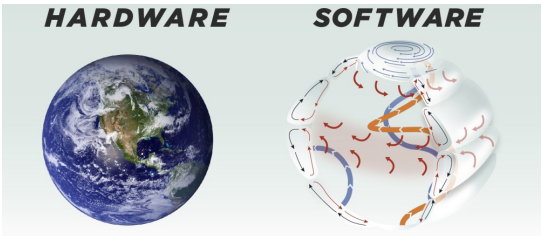


Figura 1: Distinguishing the static territorial institution of sovereignty — the hardware — from the functional aspect — the software [13].

The enormous importance of this statement lies in the fact that it enables an autonomous legal approach to a natural phenomenon of vital importance to humanity: the climate. If we identify the mode of atmospheric and oceanic circulation observed during the Holocene period, we can identify a certain relatively stable circulation pattern, a *software* [14]. This software has varied over the 4.54 billion

11 ILC, 2021, p. 17.
12 Idem.
13 Magalhães et al, 2016.
14 Magalhães, 2013, p. 5.

years of the planet's existence, but it was precisely in the last 11,700 years (the Holocene geological epoch) that it found a unique and relatively stable formula for functioning, which has resulted in a stable climate (Figure 2). In fact, it was this pattern of stable dynamics in the functioning of the Earth System that generated the biophysical conditions favourable to the flourishing of human civilisations.

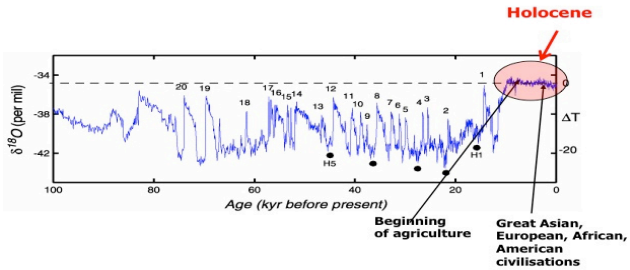


Figura 2: The last glacial cycle (with a temperature indicator) and selected events in human history. The Holocene corresponds to the last 10,000 years [15].

This *software program* of the Earth System is a natural phenomenon with global, indivisible, functional, intangible characteristics distinct from the static, tangible nature of the territory — the hardware — over which abstract legal operations of division can be performed. This distinction, based on the different essential characteristics of the goods in question, namely one functional dynamic, the other static territorial, makes it possible to create an autonomous legal object *per se*, i.e. the climate as "an intangible object not restricted to the global commons, but also encompassing areas subject to national jurisdictions" [16].

3. DEFINE, DELIMIT AND REPRESENT THE FUNCTIONAL ASPECT — AN INTANGIBLE LEGAL OBJECT

The functional aspect of our planet is now scientifically definable and measurable through the concept of "Planetary Boundaries" [17] [18]. These limits demonstrate a combination of variables, relationships

[15] Adapted from Young & Steffen, 2009.
[16] Borg, 2007, p. 1.
[17] Rockstrom, 2009.
[18] Steffen, 2015.

and parameters that, together, describe the functioning of the Earth System and the thresholds for the degradation of these processes. By identifying in detail the elements that comprise and define the functional aspect of the Earth System, it is possible to understand the role of the interaction between chemical, biological and physical processes in maintaining a favourable state of functioning for humankind (i.e. the Holocene), as well as the dangerous role of humankind in the current global environmental crisis, which continues to push the functioning of the Earth System away from this stable and desirable state from the perspective of the very continuity of human history.

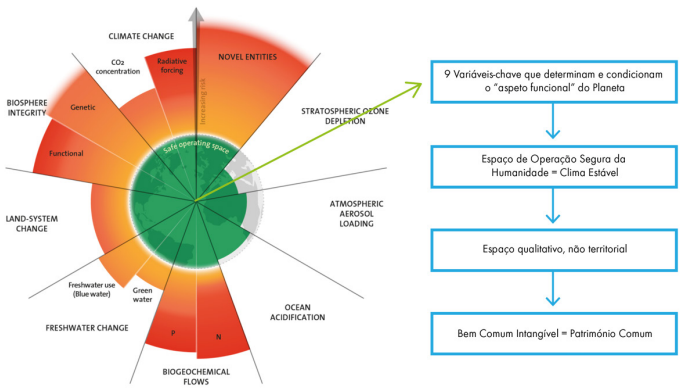


Figura 3: The Planetary Boundaries and the definition of the Common Heritage [19] [20].

In this way, the favourable biogeophysical conditions that correspond to a well-functioning Earth System are defined qualitatively and quantitatively, giving rise to the Safe Operating Space for Humankind [21]. Within the limits of this non-territorial, qualitative space, the system is resilient — in other words, it has the capacity to absorb shocks while maintaining the way it works. When these limits are exceeded, the system is displaced from its original "identity", tending towards a period of disorder until it rebalances into a different configuration.

While it is now possible to measure and delimit the asset in question — a certain way in which the Earth System works, resulting in a stable

[19] Azote for Stockholm Resilience Centre, based on analysis by Richardson et al, 2023.
[20] Common Home of Humanity, 2024 (schematic).
[21] Rockstrom, 2009.

climate — it is also necessary to define its character, classify it, and understand how it relates to the static territorial character of sovereignty.

When we refer to the pattern of relatively stable functional dynamics of the Earth System that corresponds to a stable climate, we are not referring to "matter" or the physical planet, but rather to the way in which matter and energy move and circulate around the planet. Matter is always changing through chemical reactions and physical processes — and, in the long term, through biological evolution. But the patterns and rates of these changes and their interactions that form higher-order structures, such as ecosystems, follow well-defined patterns of organization and stability. On a planetary scale, the ways in which matter and energy move around the planet, creating various patterns of atmospheric and oceanic circulation, follow the laws of thermodynamics and result in a stable climate. A stable global climate is something that can only be legally classified as an intangible natural good [22].

At the beginning of the 18th century, the law had to evolve and find solutions to recognise the enormous importance of intangible goods, so essential to the organisation of human societies. Even today, the most relevant case is the protection of intellectual property, without which today's knowledge society would not be possible. However intangible legal assets are not limited to human intellectual creations and have already extended to natural phenomena, such as geostationary orbits or radio-magnetic frequencies, within space law. Why is it not possible to recognise a certain pattern of atmospheric and oceanic circulation, which corresponds to a stable climate, as an intangible natural asset?

4. THE PROBLEM OF BELONGING TO NO ONE

When the possibility that the impacts of human activities could lead to changes in the climate was raised and this issue entered in the international agenda, it was still impossible to define and quantify indicators that could translate the functional aspect's state of operation, i.e., its stability or instability. Despite these difficulties, and based on a correct interpretation of the objectives, on September 12th,

[22] Magalhães & Steffen, 2021.

1988, Malta proposed integrating climate into the legal regime of the CHH [23]. However, in the absence of definition and operationalisation instruments, with Resolution No. 43/53 of December 6th, 1988, the UNGA chose not to recognise the existence of a true common good (climate) to be managed jointly, but instead to address the issue by considering "climate change as a Common Concern of Humankind" [24]. By recognising "climate change as concern", the climate — or, more specifically, the climate system — remained in an undefined legal situation, without being granted its own status, i.e., it continued to be treated as nobody's stuff. International Law treats areas that belong to no one as *res nullius*: "The 'state of nature' for the global commons is *res nullius*" [25].

With this status of not belonging to anyone, the first structural condition for the Tragedy of the Commons emerges [26].

The oceans and atmosphere have become the garbage dumps of the industrial age, and the phenomenon of global warming, only recently validated by scientific regimes, has yet to find an effective legal instrument to recognize the seriousness of its threat. Legally described as non-state space, outside territorial sovereignty, the global commons are not protected as domains that belong to everyone, res communis. *Instead, international Law treats them as domains that belong to no one,* res nullius *(...). Given their common property structure in International Law, the global commons appear to be corrupted beyond our ability to correct this fatality* [27].

The current inability to represent the planet's functional dimension and the dysfunctionality arising from taking a static approach to a profoundly dynamic object lie at the root of undefined concepts, such as the Common Concern of Humankind — which was the solution found to circumvent the existing *theorizing gap* and which perpetuates the genetic problems identified since its conception:

> *It is very important that the concept of the Common Concern of Humankind is further elaborated to make its content and scope understandable and clear; it is also important to see how this*

[23] UNGA, 1988, p. 2.
[24] UNGA, 1988.
[25] Vogler, 1995, p. 17.
[26] Hardin, 1968.
[27] Milun, 2018, p. 5.

concept can be interpreted in terms of the rights and obligations of States in the process of its implementation [28].

The ILC itself rejected the use of this concept on the grounds that "the concept was vague and controversial, and its content was not only difficult to define, but also subject to various interpretations" [29]. The problem is that, since the only object from which these rights and duties could emerge — the climate system — does not belong to anyone — it is *res nullius* — then, neither the rights that should result from the fulfilment of benefits in this good, nor the duties that should result from the use/depreciation of the common good are recognised.

5. THE POSSIBILITY OF RECOGNISING THE FUNCTIONAL ASPECT, WITHOUT DECONSTRUCTING THE NATION-STATE

A more detailed analysis of the dysfunction between the global and indivisible functional system and the static territorial institution of sovereignty, points to a paradox rather than a situation of incompatibility: while it is true that States exercise complete and exclusive sovereignty over territories, it is equally true that no State can exercise any sovereign power in isolation over the components of the Earth System that circulate throughout the planet, both within and beyond all sovereignties. However, all States influence and are influenced by these components, which determine how the system functions, as the system serves as the biophysical support for all sovereignties, upon which they all depend. We are facing a situation of profound interdependence that has not yet been structured and which must be harmonised.

The problem of reconciling apparently opposing interests — private and common — is not new in the legal sciences. It has been structured through a private law figure that defines the situation in which a materially indivisible thing, or a thing with a unitary structure, belongs to several co-owners, each of whom has private or exclusive property rights over certain fractions and while also co-owning the components of the building that comprise its structure and common functions. This legal figure is known as a "condominium". It

[28] Tolba, 1991, pp. 237-246.
[29] ILC, 2015.

is precisely by distinguishing between different types of ownership over the same materially undivided asset that this form of "complex ownership" can harmonise different private and common interests, making this overlapping of properties perfectly symbiotic. The legal operation is not just a mere division of spaces, but there is a prior division based on qualitative and functional criteria, which identifies common structures and systems (electricity, water, stairs, roof, etc.), that are essential for the proper functioning of the building and the full use of private properties. Therefore, an operation is carried out to identify the functional elements which, due to their role in enabling the enjoyment of private property, are inevitably common. Only after this functional operation are the spaces divided. The result is an overlap between the "space" that corresponds to private property and the "functional system" that corresponds to common property. This arrangement also implies that the components of the building that perform functions of common interest are located within private spaces, yet remain governed by the legal regime of *res communis*.

This means that the functional aspect is decisive in defining the legal regime of the various components of the building and that the functions of common interest are compatible with the exercise of private property, even if they overlap. Moreover, these functions are not only compatible, but essential: without the proper functioning of the common system, the full exercise of property rights becomes unattainable.

The functional analysis carried out by the condominium framework may prove invaluable in adequately describing the interplay between the planet's functional dynamics and the static territorial character of sovereignty. Bearing in mind the functional unity of the Earth System — the functioning of which is influenced by all the natural infrastructures that exist within and beyond sovereignties, as well as by all human activities — it becomes essential to invert the starting point of analysis: the good that is truly common is never a determined component of the Earth System/ecosystem located inside a State, over which sovereign powers or private property rights are exercised, but rather the system as a whole — the intangible software.

In this way, by using the approach of an Earth Condominium model [30] the functions of common interest that ecological infrastructures perform in the functioning of the climate system and which are

[30] Magalhães, 2007.

located within States could be made legally visible and economically accountable. Currently, these "ecosystem services" disappear into the global legal void that results from the fact that the climate system is nobody's stuff — *res nullius* — making it impossible to recognise and internalise in economies the real creation of vital wealth that ecosystem services represent for human societies.

If the software that corresponds to a stable climate is recognised as an Common Heritage of Humanity. This means that the functional dimension of our planet would be recognized as a legal object under international law, belonging to all of humanity. Therefore, the functional aspect — the planet's major circulation systems (oceans and atmosphere) — would no longer be humanity's garbage dump. As Alexander Kiss [31] explains so well: "How can a good that belongs to no one, be subject to a legal regime?"

The transition from the current status of *res nullius* to a status of *res communis* would mean that all the impacts — both benefits and damage — caused by international community on this intangible asset should correspond to rights and obligations between all States. In other words, static territorial sovereignty over the territory of each State would not only be maintained, but would be extended to the global functional system, which would be exercised in a multilateral and shared manner. This approach would enable the creation of a legal framework that generates rights and duties, in which each State would then have a say over the components that circulate throughout the Earth System and affect its sovereignty. Additionally, it would facilitate the establishment of a collective system to ensure the restoration and maintenance of the proper functioning of the common system.

6. THE IMPLICATIONS OF THE DEFINITION OF CLIMATE SYSTEM IN THE 1992 RIO CONVENTION

6.1. The "functional aspect" of the planet and the 1992 Rio Convention

Although the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) [32], in its own name, states that "the object of

[31] Kiss, 1982, pp. 103-256.
[32] United Nations Organization, 1992.

the Convention is the problem — climate change", this convention makes a huge contribution to the definition of the "functional asset" that aims to ensure its conservation and maintenance.

In Article 1(3) of the 1992 Framework Convention, the climate system is defined as "the whole of the atmosphere, hydrosphere, biosphere and lithosphere and their interactions". This text abstractly defines a set of components with different characteristics, excluding from this approach the territorial dimension of these components and their concrete legal statuses. Thus, this approach relies solely on scientific criteria, defining the whole by listing its components, with an emphasis on the most important aspect: their interactions. Climate is precisely a phenomenon that emerges from the interactions between these components, and this is where the scientific relevance of this legal document lies to a large extent:

Emergent phenomena can be seen as a process in which "spontaneous" order emerges within the system. They occur when the combination of different elements results in the formation of patterns of interaction between them. When the established order is lost, entering a situation of unstructured chaos, a new structure can emerge [33].

In the particular case of climate, the established order refers to the pattern of circulation of matter and energy across the planet formed after the last glaciations, which following the well-defined patterns of organisation of physical laws resulted in a relatively stable climate. When these patterns of thermodynamic stability are disrupted, atmospheric and oceanic circulation is altered, leading to a state of unstructured chaos: climate change. As noted, "Climate and, in particular, global average surface temperature are an emergent property of the dynamics of the Earth System, which affects the entire planet" [34]. The fact that a stable climate corresponds to a certain pattern of functioning of the entire Earth System — and that this pattern is an emergent phenomenon resulting from interactions between all its components — establishes a stable climate as a *proxy* for the overall state of functioning of the Earth System itself.

But while Article 1(3) divides and lists the different components, detailing the functions that result from their interactions, Article 1(7) addresses another concept that is central to the science of the Earth

[33] Miller & Swinney, 2001.
[34] Steffen, 2021, pp. 1-13.

System. It refers to the integration of these components and their respective functions, defining the "reservoir as the set of these components of the climate system, where greenhouse gases are stored". This definition encapsulates all components within a single concept — where the functions are interconnected in a "single complex system that exists in well-defined states" [35].

The systemic and unitary vision of the 1992 Convention is embedded in Article 2 — *Objective*, which reflects on the structure and objectives of the Convention itself: "the ultimate objective of this Convention (…) is to achieve (…)stabilization of greenhouse gas concentrations in the atmosphere at a level that would prevent dangerous anthropogenic interference with the climate system" [36]. This establishes the Convention's primary goal as maintaining the functioning of the climate system in a state of equilibrium, with the criteria for achieving this objective being the regulation of total greenhouse gas (GHG) concentration levels in the atmosphere, i.e., accumulated *stock*, and not just total *flows*.

6.2. The total concentrations of the 1992 Rio Convention or the emissions limit of the Paris Agreement?

The objective of the Convention, defined in Article 2, focuses its strategic axis on the chemical composition of the atmosphere and total concentration of GHGs, including not only current *flows*, but also the *stock* already accumulated in the atmosphere, by historical GHG emissions, since the onset of the Industrial Revolution. On the other hand, the objective set out in the Paris Agreement is to achieve a "global ceiling on GHG emissions", i.e., it is limited to a strategy focused on *flows*. Although this difference may seem irrelevant, it is absolutely structural in the strategy to fight climate change. The Paris Agreement has focused its strategy on a voluntary emissions control system — *flows* — forgetting that the atmosphere and oceans, as central components of the Reservoir defined in the 1992 Convention, are already close to saturation point. The Paris Agreement aims to limit GHG emissions *flows* but fails to address the alarming reality that, from a *stock* perspective, we are already above the safe limit. Any strategy that aims to be effective and relevant must take

[35] Steffen, 2015, p. 2.
[36] United Nations Organization, 1992.

into account the relationship between *stock and flows*, as Elinor Ostrom explains [37]:

> *Appropriation problems are centred on the allocation of flow, supply problems concern* stock. *Appropriation problems are independent of time; supply problems depend on time. (...) Both problems are always present in the management of a common good, to a greater or lesser extent, and therefore the solutions to one problem must be congruent with the solutions to the other.*

Generating positive collective action on a global scale involves addressing the dual challenge of managing a common good and providing a public good. This entails increasing the *stock of* the public good, e.g. by reducing the concentration of CO_2 in the atmosphere. Placing the *stock* as the central axis of action, represented by the "reservoir" in the atmosphere where CO_2 initially accumulates, implies rethinking the nature of generating global public goods and/or the inherent benefits they yield.

While reducing *flows* is positive and necessary, it is not sufficient to achieve climate equilibrium. The sufficient condition is related to the total *stock* of CO_2 accumulated in the component of the climate system — the atmosphere — which has been increasing as a result of the accumulated effect of current and historical emissions. Not only must this *stock* not increase, but it must decrease until it is below the maximum threshold of CO_2 in the atmosphere that guarantees a stable climate (350ppm). This indicator, overlooked in the Paris Agreement, was central to the 1992 Framework Convention.

When the concentration of CO_2 has long exceeded the safety limit, an emission reduction system alone is insufficient. "The world must therefore commit to a combination of reductions and gross removals of emissions that remains within a carbon budget of 500Gt of CO_2" [38]. The problem is that "there are currently no economic mechanisms designed to pay for negative emissions" [39] of CO_2. Consequently, CO_2 removal efforts have essentially served to neutralise current emissions and keep high-CO_2 emitting industries afloat. These facts are already recognised by the *European*

[37] Ostrom, 1999, p. 47.
[38] CTE, 2022, p. 8.
[39] E&CIT, 2018.

Scientific Advisory Board on Climate Change [40] which states that the removal of CO_2 from the atmosphere:

> "*... poses a dilemma for policymakers, as they need to find ways to encourage a sustainable increase in carbon removal while avoiding the risk of discouraging greenhouse gas emission reductions in different sectors through more conventional means*".

Thus, the "central message is that carbon removals must play a role in climate change mitigation strategies in *addition to, and not instead of*, rapid decarbonization efforts, starting today" [41].

To overcome this dilemma and make it possible to start actively removing CO_2, it is necessary to *enable* CO_2 *removal without directly compensating for the emission*, by cleaning up the atmosphere. For this to be possible, we will have to distinguish between reduction, neutralisation and removal in the context of flow *and stock*.

REDUCTION IN CURRENT EMISSIONS: Flow

Objective: Mitigate — Reduction

Result: Prevent the situation from worsening

Legal framework *(Concern)*: Reduction of a negative externality

Consequences: Generates credit on the Carbon Market — right to make a new emission

NEUTRALISATION OF CURRENT EMISSIONS: Flow

Objective: Mitigate — Neutralise

Result: Prevent the situation from worsening

Legal framework *(Concern)*: Removal of a negative externality

Consequences: Net Zero

REMOVAL OF EXCESS CO_2: *Stock*

Objective: Removal without emission (negative emission)

Result: Decrease in total CO_2 in the atmosphere

Current framework *(Concern):* Positive externality (not internalised)

Consequences: Does not generate rights

[40] ESABCC, 2023, p. 81.
[41] Ostrom, 1999, p. 47.

Future Framework ***(Equity):*** Positive externality (internalised)

Consequences: Generates the right to compensation for the benefits performed in Common Heritage *stock*

The distinction between *flows* and *stocks* is absolutely fundamental for the permanent reduction and control of the concentration of greenhouse gases in the atmosphere. The essence of making this distinction lies in the way in which any removal of CO_2 is accounted for: whether it is accounted for as a credit that neutralises a current emission (flow), or alternatively, as a reduction to the CO_2 already in excess accumulated in the *stock*, that is, in the "Reservoir" [42]. This means that, in order to achieve negative emissions, a legal status needs to be assigned to the good where the emissions are accumulated — the climate system — so that rights and duties can emerge from this new object of International Law.

6.3. *Flows* and *stock* and the principle of common but differentiated responsibilities

The combination of current *flows* and accumulated *stock*, creating congruent rules between the appropriation and provision of the common good [43], is an unavoidable issue as the climate issue leads us to the inevitable "discussion about inequalities that must be taken into account in order to articulate an effective response" [44].

As Ostrom explained, "the problems of provision depend on time", *stock* is related to time and the first principle of the 1992 Convention, Article 3(1), mirrors this reality:

> *The Contracting Parties should protect the climate system for the benefit of present and future generations of humankind, on the basis of equity and in accordance with their common but differentiated responsibilities and respective capabilities. Accordingly, the developed country Parties should take the lead in combating climate change and the adverse effects thereof.*

The question *is "whether individuals or nations that have emitted greenhouse gases in the past should be held responsible for their pollution (...) and whether they should be required to repair the*

[42] United Nations, 1992.
[43] Ostrom, 1999, p. 181.
[44] Oliveira, 2019, pp. 155-180.

damage caused by their pollution" [45]. The argument for holding nations responsible for past emissions has received substantial attention in the literature, *often cited* as a first principle of climate justice: "When, in the past, one party has taken an unfair advantage of others by imposing costs on them without their consent, those who have been unilaterally disadvantaged are entitled to demand that, in the future, the offending party assumes burdens that are unequal, at least to the extent of the unfair advantage previously taken, in order to restore equality [46]". Doctrine has put forward two theories of responsibility for past emissions based on two distinct assumptions [47]:

> *(i) Emissions made in the past by individuals from one nation have unfairly harmed, or will unfairly harm, individuals from other nations;*
>
> *(ii) Individuals or nations that have emitted in the past, have used more than their fair share of the atmosphere's limited capacity to absorb carbon dioxide.*

Briefly, while the first one is based on a conventional theory of corrective justice — essentially aimed at repairing the damage caused- the second is based on a theory of responsibility for overuse, which implies equal ownership of all limited resources [48] and frames distributive justice as a matter of equitable resource sharing. In the complex scenario of climate change, marked by diffuse emissions, global-scale damage, and the cumulative effects of a centuries-long process of emissions, it is impossible to establish a causal link between a particular historical or current emission and a particular damage. Furthermore whoever generates the damage is also partially affected by it. These conditions raise several challenges for both theories, among which doctrine has highlighted the following [49]:

> (1) The way in which current generations may or may not be responsible for damage inflicted by previous generations,;

[45] Idem.
[46] *Shue, Henry, 1999, Global Environment and International Inequality, International Affairs 75, 531-545, p.534.*
[47] Hayner, M. & Weisbach D. (2016). Two Theories of Responsibility for Past Emissions of Carbon Dioxide. In Midwest Studies in Philosophy, XL, pp. 96-113.
[48] Idem.
[49] Idem.

(2) Whether individuals/nations can be held responsible for emissions before they could reasonably have known that the emissions were harmful;

(3) The problem of the non-identity of receiver — emitter;

(4) Can the responsibility be imposed collectively?

In other words, it's not enough to distribute the blame for the "degradation" of the atmosphere/oceans between countries: *"To determine responsibility according to these theories, we need to know (1) who acted wrongly in the past and to what extent, (2) the extent of the damage caused by the wrongful actions and (3) which nations were affected by the damage and to what extent* [50]".

We are therefore entering a nebula that has thus far been addressed by the "principle of common but differentiated responsibilities and respective capacities" [51].This principle suggests that "in order to overcome the challenge of the climate crisis, each country must be given a responsibility that is proportional to its economic capacity" [52]. This reflects (...) an "*ability to pay principle*"(...), which imposes a responsibility, even if veiled, on everyone" [53], translating into a logic of cost-sharing efforts to reduce current emissions (*flows*) while omitting the issue of historical emissions (stock) and the pressing need to remove them.

Because this second theory assumes the prior existence of equal ownership of a limited resource [54] — and that the resulting "harm" translates in the violation of a prior right to an equal share of a limited resource [55]— we are dealing with an approach that takes into account patterns of appropriation over time, which have led to overuse beyond what would be considered an equitable share.

---

[50] Idem.

[51] United Nations Organization (1992). United Nations Framework Convention on Climate Change. New York, May 9, 1992. https://unfccc.int/process-and-meetings/the-convention/history-of-the-convention/convention-documents.

[52] Shue, H. (2014). Climate Justice: Vulnerability and Protection. Oxford University Press. p. 61).

[53] Shue, H. (2015). Historical Responsibility, Harm Prohibition, and Preservation Requirement: Core Practical Convergence on Climate Change. In *Moral Philosophy and Politics*, 2(1), pp. 7-31.

[54] Hayner, M. & Weisbach D. (2016). Two Theories of Responsibility for Past Emissions of Carbon Dioxide. In *Midwest Studies in Philosophy*, XL, pp. 96-113.

[55] Idem.

In this sense, the theory adds a temporal dimension to the principles of distributive justice, allowing responsibility to be extended not only to current emissions (*flows*), but also to the state of the accumulated stock. Moreover, the requirement to define equitable ownership helps to address one of the key structural conditions identified to overcome the fatality of the "**theory of collective inaction"** [56] and the tragedy of the commons [57]: the insufficient delimitation of property rights…

This theory has so far been denied by the doctrine on the grounds that "If nations are to be held responsible for past unequal uses of the atmosphere, but not for past unequal uses of any other limited resource, a theory of equality must be put forward to justify why the atmosphere is simply special." In this view, "any limited resource on Earth would be subject to a theory of equal ownership of all limited resources (e.g. oil, arable land), which few theories of justice would support [58].

Based on the critical distinction introduced by ILC, it is now possible to invoke this "special" character not only of the atmosphere, but also of the two major circulation systems where CO_2 accumulates. Since this *software of the planet* does not have a defined legal status and consists of a natural phenomenon with global, indivisible, functional and intangible characteristics — fundamentally different from the static and tangible character of the territory — it becomes legitimate to invoke a theory of an equal ownership of the functional aspect of the planet. In this view, Climate is understood as the Common Heritage of Humankind: operational mode of a non-territorial asset (or one whose territory is the planet) with an intangible, indivisible and non-appropriable (though depreciable) character. One where everyone can affect positively or negatively its state of functioning, and therefore, are not comparable with the limited resources that are located within State jurisdictions, which already have clearly defined legal statutes. An important step towards changing

[56] Ostrom, E., et al. 1999. Revisiting the Commons: Local Lessons, Global Challenges. Science 284 (5412). Maio de 1999. 278-282. https://www.researchgate.net/publication/13102089_Revisiting_the_Commons_Local_Lessons_Global_Challenges.

[57] Hardin, G. (1968). The Tragedy Of The Commons, Science, 162(3859), pp. 1243-124.

[58] Hayner, M. & Weisbach D. (2016). Two Theories of Responsibility for Past Emissions of Carbon Dioxide. In *Midwest Studies in Philosophy*, XL, pp. 96-113.

this current legal framework was enshrined in Article 15(f) of the Portuguese Climate Law [59], which establishes the objective of recognizing a stable climate as Common Heritage of Humankind at the United Nations. This provision paves the way for an international multilateral process aimed at developing a legal framework that represents the planet's functional reality — the capacity of supporting life — as a common good to be managed in the interests of all humanity and future generations.

BIBLIOGRAPHY

Borg, Simone (2007). Climate Change as a Common Concern of Humankind, Twenty Years Later…From UNGA to UNSC. Seminar Towards an Integrated Climate Change and Energy Policy in the European Union. *IUCN Academy of Environmental Law, University of Malta*, May 4.

Brunnée, Jutta (1998). The Challenge of International Law: Water Defying Sovereignty or Sovereignty Defying Reality? *Revista Nação e Defesa 2* (86): 51-66 http://hdl.handle.net/10400.26/1501.

Camilleri, Joseph A. & Falk, Jim (1992). The End of Sovereignty? The Politics of a Shrinking and Fragmenting World. *Aldershot: Edward Elgar Publishers*.

Cran-McGreehin, Simon (2018). Negative Emissions: Why, What, How? *Energy & Climate Intelligence Unit*, September 17. https://eciu.net/analysis/briefings/net-zero/negative-emissions-why-what-how.

Energy Transitions Commission (ETC) (2022). Mind the Gap: How Carbon Dioxide Removals Must Complement Deep Decarbonization to Keep 1.5.ºC Alive Report. https://www.energy-transitions.org/new-report-mind-the-gap-cdr/.

Elderson, Frank (2023). The Economy and Banks Need Nature to Survive. *The ECB Blog*, June 8. https://www.ecb.europa.eu/press/blog/date/2023/html/ecb.blog230608~5cffb7c349.en.html.

European Environment Agency (2023). Scientific Advice for the Determination of an EU-Wide 2040 Climate Target and Greenhouse Gas Budget for 2030-2050. *European Scientific Advisory Board on Climate Change*. https://data.europa.eu/doi/10.2800/609405.

Falk, Richard (1983). On the Recent Further Decline of International Law. In Legal Change: Essays in Honour of Julius Stone, edited by *A.R. Blackshield*. Sydney: N.P.

Falk, R. (1970). The Status of Law in International Society. *Princeton University Press*. ISBN: 9780691647982.

Hardin, Garret (1968). The Tragedy of the Commons. *Science* 162 (3859): 1243-1248. https://www.jstor.org/stable/1724745.

[59] Portugal. Law no. 98/2021 — Basic Climate Law (LBC) (2021). Portuguese Official Gazette No. 253/2021, Series I of 2021-12-31, 5-32. https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/98-2021-176907481.

Hartzog, Paul (2003). *Global Commons: Is Definition Possible?* Monograph. Department of Political Science, University of Utah.

International Law Commission (ILC) (2015). Protection of the Atmosphere: Texts and Titles of Draft Conclusions 1, 2 and 5, and Preambular Paragraphs/Provisionally Adopted by the Drafting Committee on 13, 18, 19 and 20 May 2015. International Law Commission (67th Session, 2015, Geneva). Drafting Committee. United Nations, May 22, 2015. https://digitallibrary.un.org/record/802490.

International Law Commission (ILC) (2021). Report A/76/10 — Report of the International Law Commission. United Nations, 72nd Session, No. 10: 29. https://legal.un.org/CDI/reports/2021/english/a_76_10_advance.pdf.

Kiss, Alexandre-Charles (1982). La notion de patrimoine commun de l'humanité. *Recueil des cours de l›Académie de La Haye* 175: 103-256. https://doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789024728169_02.

Magalhães, Paulo (2016). A New Object of Law: Attempt for a Legal Construction. In *The Safe Operating Space Treaty. A New Approach to Managing the Use of the Earth System*, organized by Paulo Magalhães, Will Steffen, Klaus Bosselmann, Alexandra Aragão & Viriato Soromenho-Marques. *Cambridge Scholars Publishing*. Newcastle. 131-171.

Magalhães, Paulo (2007). The Earth Condominium — From the Climate Change to a New Juridic Conception of the Planet. Coimbra. *Edições Almedina*.

Magalhães, Paulo, et al (2013). From the Cultural Immaterial towards the Natural Intangible. Conference: Educating for the Common Heritage. *Serralves Foundation*.

Magalhães, Paulo & Steffen, Will (2021). Why We Need a Critical Legal Innovation to Save Our Climate. *Common Home of Humanity*. https://www.commonhomeofhumanity.org/climate.

Miller, Iona & Swinney, Graywolf (2001). Chaos Theory and Complex Dynamical Systems: Its Emergence in Human Consciousness and Healing. *Ionasphere,* October 4, 2001. http://www.oocities.org/iona_m/ChaosTheory/CTintro.html.

Milun, Kathryn (2018). The Political Uncommons: The Cross-Cultural Logic of the Global Commons. London: *Routledge*. https://doi.org/10.4324/9781315237725.

Oliveira, André Soares (2019). The leadership of developed countries in the Paris Agreement: reflections on the *Naming and Shaming* strategy within the Global Balance Sheet. *Sequência Estudos Jurídicos e Políticos* 40 (81): 155-180. http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2019v40n81p155.

Ostrom, Elinor (2009). A Polycentric Approach for Coping with Climate Change. *World Bank Policy Research Working Paper 5095*. https://ssrn.com/abstract=1494833.

Ostrom, Elinor et al (1999). Revisiting the Commons: Local Lessons, Global Challenges. *Science* 284 (5412): 278-282. https://www.researchgate.net/publication/13102089_Revisiting_the_Commons_Local_Lessons_Global_Challenges.

Pardo, Arvid (1967). Document A/6695 — Address by Arvid Pardo to the 22nd Session of the General Assembly of the United Nations. In *Official Records of the General Assembly 22nd Session, Item 92*. https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/pardo_ga1967.pdf.

Pardo, Arvid (1975). The Common Heritage of Mankind: Selected Papers on Oceans and World order 1967-1974. *Malta University Press*. Malta.

Portugal. Law No. 98/2021 — Basic climate law (LBC) (2021). Portuguese Official Gazette No. 253/2021, Series I of 2021-12-31, 5-32. https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/98-2021-176907481.

Pureza, José Manuel & Paula D. Lopes (1998). Water between sovereignty and the common interest. *Revista Nação e Defesa* pp.86: 87.

Rockström, Johan, et al (2009). A Safe Operating Space for Humanity. *Nature* 461: pp. 472-475. https://doi.org/10.1038/461472a.

Shue, Henry. (2014). *Climate Justice: Vulnerability and Protection*. Oxford University Press. p. 61).

Shue, Henry. (2015). Historical Responsibility, Harm Prohibition, and Preservation Requirement: Core Practical Convergence on Climate Change. In *Moral Philosophy and Politics*, 2(1), pp. 7-31.

Steffen, Will & Morgan, Jamie (2021). From the Paris Agreement to the Anthropocene and Planetary Boundaries Framework: An Interview with Will Steffen. *Globalizations* 18 (7): 1298-1310. https://doi.org/10.1080/14747731.2021.1940070.

Steffen, Will et al (2015). Planetary Boundaries: Guiding Human Development on a Changing Planet. *Science* 347 (6223). https://www.science.org/doi/10.1126/science.1259855.

Tolba, M. (1991). The Implications of the 'Common Concern of Mankind' Concept in Global Environmental Issues. *IIDH Journal* 13: 237-246. http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/13/doc/doc27.pdf.

United Nations General Assembly (UNGA) (2018). Report A773/419 — Gaps in International Environmental Law and Environment-Related Instruments: Towards a Global Pact for the Environment. Report of the Secretary-General. United Nations General Assembly 73rd Session, item 14, November 30. https://www.commonhomeofhumanity.org/_files/ugd/deeae3_0054f53a156a46989d5b84bb50ca5eb9.pdf.

United Nations General Assembly (UNGA) (1988). Resolution A/43/53 — Protection of Global Climate for Present and Future Generations of Mankind: Resolution/Adopted by the General Assembly. In Resolutions and Decisions Adopted by the General Assembly During its 43rd Session, Volume 1, September 20-September 22, 133-134. A/43/49 (GAOR, 43rd sess., Suppl. no. 49). https://digitallibrary.un.org/record/54234.

United Nations Organization (2023). BBNJ AGREEMENT. Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction. New York, June 19, 2023. https://treaties.un.org/doc/Treaties/2023/06/20230620%2004-28%20PM/Ch_XXI_10.pdf.

United Nations Organization (1992). *United Nations Framework Convention on Climate Change*. New York, May 9, 1992. https://unfccc.int/process-and-meetings/the-convention/history-of-the-convention/convention-documents.

Vogler, John (1995). *The Global Commons: A Regime Analysis*. New Jersey: Wiley.

APPOINTMENT OF ARBITRATORS
IN DEFENCE OF THE "NATURAL ARBITRATOR"

Paulo de Tarso Domingues *

Table of contents: 1. The importance of the appointment of arbitrators. 2. Axial principles to be observed: equality of arms and due process. 3. Equality of arms: the method of appointing arbitrators in multilateral arbitrations (The *Dutco* decision). 4. Appointment of arbitrators by a neutral party. 5. The natural arbitrator as a guarantee of due process. 6. Proposed method for appointment of the natural arbitrator.

Abstract: In this article, I will argue that the figure of the "natural arbitrator" or random arbitrator — i.e., the arbitrator drawn by lots, albeit with limits as to the persons that can be drawn — is a necessary and essential condition to ensure a fair trial and the principle of equality of arms.

Keywords: arbitrators' appointment; natural arbitrator; random arbitrator; principle of equality of arms; due process.

1. THE IMPORTANCE OF THE APPOINTMENT OF ARBITRATORS

As a rule, the process of appointing an arbitral tribunal is as follows: each party nominates an arbitrator, and then these two arbitrators appoint the third one, who will act as chair.

* Professor of Business Law at the Faculty of Law of the University of Porto, Portugal. Arbitrator. Integrated Researcher at CIJ.

Therefore, the parties play an important role in the constitution of the arbitral tribunal, inasmuch as each of them has the power to nominate a member of the Arbitral Tribunal that will settle the dispute.

At first glance, one might imagine that the appointment of an arbitrator is a minor issue, since all arbitrators must be impartial and independent, including those appointed by the parties. In fact, all arbitrators are bound to perform their duties in accordance with these principles of independence and impartiality [1].

The truth is, however, that a party's nomination of *its* arbitrator is one of the most significant decisions within arbitration proceedings.

One cannot ignore that, when appointing an arbitrator, a party is always interested and biased. Indeed, parties do not seek justice, but to win the dispute. Therefore, the party will attempt to nominate an arbitrator who is known to share certain views (and never, for example, an arbitrator who has previously ruled against the argument that the party in question is pursuing in the proceedings), and one who is recognised as being persuasive or having *auctoritas*, in order to influence the Arbitral Tribunal. Additionally, the party may also try to nominate someone who is willing to discuss and exchange viewpoints throughout the arbitration proceedings [2] and even, in more serious cases, an arbitrator whose decisions and positions can be influenced during the process. Finally, and in addition to all this, each party will want an arbitrator who appears to be independent.

In other words, each party will seek the best arbitrator possible, not for the arbitration proceedings, but for itself, as an interested party in the outcome of the dispute [3].

In any case, and even if the appointed arbitrator does not have the above-mentioned characteristics, typically — as is the nature of things — as competent and as correct as the arbitrator may be, he

---

1 Any lack of independence and impartiality on the part of an arbitrator — even if the arbitrator is nominated by one party — will be grounds for annulment of an arbitral award.

2 Even though, as a rule, the deontological rules forbid communication between arbitrators and parties.

3 Paraphrasing a well-known arbitration expert, that arbitrator will be the one that has the greatest predisposition for favouring the client, but comes over as the least biased. See MARTIN HUNTER, "Ethics of the international arbitrator", Arbitration, vol.53, 1987, pp. 222-223, according to which the party, when nominating an arbitrator, looks for someone "with maximum predisposition towards [the] client, but with minimum appearance of bias".

will be more receptive to taking into account and to pursuing the interest of the party that nominated him.

A study produced in the USA has found that arbitrators suffer from a "cognitive predisposition to favor the appointing party" [4]. The study was based on a survey of over two hundred and fifty arbitrators from all around world, who were asked to comment on the apportionment of costs in a hypothetical arbitration proceeding. The participants were randomly informed that they had been appointed to act as arbitrators by one of the parties or by a joint agreement of the parties, or simply that they had been nominated as arbitrators, without any information concerning who appointed them. Although this was a hypothetical situation and the question concerned only the costs of the proceedings, the participants who were told they had been appointed by one of the parties tended to allocate the costs exclusively to the party that had not appointed them, in a substantially higher number, compared to those who had not been given such information.

Following this study, one can affirm, with some degree of certainty, that there is an implicit predisposition, an implicit and unconscious bias of the arbitrator to favour the party that appointed him, no matter how hard he tries to maintain his independence and impartiality [5].

Hence, the appointment of an arbitrator by a party is not (at all) indifferent for arbitration proceedings, and, therefore, it is essential to ensure the independence and impartiality of the members of the arbitral tribunal (or, at the very least, to attempt to) — as is required by the *leges artis* — and to guarantee the principle of equality of arms in their appointment.

2. AXIAL PRINCIPLES TO OBSERVE: EQUALITY OF ARMS AND DUE PROCESS

Indeed, it is essential to recall that one of the key principles of arbitration is the principle of equality of arms, the violation of which may lead to the annulment of the award.

[4] See Sergio Puig/Anton Strezhnev, "Affiliation bias in arbitration: an experimental approach", Arizona Legal Studies, August 2016, that can be read at « https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2830241», p.1.

[5] This situation will be less likely to happen when the arbitrator is appointed by a third party rather than by the party itself, according to this study.

This principle is applicable throughout the entire arbitration proceedings, which includes the preliminary phase of the arbitrators' appointment.

As is the case with State justice, arbitral justice must ensure a fair trial, with due process. Moreover, "the impartiality of the arbitrators represents, alongside independence, a minimum requirement of due process" [6]. In other words, due process necessarily involves independent arbitrators. It is therefore essential to examine whether the method of appointing arbitrators safeguards the fundamental principles of arbitration (equality of arms and due process).

3. EQUALITY OF ARMS: THE METHOD OF APPOINTING ARBITRATORS IN MULTILATERAL ARBITRATIONS (THE *DUTCO* DECISION)

To fully understand this issue — in particular, with regard to the equality of arms in the appointment of arbitrators — we must analyse the evolution and current legal method of appointing arbitrators in multiparty proceedings.

The method for appointing arbitrators explained above was obviously conceived for bilateral arbitrations, *i.e.*, those involving two parties or two blocks of parties. It is not suitable for multilateral arbitrations, since, in those cases, it is not possible to allow each party to nominate an arbitrator, unless the parties reach an agreement on this. Thus, there was a need to address and solve the problem of how to appoint arbitrators in multilateral arbitrations, in order to ensure the principle of equality of arms between parties in these situations as well.

The first case to highlight this issue was the famous *Dutco* decision of the *Cour de Cassation* (the French supreme court), of 7 January 1992 [7]. This case had an impact, to a greater or lesser extent, on subsequent laws and arbitration rules on this matter.

The *Dutco* case was related to the construction of a cement plant in Oman. The case was between the company *Dutco*, on one side,

---

[6] Miguel Galvão Teles, "A independência e imparcialidade dos árbitros..." p. 258 (our translation). See also Article (6) of the European Convention on Human Rights.

[7] This decision can be read at https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007028100.

and two other companies, Bkmi and Siemens, on the other. The agreed arbitration clause established that the proceedings would take place in the International Chamber of Commerce (ICC) before a tribunal composed of three arbitrators. At that time, the ICC arbitration rules specified that, in multiparty arbitrations, each side had to appoint its respective arbitrator. If the parties on the same side were unable to reach an agreement, their arbitrator would be appointed by the ICC itself. Since the respondents could not reach an agreement concerning the appointment of the arbitrator, the ICC appointed the arbitrator, with a reservation and objection being expressed by one of the respondents, since it considered that constituting the tribunal in such terms breached the principle of equality of arms. Upon delivery of the arbitral award, a challenge was presented on that same legal basis. These claims were dismissed by the lower courts.

The *Cour de Cassation*, however, decided differently. It considered that if the claimant had the right to appoint its arbitrator, each of the respondents should have the same right. If such equal treatment is not possible, all of the arbitrators should be appointed through an equal procedure (*i.e.*, neither of the sides should have the right to appoint its arbitrator, which implies that all of the members of the arbitral tribunal should be appointed by the ICC). Additionally, the *Cour de Cassation* considered that constituting the tribunal in those terms was a violation of the principle of equality in the appointment of the arbitrators, which was considered a principle of public policy. The Court also ruled that this principle could not be waived in advance (*i.e.*, before the beginning of the dispute).

The *Dutco* decision — according to which the inability to ensure the appointment of arbitrators in absolute identical terms violates the principle of equality of arms, and, consequentially, jeopardises the arbitration proceedings — had a major influence on subsequent arbitration legislative instruments, as mentioned above.

This was the case of the ICC Arbitration Rules, under which the ICC is now empowered to appoint all of the arbitrators [8] in cases where one of the multilateral parties fails to reach an agreement on the appointment of the arbitrator.

[8] *Cf.* Article 12 (8) of the ICC Rules of Arbitration.

4. APPOINTMENT OF ARBITRATORS BY A NEUTRAL ENTITY

The above-mentioned solution of having all the arbitrators appointed by a neutral entity, although designed for multilateral arbitrations, should be extended to every situation where a party cannot nominate an arbitrator, for reasons not attributable to that party. In such a scenario, the rule should be that every single member of the tribunal is nominated by a third neutral entity (*e.g.*, a State Court or an Arbitration Centre).

However, *de iure condendo*, I believe that we should go even further. As a matter of fact, I consider that this solution should be applicable to every single situation where arbitrators are not nominated by the parties, even if they are not nominated for reasons that may be attributable to the party itself, *e.g.*, because the party has refused to nominate its "own" arbitrator.

One might say: *sibi imputet!* If a party had the possibility to appoint its arbitrator and it did not, then it should not be given the power to jeopardise the diligent party's right to appoint its arbitrator. That asymmetry — and the consequent inequality of arms — was intentionally caused by the party that chose not to nominate its arbitrator and it should not undermine the rights of the compliant party.

Nevertheless, the protection of a party's interest in appointing its arbitrator should succumb to the principle of equal treatment, the principle of equality of arms between the parties, which is the cornerstone of arbitration and ought to prevail as an absolute principle of arbitration.

The risk of not being able to appoint an arbitrator must, therefore, be a risk that those who seek to resort to arbitration must be ready to withstand. [9]

Although, in this way, a party is given an opportunity to jeopardise the other party's right to indicate its arbitrator, it seems, however, evident that between protecting the party's interest in appointing its arbitrator and adhering to the principle of equality of treatment, the latter shall necessarily prevail.

Indeed, asymmetry in the appointment of arbitrators will lead to unequal treatment of the parties, which may have repercussions not

[9] These difficulties will, however, vanish or, at least, be much less relevant if the natural arbitrator figure is incorporated in our system, as proposed below.

only at the time of appointment, but throughout the whole proceedings. It should not be forgotten that the independence and impartiality of arbitrators appointed by the parties may be/is, in principle, different from the independence and impartiality of arbitrators nominated by a neutral party.

5. THE NATURAL ARBITRATOR AS A GUARANTEE OF DUE PROCESS

Furthermore, I believe that the principle of due process will only be fully safeguarded through the enshrinement of the "natural arbitrator" figure, *i.e.*, an arbitrator whose appointment is blind or random [10].

In fact, the appointment of arbitrators either by other arbitrators (when appointing the chair), or by the parties [11] (when nominating the co-arbitrators) leads (or may lead) to unfair and abnormal situations [12].

As a matter of fact, the possibility of choosing the members of the arbitral tribunal creates, or at least increases the potential for, close relationships, some even with high levels of complicity [13], especially among those who engage in arbitration on a professional basis (lawyers and scholars specialised in arbitration), in comparison to those who do not. Moreover — *in natura rerum* — these relationships [14] will

[10] For example, by drawing the arbitrator's name from a set of three possible names. This is the Spanish solution for the arbitrator designated by the State Court (see Article 15 (6) of the *Ley de Arbitraje*; *Ley 60/2003* of 23 December).

[11] *Rectius*, by the party's lawyer, since he is the one that suggests to the party the name of the arbitrator to be nominated.

[12] In extreme situations, this may lead the fairness of the proceedings to be called into question.

[13] Those who deal with arbitration have, certainly, been faced with "parties' arbitrators" who act like a party's lawyer. To avoid this outcome, Jan Paulsson, in a critical text on the current state of arbitration, proposes, ironically, two alternative paths: to create better human beings or to eliminate moral hazards, suggesting the choice should fall on the latter. See Jan Paulsson, "Moral hazard in international arbitration", ICSID Review — Foreign Investment Law Review, vol. 25, issue 2, 2010, p. 340: "We *could fix* the problem by creating better human beings. Or, we could remove the moral hazards. I am inclined to try the second approach".

[14] Which may result from something as simple as a party's arbitrator having sympathy for the party who nominated him due to the simple fact that such party chose him, rather than any other arbitrator.

tend to condition, even if merely subconsciously, the positioning (independence and impartiality) of the chosen arbitrator [15] (no matter how correct and competent the arbitrator may be) [16]. There can be no doubt that biologically pure people, or those who are axiologically or emotionally neutral, do not exist. This is particularly important, given that the arbitration community is quite small [17] and recourse to arbitration has become more common, which inevitably has the effect of enhancing the relationships referred to above, insofar as it is more likely that the same arbitrators will be repeatedly appointed.

This concern is reflected, for example, in the IBA Guidelines on Conflicts of Interest [18], which refer, although only in the Orange List [19], to a requirement to disclose any situation where an arbitrator has "within the past three years, been appointed as arbitrator on two or more occasions by one of the parties, or an affiliate of one of the parties" [20], as this may be an impediment to the exercise of the arbitrator's function. *Il va sans dire*, the *ratio* behind this rule

[15] It should also be added that, in certain cases, the nomination of an arbitrator by the party may, paradoxically, have the opposite effect. In fact, the arbitrator nominated by the party — concerned with demonstrating his impartiality — may end up being more demanding and stricter with the party that indicated him.

[16] This is what one can infer from the fact that dissenting opinions are always, or almost always, issued by the losing party's arbitrator. *Cf.* for this purpose Albert Jan Van Den Berg's study, which examines over 150 investment arbitration awards, in which 34 dissenting opinions were cast, all by the arbitrator nominated by the losing party. This fact, Van Den Berg notes, raises serious concerns regarding the neutrality of arbitrators appointed by the parties. See Albert Jan Van Den Berg, "Dissenting opinions by party-appointed arbitrators in investment arbitration", Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of w. Michael Reisman, Mahnoush Arsanjani *et als*. (eds.), Brill Publishers, 2010, pp. 824, et seq.

[17] As happens with the international arbitrators' community. See Catherine A. Rogers, "The vocation of the international arbitrator", *American University International Law Review*, 2005, vol. 20, issue 5, pp. 958, et seq.

[18] *Cf.* the IBA Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration, in the most recent version of 23.10.2014, which can be found online at the website of the International Bar Association https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

[19] The Orange List is a non-exhaustive list of specific situations that, depending on the facts of a certain case, may, in the eyes of the parties, raise questions as to the impartiality or independence of the arbitrator. In all these situations, it is considered, however, that parties may accept the arbitrator if, after the disclosure of the essential facts, no objection is made. See Point 3 from Part 2 of the IBA Guidelines.

[20] See Point 3.1.3 of the Orange List of the IBA Guidelines.

is precisely the special connection or influence that, as mentioned above, may be established between the arbitrator and the party that nominated him.

However, for the sake of argument, let us imagine that there is no lack of independence or impartiality in the situation described above. Even if absolute impartiality of the arbitrator, and in particular of the arbitrator who is frequently nominated by the same party (or by the same lawyer or law firm) were possible [21], "it is essential to protect appearances, because trust in the impartiality of the justice system also depends on this" [22]. In other words, the old saying that "Caesar's wife must be above suspicion" is also applicable to arbitral jurisdiction — and, in fact, to a much greater degree than in relation to the State Courts. It is crucial that those seeking arbitral justice trust in the proceedings and believe they will be conducted fairly and equitably. No further doubts may remain in this regard. And, to this end, no indications or evidence should suggest otherwise. Arbitral justice must be idoneous and must appear to be idoneous. To achieve this result, removing all suspicion, the legal establishment of the natural or random arbitrator figure [23] is essential, and therefore, must be the solution that we unapologetically move towards.

Indeed, I do not believe that this outcome (of believing and trusting in arbitration) can be achieved — as I have seen some argue — with *a posteriori* solutions, on the grounds that the system has its own remedies for an arbitrator's lack of independence and/or impartiality, namely through their dismissal and liability. This is not the right approach. First of all, it is not easy to demonstrate those circumstances, which may not even be severe. Secondly, what really matters is safeguarding the credibility of arbitration and guaranteeing its reputation, and this will not be achieved simply by punishing situations that are shown to be deviant or abnormal. The mere existence of indications that the process is not, or may not be, fair and equitable (even if it is materially so), undermines, *per se*, arbitral justice, striking at its very heart.

---

[21] Which it is not, especially in the case mentioned.

[22] See Miguel Galvão Teles, "A independência e imparcialidade dos árbitros..." p.263.

[23] Since, as previously stated, due process necessarily requires arbitrators who not only are but also appear to be independent and impartial, which can easily be questioned when the arbitrator is nominated by the parties.

Therefore, joining the few voices that preach in the same desert [24], I reiterate that, for the good of arbitration, the natural arbitrator figure should be provided for in law, for the appointment of all the arbitrators who compose a tribunal, even in the situations where arbitrators are appointed by third parties [25].

I am fully aware that this proposed solution will generate fierce opposition and discomfort within the arbitration community.

Nevertheless, I am convinced that it is the best solution for arbitration and for those who are arbitration enthusiasts.

This solution gives credibility to arbitration, avoiding any suspicion that may exist concerning the arbitrators who are appointed. Furthermore, the appointment of arbitrators [26] will no longer be affected by any sympathy or proximity they may have to the parties or to the arbitration lawyers who indicate them. This will clearly be beneficial to the independence and impartiality required for the performance of the arbitrators' duty.

Once again, I believe that only the natural arbitrator figure can fully ensure not only the equality of arms between the parties, but also the fairness and equitableness of the arbitral proceedings.

6. PROPOSED METHOD FOR THE NATURAL ARBITRATOR'S APPOINTMENT

The reasons set out above point unequivocally to the need for the establishment of the natural arbitrator figure, which should clearly be the way forward, *de iure condendo*.

It is, however, perfectly clear that a system for appointing blind or random arbitrators requires certain rules and limits. It should not be overlooked that one of the traditional advantages of arbitration is precisely the possibility granted to the parties to intervene in the appointment of the arbitrators, choosing those who are most proficient and expert in the matter of the dispute.

---

[24] Similarly, *cf.* Jan Paulsson "The only decent solution — heeds this voice in the desert! — is thus that any arbitrator, no matter the size of the tribunal, should be chosen jointly or selected by a neutral body". See JAN PAULSSON, "Moral hazard in international arbitration", p. 352.

[25] Namely, cases where the arbitrator is appointed by an Arbitration Centre or by a State Court.

[26] Which will be limited, in the majority of the cases, to the arbitrators' community.

Therefore, a system must be found that still allows the parties to intervene in the appointment procedure, namely by establishing a universe of people suitable for selection without, however, allowing a direct connection to be established between the parties and the to-be-appointed arbitrators.

To this end, I shall propose an appointment method, with a separate procedure depending on whether the party's arbitrator or the presiding arbitrator is being appointed [27].

Concerning the appointment of the so-called "parties' arbitrators", each party shall indicate 4 or 5 names (or another number as may be agreed by the parties) that match the profile that they deem suitable for that position. The opposing party shall have the power to veto a certain number of the indicated names (for instance, 2 or 3) without needing to justify its decision [28]. Each party's arbitrator must then be drawn from among the non-vetoed names indicated by the parties [29].

If a party does not cooperate in the process of appointing its arbitrator, the task should be allocated exclusively to a neutral party (to the Arbitration Centre or the State Court), which shall prepare a list with several names, from among whom the arbitrator shall be drawn [30]. For the appointment of the chair of the arbitral tribunal, the arbitrators already appointed by the parties, using the above method, shall draw up a list with several names (at least 3) on which they both agree [31]. Once a consensus has been reached on the names of who may act as chair [32], there are two possibilities for the appointment itself:

a) Either the chair is drawn from the agreed list of names; or

---

[27] This system may and should be observed also when the arbitrator is appointed by an Arbitration Centre or a State Court.

[28] Obviously, *ça va de soi*, this procedure is carried out, as a general rule, by the parties' lawyers rather than directly by the parties themselves.

[29] This may even be all the names indicated by the party if none were vetoed by the counterparty.

[30] This is the Spanish solution. See supra note 10.

[31] There should be a guarantee, however, if the names are not indicated jointly by the two parties' arbitrators, that the names will be drawn in equal number by each of the two arbitrators nominated by the parties.

[32] If it is not possible to reach an agreement between the parties' arbitrators, then the list should be returned to the State Court, which will produce a list of possible chairs. Then, the chair of the arbitral tribunal will be drawn from that list.

b) Each arbitrator, confidentially [33], indicates its order of preference in relation to the names that both arbitrators have agreed upon. The chosen chair will be the person who attains the highest score in the sum of the indicated rankings [34].

This method would mean that the arbitrators would correspond, to a certain extent, to the profile desired by the parties, without the direct and immediate participation of the latter in the appointment of the arbitrators, with the above-mentioned advantages, which are fundamental to any arbitration proceedings.

[33] For instance, each arbitrator writes down the information in a closed envelope, and then the two envelopes must be opened simultaneously and in the presence of both.

[34] The following example illustrates the solution mentioned: Two parties' arbitrators (AP1 and AP2) came to an agreement over the 3 possible names for the chair of the arbitral tribunal (A, B and C). In the ranking, AP1 ranked A first (3 points are given), B second (2 points) and C third (one point). For its part, AP2 ranked B first (3 points), C second (2 points) and A third (1 point). In this example, the chair of the arbitral tribunal will be B (5 points), in line with the ranking. In the event of a tie, the chair of the arbitral tribunal will be drawn from among those tied.

A SUSTENTABILIDADE COMO PRINCÍPIO ORIENTADOR DA GESTÃO DE EMPRESAS

Pedro Jorge Magalhães *

Abstract: Managers of modern business corporations are no longer required to be just rigorous, transparent in management and accountable for their effects. New governance demands are increasingly emerging that aim to ensure the sustainability of the company itself. In other words, in addition to economic performance, the manager now also must take into account the company's sustainability, considering all ESG (Environment, Social and Governance) factors in the long term.

Resumo: Aos gestores das modernas sociedades comerciais já não se exige apenas rigor, transparência na gestão e responsabilização pelos seus efeitos. Surgem, cada vez mais, novas exigências de governação que têm como objetivo a sustentabilidade da própria empresa. Ou seja, além da performance económica, o gestor tem agora de ter também em consideração a sustentabilidade da empresa, considerando todos os fatores ESG (*Environmental, Social and Governance*) no longo prazo.

Keywords: Sustainability; business corporations; managers (directors or administrators); ESG.

Palavras-chave: Sustentabilidade; sociedades comerciais; gestores (gerentes ou administradores); ESG.

1. A EMPRESA

Personalidade jurídica: autonomia e responsabilidade limitada

Ao longo do tempo a empresa tem revelado uma extraordinária capacidade para combinar o capital e o poder económico de numerosas

* Investigador do CIJ; Advogado.

pessoas [1], funcionado como um polo aglutinador da iniciativa económica, de atividades produtivas, de criação de emprego e de contribuições fiscais. É um grupo de pessoas que agem como se fossem um só corpo, uma só pessoa, procurando a prossecução de objetivos em comum: obter lucros, legais e sustentados. Na expressão de COUTINHO DE ABREU [2] é "energia humana aplicada na produção".

A sociedade comercial é a forma (ou técnica) jurídica de organização da empresa [3] podendo esta ser um grupo de sociedades [4]. As sociedades comerciais são criações artificiais para controlo de negócios e geração de riqueza às quais foi dada personalidade jurídica, com autonomia e responsabilidade limitada. E como é que isto aconteceu?

A empresa societária moderna surgiu no séc. XVIII, na era industrial, como um grupo de pessoas licenciado pelo Estado para tarefas específicas. A empresa não podia desempenhar qualquer outra atividade e os acionistas podiam ser responsabilizados pela atividade da empresa. Tanto na lei como na cultura da época, as empresas eram consideradas um meio de servir o bem público, uma vez que a dimensão dos investimentos tinha criado a necessidade de captar capitais de um maior número de pessoas. Porém, se o negócio ficava insolvente, os credores poderiam perseguir qualquer um e todos os envolvidos até que, finalmente, também esses entrassem em falência. Ora, isto era um grande desincentivo para se investir, ainda mais quando não se estava diretamente envolvido nas atividades de gestão [5].

Contudo, no período de grande crescimento económico gerado pela Revolução Industrial, as empresas tinham necessidade de capital externo para se expandirem, pelo que era necessária uma solução. Essa solução foi a atribuição de personalidade jurídica à empresa comercial, e com isto as empresas passaram a ter autonomia e responsabilidade limitada ao capital social, o que provou ser um dos melhores sistemas alguma vez projetados. O conceito-chave era a incorporação de uma pessoa jurídica, separada dos proprietários, que possuía ativos e passivos próprios, bem como muitos dos direitos legais de uma pessoa física: podia contratar, comprar, vender, emprestar,

1 Bakan, 2004, p. 8.
2 Abreu, 1996, pp. 222-224.
3 Cfr. Abreu, 1996, pp. 214, 217-218.
4 Sobre o conceito de empresa *vs*. sociedade v. Magalhães, P.J., 2019, pp. 27 e ss.
5 Cfr. Tricker, 2012, p. 6.

financiar-se, processar e ser processado, possuir propriedade e empregar pessoas físicas. E os acionistas já não eram mais responsáveis pelas dívidas da empresa [6].

A empresa tinha agora uma vida própria, que continuava para além da vida de seus fundadores. E estes, poderiam ainda transferir as ações que detinham na sociedade. A propriedade da empresa permaneceu como base do poder, cabendo aos acionistas eleger os gestores, que assumiam um dever de administração e de reporte para com os acionistas. [7]

A noção de sociedade de responsabilidade limitada era simples e muito bem-sucedida, o que levou a um enorme crescimento industrial em todo o mundo e à criação de muitos empregos e riquezas [8]. As empresas tornaram-se membros de pleno direito da nossa sociedade, prestando serviços e produzindo bens úteis e necessários e, como tal, melhoraram as nossas vidas.

Estas pessoas jurídicas coletivas, ou cidadãos corporativos, não podem deixar de ser consideradas pessoas especiais: são tendencialmente imortais e não têm consciência moral. Como diz António Menezes Cordeiro [9]: "A sociedade é sempre um regime jurídico. Ela não sofre nem ri: apenas o ser humano o pode fazer." Porém, não podemos esquecer que na base desta ficção, que é a sociedade, há um sinalagma, uma simbiose: a coletividade atribui a personalidade às empresas e estas, por sua vez, satisfazem interesses coletivos.

2. INTERESSE SOCIAL E INTERESSES DA EMPRESA

É, assim, uma questão muito relevante saber quais os interesses que gravitam à volta da empresa e quais deles devem ter legitimidade para intervir ou ser tidos em consideração na governação da sociedade.

Como nos ensina Coutinho de Abreu, a atribuição da personalidade coletiva «pressupõe a existência de interesses comuns ou coletivos: estes interesses são condição (...) para a personalização» [10].

[6] Cfr. Tricker, 2012, p. 6.
[7] Cfr. Tricker, 2012, p. 6.
[8] Tricker, 2012, p. 7.
[9] Cordeiro, 2007, p. 40.
[10] Abreu, 1996, p. 199.

O interesse para cuja satisfação os sócios fundaram a sociedade, e para o qual devem ser orientados os atos sociais, é o interesse social [11].

Num primeiro momento, da celebração do contrato de sociedade, esse interesse social é o interesse comum dos sócios fundadores enquanto tais, ou seja, obter o máximo lucro possível. Este pensamento está na base da teoria dos chamados contratualistas, para os quais apenas os sócios participam diretamente na formação da vontade social.

Contudo, a partir do momento da celebração do contrato, pode falar-se em interesse próprio da sociedade, independente dos interesses dos sócios. Como sujeitos autónomos de direito, as pessoas jurídicas separam-se dos seus membros [12], ficando o património da pessoa coletiva ao serviço dos seus interesses coletivos. Quando este pressuposto falha, verificando-se que o património da pessoa coletiva está diretamente ao serviço dos interesses dos sócios e não da sociedade, abre-se a via para uma "desconsideração" da personalidade jurídica da pessoa coletiva, em virtude da «derrogação ou não observância da autonomia jurídico-subjetiva e/ou patrimonial da pessoa coletiva em face dos seus membros» [13]. Esta é a base de uma segunda corrente de pensamento, a dos institucionalistas, que concebem a sociedade como uma estrutura jurídica de empresa, onde o interesse social é considerado superior ao interesse dos sócios, sendo determinado em função de todos os interessados (ou participantes) na empresa. A sociedade comercial não pode ser considerada apenas um contrato, tendo de ser considerada, posteriormente à sua constituição, uma instituição [14]. De facto, hoje a sociedade nem sequer tem necessariamente origem contratual, pois o art. 488.º CSC permite a constituição de uma sociedade anónima por ato jurídico unilateral.

---

11 Cfr. Correia, 1989, p. 50.

12 Cfr. Abreu, 1996, p. 205.

13 Abreu, 1996, p. 205, acrescenta: «Com a derrogação do chamado "princípio da separação" (*Trennungsprinzip*), é possível, por exemplo, fazer responder por obrigações da pessoa coletiva um ou mais associados (com ela ou em vez dela) (...)».Magalhães, P.J., 2012, p. 60, afirma que tal «desconsideração legitimar-se-á através do recurso a interpretação teleológica de disposições legais e do abuso de direito — apoiados por uma conceção substancialista da personalidade coletiva, pois como ensina Coutinho de Abreu o conceito de personalidade não deve ser absolutizado, nem ser demasiado abstratizado».

14 Estaca, 2003, p. 91, acrescenta: «Recorre-se, nesta sede, à teoria dos sistemas de Paul Le Cannu, na qual temos de um lado o fenómeno criador — o ato coletivo ou o contrato de sociedade; e, do outro lado, o efeito produzido — a instituição».

Estas correntes estão também na origem de diferentes conceções de governo societário. Se nos anos 80 e 90 do século XX, entrou na moda a conceção do *shareholders value* (a sociedade deve ser dirigida de modo a criar o máximo lucro possível para os sócios), hoje vem-se contrapondo a conceção do *stakeholders valu*e (onde outros interesses, para além dos sócios, devem ser tomados em conta) [15]. Indiscutivelmente verifica-se uma evolução no sentido do institucionalismo, pois ninguém pode negar que interesses estranhos aos sócios condicionam de alguma forma a empresa societária e o seu funcionamento [16]. A pessoa coletiva é uma instituição que permanece e perdura no tempo, em benefício do seu interesse comum, no seio da qual convergem interesses de diversas partes interessadas.

Em Portugal, o interesse social aparece vertido no art. 64.º/1/b) do CSC: os gerentes ou administradores (gestores) da sociedade devem observar «*deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores*». Este preceito vincula os gestores, no exercício das suas funções de administração e representação, desde logo, a não prosseguirem os seus interesses pessoais ou interesses alheios [17]. Mas também os vincula a considerar os interesses de diversos grupos de participantes (*stakeholders*) que têm um direito moral legítimo (e em alguns casos um direito legal) de esperar que os seus interesses sejam considerados e respeitados pela gestão da empresa [18].

A expressão "*stakeholder*" ("parte interessada" ou "participante") designa os indivíduos ou as organizações que afetam ou são afetados pelas operações de uma empresa: por um lado, os *shareholders*, os trabalhadores, os parceiros comerciais, os fornecedores, os clientes e os credores (*stakeholders* contratuais) e, por outro lado, a comunidade local, as associações de cidadãos, as entidades reguladoras e o Governo/comunidade geral (*stakehoders* coletivos). Estas várias partes interessadas podem ter relações simbióticas e antagónicas entre si o que, naturalmente, têm um efeito substancial sobre a governação societária das respetivas empresas.

[15] Abreu, 2010, p. 183.
[16] Cfr. França, 1990, p. 57.
[17] Cfr. Abreu, 2007b, p. 22.
[18] Cfr. Kalerm, 2009, pp. 297-312.

A heterogeneidade de categorias de *stakeholders*, incluindo a diversidade entre acionistas, implica a existência de divergências de preferências, nomeadamente no que diz respeito a orientações de curto e longo prazo [19]. A verdade é que, na definição, em concreto, destes interesses, a lei dá grande margem aos administradores (mais do que aos gerentes). Tal margem destina-se, justamente, a permitir aos administradores pensarem a médio e a longo prazo. [20]

3. O PROBLEMA DAS EXTERNALIDADES NEGATIVAS

O capitalismo baseia-se numa ideia darwiniana de que o mercado decidirá que bens ou serviços devem continuar a existir [21]. As empresas têm por isso uma base económica que não podem negligenciar e têm de se adaptar constantemente às mudanças verificadas ao longo do tempo, sob pena de não sobreviverem na competitiva selva dos mercados. A sua prioridade tem de ser ganhar o máximo lucro possível. E é este instinto de competitividade e sobrevivência que impulsiona o capitalismo; é este o incentivo que torna este sistema tão eficaz face aos outros. Mas ao crescerem e ao procurarem ser sempre cada vez mais lucrativas, as empresas tendem a fazer terceiros pagar o seu impacto na comunidade: são as denominadas externalidades. [22]

Uma externalidade, segundo o economista Milton Friedman [23], «é o efeito que uma operação provoca num terceiro que não consentiu ou desempenhou qualquer papel na realização dessa operação». São, assim, categorizadas como externalidades todas as coisas negativas que acontecem ao ambiente e à comunidade causadas pelas empresas na procura do seu interesse próprio. Por isso, Robert Monks [24] caracteriza a empresa como uma máquina externalizadora: tem como objetivo obter lucros e externalizar (ou socializar) o máximo de custos que uma comunidade incauta ou indiferente permita. A estrutura da empresa societária foi projetada para internalizar os ganhos e empurrar os seus

[19] Cfr. Hambrick; Werder & Zajac, 2008, p. 383.
[20] Cordeiro, 2007, pp. 30-42.
[21] Cfr. Monks & Minow, 2011, p. 36.
[22] Magalhães, P.J., 2019, p. 135.
[23] Em entrevista realizada por Bakan, 2004, p.61.
[24] Em entrevista realizada por Bakan, 2004, p.70.

custos para fora do balanço [25] para serem suportados por terceiros. E quanto mais o conseguir, mais rentável será. Sem uma regulamentação efetiva, cada ator económico seria obrigado a aumentar indefinidamente o uso de recursos comuns porque, se não o fizesse, a concorrência fá-lo-ia, sem se preocupar com o impacto que suas ações poderiam ter sobre o ambiente ou sobre terceiros, o que constituiria um desincentivo à promoção da manutenção e melhoria do bem comum [26].

As externalizações, conjugadas com a regra da responsabilidade limitada, impõem enormes custos sociais, fazendo com que as empresas sejam potencialmente perigosas para a comunidade, sobretudo (i) em épocas de crise económica, com a insolvência de empresas, desemprego e incobráveis gigantescos, designadamente na atividade bancária, em que se impõem intervenções estatais e resgates de bancos; e (ii) em situações de colapso ou acidente, como é o caso da exploração petrolífera ou da energia nuclear, a indústria química, etc.

A criação de externalidades relaciona-se diretamente com o princípio, legalmente protegido, de que as empresas devem maximizar o lucro para os seus acionistas. Por isso, o mercado, só por si, é incapaz de constranger as empresas que, em ambiente concorrencial, são cegas em relação às externalidades. Tem de ser a própria lei a travar essa vocação externalizadora, o que tem acontecido cada vez mais, seja por intervenção dos Estados e seja por iniciativa da União Europeia, proibindo ou regulando atividades, sobretudo em áreas que têm vindo a ser identificadas como grandes externalizadoras. E não há dúvida de que o efeito de externalização dos riscos da atividade da empresa já sofreu importantes correções. [27]

Mas, certo é que o sistema regulatório falha frequentemente, seja por legislação permissiva, seja por ineficiência na sua implementação [28], pelo que surgiram novas formas não legislativas ("*soft law*") de estimular as empresas a autorregularem a sua atividade no sentido de garantirem a sua "sustentabilidade".

---

[25] Monks & Minow, 2011, p. 12.
A este propósito Boas, 2022, p. 5, acrescenta que a transferência para terceiros dos custos do impacto da sua atividade poderá ser feita pela utilização irresponsável de recursos naturais limitados, danos ambientais, utilização de trabalho infantil ou escravo (em países menos desenvolvidos), planeamento fiscal agressivo, ou através de práticas anticoncorrenciais (como os cartéis).

[26] Magalhães & Ferreira (2016, pp. 9-11).

[27] Cfr. Magalhães, P.J., 2019, pp. 137-138.

[28] Achbar & Abbot, 2003.

4. A SUSTENTABILIDADE DA EMPRESA

A comunidade quer que as empresas produzam lucros, mas exige que não abusem do ambiente, dos direitos humanos, que tenham ética e que sejam responsabilizadas pelas externalizações da sua atividade. Constituir uma empresa societária, na qual os acionistas não são responsáveis pelas suas dívidas, deve exigir, no mínimo, que a mesma atenda às expectativas da comunidade que lhe deu vida jurídica e não provoque danos ao bem comum [29].

E é aqui que entra a responsabilidade social e ambiental da empresa, como um esforço concertado no sentido de contrariar as externalidades (sociais e ambientais) presentes e futuras. Mais recentemente, surgiu a associação dos valores da responsabilidade ambiental e social da empresa às regras e princípios de governação societária, no sentido de garantir que esses valores fazem parte do processo de decisão da empresa, da sua governança. Apareceu, assim, a sigla ESG (*Environmental, Social and Governance*) que se tornou um sinónimo de sustentabilidade, pois surgiu no mercado financeiro como uma forma de medir o impacto das ações de sustentabilidade nas empresas [30].

Sustentabilidade é garantir a perenidade da capacidade da empresa de gerar retorno para os acionistas e emprego das pessoas, sem prejudicar o ambiente e a comunidade. A ESG é uma forma prática de verificar se a empresa está a ser sustentável, aliando o seu crescimento económico ao desenvolvimento humano, social e ambiental, numa perspetiva de longo prazo.

5. DEVERES FUNDAMENTAIS DOS GERENTES E ADMINISTRADORES

A referência aos interesses da sociedade encobre uma outra questão da maior importância: (i) deve o gestor (gerente ou administrador) atender, em cada momento, às indicações dos sócios? (ii) ou,

[29] Jensen (2001) defende que a maximização do valor da empresa conduz ao máximo bem-estar social, exceto em duas situações: precisamente quando há externalidades negativas e no caso dos monopólios não regulados.

[30] A sigla surgiu pela primeira vez em 2004, dentro de um grupo de trabalho do *Principles for Responsible Investment* (PRI), rede ligada à ONU com o objetivo de convencer investidores sobre investimentos sustentáveis.

pelo contrário, caber-lhe-á decidir com vista ao médio e ao longo prazo da sociedade, ou seja, com vista à sua sustentabilidade?

O gerente ou o administrador têm um dever de gestão. Não se trata de uma obrigação de meios ou de diligência, mas sim de uma obrigação de resultado. O resultado é a própria gestão e não um certo sucesso empresarial. O dever de gestão não compreende, assim, o dever de tomar decisões adequadas. A adequabilidade do conteúdo do dever de gestão é essencialmente concretizada atendendo ao fim da obrigação — a prossecução do interesse social — e através das *leges artis* da gestão de empresas [31].

A bitola do interesse social está consagrada pelo art. 64.º do CSC sob a epígrafe "deveres fundamentais", o qual vem prescrever em duas alíneas o dever de cuidado (*duty of care*) e o dever de lealdade (*duty of loyalty*), concretizando alguns aspetos dos mesmos.

Vejamos, então, a relação destes deveres de cuidado e de lealdade com o interesse social.

5.1. Deveres de cuidado e interesse social

Diz o art. 64.º/1/a) do CSC que «*Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar: a) Deveres de cuidado, [i] revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções e [ii] empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado; (…)*.».

Em alguns casos, tendo em consideração os ensinamentos da economia, da gestão, ou das boas práticas consolidadas, as alternativas de decisão são poucas ou de fácil escolha. Mas, em muitos outros casos, a conjuntura é incerta, com numerosas variáveis, havendo diversas alternativas, umas mais arriscadas (e potencialmente mais lucrativas) do que outras, pelo que a escolha da decisão razoável é complexa. É em casos destes que mais se afirma a "discricionariedade empresarial" dos gestores, que detêm o poder e o dever de escolher.

[31] Nunes, 2006, pp. 32-33, 40.
A este propósito Silva, J.S., 1997, p. 619, diz que, «No que respeita aos deveres gerais dos adminsitradores e à respetiva responsabilidade não existe, ao contrário do que se passa em muitas zonas de responsabilidade civil profissional, um corpo de "regras de arte" a que se possa recorrer para identificar com maior simplicidade as respetivas violações: a responsabilidade civil dos adminsitradores é ainda, mesmo nos EUA, uma responsabilidade por *negligence* e não por *malpractice*, como a dos médicos, advogados e outros profissionais».

O gerente ou administrador não viola o dever de tomar decisões razoáveis se escolher, não a melhor solução, mas uma das soluções compatíveis com o interesse da sociedade [32]. A gestão não é uma ciência exata, pelo que existe normalmente um intervalo de possíveis decisões que, *ex ante*, podem ser tidas como razoáveis face ao fim pretendido (determinado pelo interesse social), enquanto outras poderão claramente ser tidas como irrazoáveis [33].

Os deveres de cuidado impõem uma conduta sempre orientada para a proteção de um interesse social considerado em termos amplos, abrangendo os interesses dos sócios, da sociedade e "dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores" [art. 64.º/1/b)]. O dever geral de cuidado implica, assim, um padrão de comportamento dirigido à criação de valor para os acionistas (lucros), mas que também considere os interesses reconhecidos à generalidade dos *stakeholders* (o que constitui também critério de licitude da conduta dos gestores). Desta forma, há uma deslocação da pauta da orientação da atuação dos gerentes ou administradores para a órbita do dever geral de lealdade [34].

5.2. Deveres de lealdade e os interesses atendíveis

Diz o art. 64.º/1/b) do CSC que «1. Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar: (…) *b)* Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.»

O dever (geral) de lealdade, assim consagrado na al. *b)* do art. 64.º/1, é definível como o dever de os gerentes ou administradores terem exclusivamente em vista os interesses da sociedade, optando o legislador por uma conceção mais institucionalista. O legislador manda, depois, atender também aos interesses individuais de longo prazo dos sócios e ainda ponderar os interesses dos demais *stakeholders* da sociedade, trabalhadores, clientes e credores, estando aqui contida uma hierarquização de importância descendente para o bom

[32] Abreu, 2007b, pp. 20-21.
[33] Santos & Guiné, 2013, p. 696.
[34] Costa, 2010, p. 737.

cumprimento dos deveres de lealdade (ou fidelidade) pelos administradores [35].

O n.º 2 do art. 64.º manda também os titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização observarem deveres de lealdade, no interesse da sociedade. Sobre este aspeto, Calvão da Silva [36] adverte que não devemos sobrevalorizar a indicação apenas do interesse social neste n.º 2, pois os fiscalizadores devem também ter em consideração todos os outros interesses, sob pena de possível incongruência sistémica. Para este autor, a lealdade devida pelos administradores e fiscalizadores é decorrente do princípio da boa-fé e tutela da confiança: têm o «dever de nortear a gestão e a fiscalização pelo interesse da sociedade (...), evitando sempre colocar-se em situação de interesses pessoais conflituantes com os da sociedade (*no-conflict rule*) ou tirar benefícios injustificados (*no-profit rule*)» [37].

A consagração legal da ponderação dos interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade (art. 64.º/1/b) não permite, contudo, a estes "outros sujeitos" contrariar decisões dos gerentes ou administradores. Estes não-poderes dos "outros *stakeholders*" do art. 64.º são manifestos quando a administração toma uma decisão que não pondera devidamente os seus interesses (despedimentos, deslocalização de unidades de produção, alteração do prazo de pagamento aos fornecedores na grande distribuição, etc.), pois (ao contrário dos sócios) os "outros *stakeholders*" não poderão através de deliberações suas contrariar decisões dos administradores, ou destituí-los (mesmo havendo justa causa), ou responsabilizá-los civilmente pelos danos que lhe foram causados pela decisão (cfr. art. 79.º/1) [38].

Os deveres de lealdade (bem como os deveres de cuidado) referidos no art. 64.º são deveres para com a sociedade, "no interesse da sociedade", não (imediatamente) para com os sócios, trabalhadores, credores, clientes, etc. Além disso, como destaca Coutinho de Abreu, «a prevalência dos interesses dos sócios parece transparecer da própria letra do art. 64.º/1/b). Com efeito, esses interesses são referidos em

[35] Silva, J.C., 2007, p. 148. Ver também Cordeiro, 1996, p. 498 e ss. e Abreu, 2010a, p. 287 e ss.
[36] Silva, J.C., 2007, p. 148.
[37] Silva, J.C., 2007, p. 141.
[38] Abreu, 2010, p. 306.

primeiro lugar (antecedidos de "atendendo"), seguindo-se a menção a todos os demais interesses (antecedidos de "ponderando")» [39].

Não obstante, a referência aos interesses dos "*outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade*" tem algum efeito útil, pois permitirá, em alguns casos, a exclusão ou limitação da responsabilidade dos gestores perante a sociedade no caso de virem a resultar perdas em consequência de uma decisão que sobrevalorize interesses de *stakeholders* não-sócios na avaliação do interesse social.

Os deveres de lealdade dos gerentes ou administradores devem, assim, ser concebidos como normas de proteção dos interesses e fins referidos no art. 64.º, constituindo «uma matriz da proscrição de atos de administração que envolvam conflitos de interesses entre o administrador e a sociedade» [40].

A lealdade tem, sempre e à partida, de observar-se perante todos os interesses referidos na norma. A lealdade em relação à sociedade não exime o gestor da lealdade "comum" para com os *stakeholders*. Não se pode escolher lealdades se isso implicar ser desleal para outrem. Os gestores (gerentes ou administradores) devem ser leais a todos: à sociedade, aos sócios, aos credores, aos trabalhadores e aos clientes. Não podem ser "mais leais a uns do que a outros". E se o são, já são desleais. [41]

6. A SUSTENTABILIDADE DA EMPRESA COMO PRINCÍPIO ORIENTADOR DA GESTÃO NO CUMPRIMENTO DO DEVER DE LEALDADE

Vimos já que foi dada personalidade jurídica, com autonomia e responsabilidade limitada à empresa; mas isso não é uma lei da natureza! É uma decisão humana, da comunidade, tomada por via da criação de leis ou de decisões judiciais. E que é revogável se os pressupostos que estiveram na sua origem se alterarem. Para manter este "contrato" com a comunidade, as empresas têm necessidade de mostrar que são membros construtivos dessa mesma comunidade. Têm de atuar e de se comportar como "bons cidadãos corporativos" (*corporate*

[39] Abreu, 2010, p. 306.
[40] Abreu, 2007a, p. 43.
[41] Frada, 2007a, pp. 72-75.

citizenship) [42], sem provocar danos e contribuindo para o bem comum. Para isso, as empresas têm se ser sustentáveis, ou seja, têm de ter uma atuação económica, social e ambientalmente responsável, no longo prazo. E só assim a empresa conseguirá atender às expectativas da comunidade que lhe deu a personalidade jurídica.

Ora, se configurarmos o interesse social como o interesse da empresa no longo prazo, os interesses comuns de todos os seus *shareholders e stakeholders* ficam acautelados, pois o gestor (gerente ou administrador) decidirá sempre de acordo com o que será melhor para a sustentabilidade da empresa, que a todos interessa.

A estratégica da sustentabilidade coloca o interesse próprio (económico) da empresa, na interseção do interesse do bem-estar da comunidade em geral e do interesse dos seus *stakeholders* estratégicos em particular [43]. Se sustentabilidade da empresa for a estrela que guia a atividade societária, o gestor poderá satisfazer e ser leal ao interesse de todos *shareholders* e *stakeholders* conjuntamente considerados, ainda que, individualmente, alguns se considerem prejudicados nos seus interesses particulares [44].

A sustentabilidade da empresa deverá ser, assim, o princípio orientador da gestão no cumprimento do dever de lealdade para com a sociedade, ou seja, sustentabilidade da empresa deve ser a bússola da *corporate governance*, o *leitmotiv* que iluminará todo o palco onde se desenrola a ação e a (govern)ação societária [45].

Cumpre, ainda, destacar que a ênfase dada pelas empresas à sustentabilidade não evita o lucro, bem pelo contrário: por um lado, ao satisfazer grupos-chave de *stakeholders* que esperam permanecer numa relação viável com a empresa a longo prazo, a empresa consolida a capacidade do seu negócio gerar lucros para o acionista [46]; por outro lado, previne os eventos social ou ambientalmente negativos que têm efeitos reputacionais muito prejudiciais, que se refletem no lucro e no retorno do investimento (por exemplo, um desastre ambiental, uma má política de recursos humanos, despedimentos em massa, etc.) [47].

[42] Tricker, 2012, pp. 224-226.
[43] Magalhães, P.J. 2019, p. 439.
[44] Cfr. Tricker, 2012, p. 90; Kluyver, 2013, p. 174.
[45] Magalhães P.J., 2019, p. 439.
[46] Magalhães P.J., 2019, p. 439.
[47] Cfr. Hopkins, 2008, p. 89.

A prioridade da empresa tem de ser ganhar o máximo lucro, legal e sustentado. Mas é hoje evidente que a maximização de valor tem de contemplar preocupações de sustentabilidade, designadamente de ESG, sob pena de esse potencial não ser alcançado. A sustentabilidade não é apenas uma questão de moda ou uma questão de marketing. É uma questão de sobrevivência da empresa societária que de outra forma verá a sua existência em risco pelos seus *stakeholders*.

O *stakeholders model* (ou a *stakeholder corporation*) não deixa de ser um modelo capitalista (*stakeholder capitalism*), impulsionado por relações entre a empresa e funcionários, clientes, fornecedores e comunidades, onde os dois lados (*shareholders* e demais *stakeholders*) se beneficiam e sua empresa prospera. Todavia, não podemos esquecer que é o poder do capitalismo que impulsiona este modelo, pois é o incentivo do lucro e o instinto de sobrevivência que torna o sistema tão eficaz.

O dever de lealdade dos administradores (e fiscalizadores) implica, assim, um padrão de comportamento dirigido à criação de valor para os acionistas (lucros), mas que também considera os interesses reconhecidos à generalidade dos *stakeholders*, o qual constitui também o critério de licitude da conduta dos gestores ou administradores [48]. E a interseção de todos esses interesses só pode ser encontrada na perdurabilidade de uma rentabilidade partilhada, ou seja, na sustentabilidade, não só da sociedade, mas de algo que é a sua "alma", no sentido de que lhe dá vida: a empresa [49].

Em conclusão: para conseguir ser uma empresa sustentável, é preciso equilíbrio e muita criatividade, pois não é fácil conseguir uma harmonia e confluência entre os diversos interesses dos *stakeholders (e shareholders)*. Aos gestores das modernas sociedades comerciais já não se exige apenas rigor, transparência na gestão e responsabilização pelos seus efeitos. Surgem, cada vez mais, novas exigências de governação que têm como objetivo a sustentabilidade da própria empresa: aos gestores é agora também exigida uma atuação ética, respeito pelos seus trabalhadores e fornecedores, respeito pelo meio ambiente e, ainda, cuidado com impacto que a atividade societária tem sobre as entidades e pessoas que vivem na sua órbita e demais terceiros, (*stakeholders*). Ou seja, além da performance económica,

[48] Cfr. Hopkins, 2008, p. 89.
[49] Magalhães P.J., 2019, p. 448.

o gestor tem agora de ter também em consideração a sustentabilidade da empresa considerando todos os fatores ESG no longo prazo.

Contudo, a promoção do "longo prazismo" e da sustentabilidade económico-financeira, ambiental e social requer lei imperativa, pois a ausência de regulação e as normas recomendatórias já deram provas de ineficácia nestes domínios [50]. E a lei tenderá a, cada vez mais, a regular todas as questões referentes à sustentabilidade, nas suas vertentes económica, social e ambiental, integrando-as no âmbito das regras do governo societário, com o objetivo de salvaguardar a empresa societária, essencial para o mundo industrializado [51].

---

[50] Abreu, 2022, p. 30.

[51] Veja-se, a este propósito, a crescente regulamentação da União Europeia que vem criar uma grande pressão ao nível do reporte corporativo de informação não financeira, na transição para um modelo económico europeu mais sustentável, em conformidade com compromissos políticos de alto nível, tais como o Acordo de Paris e o o Pacto Ecológico Europeu (*European Green Deal*). A recente legislação europeia sobre o relato de sustentanilidade parte de duas pedras angulares:

a) a primeira é a Sustainable Finance Disclosure Regulation (SFDR), que regula como os participantes nos mercados financeiros devem divulgar informação sobre sustentabilidade. Este O Parlamento Europeu e do Conselho aprovaram o SFDR em 27.11.2019: Regulamento EU 2019/2088.

b) A segunda é a Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD), que determina que o relato de sustentanilidade passa de voluntário a obrigatório para um grande número de empresas. A CSRD garante que as empresas comuniquem a informação necessária para cumprir os requisitos de informação do SFDR. O Conselho Europeu aprovou a CSRD em 14.12.2022: Diretiva (UE) 2022/2464. Esta nova diretiva altera a diretiva NFRD relativa à divulgação de informações não financeiras. A CSRD entrou em vigor a 5.1.2023 aguardando transposição para os ordenamentos jurídicos internos dos estados membros. Para as cotadas e para as empresas com mais de 500 trabalhadores já sujeitas à diretiva relativa à divulgação de informações não financeiras (NFRD) e que deverão entregar os seus relatórios em 2025, relativas ao ano de 2024. Em 2026 aplicar-se-á às grandes empresas (com pelo menos dois dos seguintes requisitos: uma faturação superior a 40 milhões de euros, um balanço total de 20 milhões de euros ou mais de 250 trabalhadores). Também se aplicará a empresas de seguros e entidades de crédito.

Há que ter em consideração que (i) a CSRD tem em atenção outros quadros, como o TCFD, o GRI e o SASB, o que garante uma abordagem integral para a divulgação de informação sustentável e que (ii) os indicadores das normas do SFDR serão alinhados com os relatórios CSRD, o que permitirá aos

participantes nos mercados financeiros disporem de informação sólida e fiável sobre a sustentabilidade das empresas nas quais investem.

Paralelamente, foram, ainda, estabelecidas algumas normas comuns de reporte para garantir a coerência e comparabilidade do conteúdo dos relatórios na União Europeia:

a) Taxonomia digital das normas de apresentação de informação sobre sustentabilidade para que a informação possa ser etiquetada de maneira consistente. Estabelecida pelo Regulamento UE 2020/852, esta taxonomia exige às empresas a divulgação de medidas adoptadas para questões relacionadas com o ambiente, impacto social e governança.
b) Por último, temos as normas europeias de informação que complementam a diretiva CSRD através do European Sustainability Reporting Standards (ESRS). A CSRD obriga as empresas a emitir relatórios de sustentabilidade e a ESRS descreve toda a informação que esses relatórios devem conter. As ESRS têm por objectivo especificar as informações sobre sustentabilidade que uma empresa deve divulgar em conformidade com a citada Directiva CSRD, constituindo o guião para o relato de informação de sustentabilidade das empresas. Foi publicado, no dia 22.12.2023, o Regulamento Delegado (UE) 2023/2772 da Comissão, de 31.7.2023, que complementa a Directiva 2013/34/UE do Parlamento Europeu e do Conselho no que respeita às normas de relato de sustentabilidade. Nos anexos ao Regulamento são desenvolvidas as 12 Normas de Relato: ESRS 1 Requisitos gerais; ESRS 2 Divulgações gerais; ESRS E1 Alterações climáticas; ESRS E2 Poluição; ESRS E3 Recursos hídricos e marinhos; ESRS E4 Biodiversidade e ecossistemas; ESRS E5 Utilização dos recursos e economia circular; ESRS S1 Própria mão de obra; ESRS S2 Trabalhadores na cadeia de valor; ESRS S3 Comunidades afectadas; ESRS S4 Consumidores e utilizadores finais; ESRS G1 Conduta empresarial.

Para aumentar a sua fiabilidade e credibilidade, os relatórios de susentabiidade passam a ser certificados por um auditor ou certificador independente acreditado. Além disso, a informação deve ser publicada numa secção específica dos relatórios de gestão da empresa. O uso de ferramentas que automatizem o processo de recolha de dados ESG pode ser muito útil.

Em conclusão:.

— Com todo este novo regime, a União Europeia estabelece um sistema que define se uma determinada atividade económica pode ou não ser considerada "sustentável" ou "verde", procurando, desta forma, evitar o chamado *green washing* ou *eco branqueamento*. O objetivo é facilitar e potenciar o investimento sustentável e,assim, evitar o, através do qual uma empresa pode deturpar a informação apresentada ou fornecer informação falsa sobre produtos tidos como sustentáveis, bem como aumentar a transparência e a comparabilidade da informação sobre o desempenho ambiental, social e de governação (ESG) das empresas.
— Mas pode ir ainda mais longe. A aplicação do conceito da dupla materialidade, através do qual se faz uma análise de avaliação de impacto de um

7. BIBLIOGRAFIA

Abreu, Jorge Manuel Coutinho de. (1996). *Da Empresarialidade — As Empresas e o Direito*. Coimbra: Almedina.

Abreu, Jorge Manuel Coutinho de. (2007a). *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*. Coimbra: Almedina.

Abreu, Jorge Manuel Coutinho de. (2007b). «*Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social*». In AA. VV., Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Colóquios n.os 3 — Reformas do Código das Sociedades. Coimbra: Almedina.

Abreu, Jorge Manuel Coutinho de. (2010). *Curso de Direito Comercial, Vol.II* (3.ª ed.). Coimbra: Almedina.

Abreu, Jorge Manuel Coutinho de. (2022). «*Sobre o envolvimento dos acionistas em assuntos de gestão*». In AA. VV., Direito das Sociedades em Revista, Ano 14, Vol. 28, pp. 13-30.

Achbar, Mark & Abbot, Jennifer. (Realizadores). (2003). *The corporation* [Documentário canadiano]. Nova Iorque (EUA): Zeitgeist Films.

Bakan, Joel. (2004). *The Corporation: The Pathological Pursuit of Profit and Power.* New York: Free Press.

Boas, José Vilas. (2022). «*À procura de ética na cadeia de valor: códigos corporativos vs due diligence law*». Centro de Investigação de Direito Privado — Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. *acessivel em:* https://www.revistadedireitodassociedades.pt/artigos/a-procura-de-etica-na-cadeia-de-valor-codigos-corporativos-vs-due-diligence-law#revista, *acedido por último em 12.02.2025.*

Cordeiro, António Menezes. (2007). «*Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades*». In AA. VV., Jornadas sobre a Reforma do Código das Sociedades Comerciais, em homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura (pp. 19-60). Coimbra: Almedina.

Correia, Luís Brito (1989). *Direito Comercial — Sociedades Comerciais* (Vol. II). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

tema ou informação (e em limite de uma decisão de gestão), a partir de duas perspetivas complementares: (i) materialidade fiannceira — impacto na organização, ou seja, como esta é afetada no seu desenvolvimento, desempenho ou posição, no curto, médio e longo prazos; (ii) materialidade de impacto — impactos significatvos, reais ou potenciais, sobre a sociedade e o ambiente, no curto, médio e longo prazos, associado às cadeias de valor a juzante e a montante.

Este pacote legislativo consttui uma oportunidade para que as empresas melhorem a relação com os seus stakeholders e se tornem bons cidadãos corporativos, criando valor a longo prazo. Por esses motivos, ainda que seja específica da União Europeia, prevê-se que tenha vastas implicações em todo o mundo, com repercussões em muitas organizações.

Fontes: legislação mencionada e https://aplanet.org/pt/recursos/acedido pela última vez em 12.02.2025.

Costa, Ricardo. (2010). «*Anotação ao art. 64.º*». In J. M. Coutinho de Abreu (Coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário, vol. I. (arts. 1.º a 84.º).* Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho/Coimbra: Almedina.

Estaca, José Nuno Marques. (2003). O *Interesse da Sociedade nas Deliberações Sociais.* Coimbra: Almedina.

Frada, Manuel Carneiro da. (2007). «A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores». In AA. VV., *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, A Reforma do Código das Sociedades Comerciais,* (pp.61-102) Coimbra: Almedina.

França, Maria Augusta. (1990). A *Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo.* Lisboa: AAFDL.

Hambrick, Donald C.; Werder, Axel v. & Zajac, Edward J. (2008). «New Directions in Corporate Governance Research». In *Organization Science, Vol. 19, No. 3* (pp. 381-385). Catonsville, Maryland (EUA): Institute for Operations Research and the Management Sciences (INFORMS).

Hopkins, Michael. (2008). «*Corporate social responsability, uma nova estrategia organizacional*». In AA. VV., Sustentabilidade, competitividade e equidade ambiental e social (pp. 87-94). Coimbra: Almedina.

Jensen, Michael. (2001). «*Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Punction*». In *European Financial Management, 7, n.º 3* (pp. 297-317). Nova Iorque (EUA): Wiley Online Library.

Kaler, John. (2009). «*An optimally viable version of stakeholder theory*». In Journal of Business Ethics, *86*(3), May 2009 (pp. 297-312). Berlin/Heidelberg: Springer.

Magalhães, Paulo & Ferreira, Francisco. (2016). «Global Free Riders». In P. Magalhães, W. Steffen, K. Bosselmann, A. Aragão, & V. Soromenho-Marques (Edits.), *The Safe Operating Space Treaty: A New Approach to Managing Our Use of the Earth System* (pp. 1-22). Cambridge, UK: Cambridge Scholars Publishing.

Magalhães, Pedro Jorge. (2012). *Direcção Unitária em Prejuízo dos Interesses da Sociedade Dominada*. Dissertação de Mestrado. Universidade do Porto. *acessivel em: https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/64881/2/24758.pdf, acedido por último em 12.02.2025.*

Magalhães, Pedro Jorge. (2019). *Governo Societário e a Sustentabilidade da Empresa — Shareholders Model vs Stakeholders Model.* Coimbra: Almedina.

Monks, Robert A.G. & Minow, Nell. (2011). *Corporate Governance* (5 ed.). Chichester, UK: Jhon Wiley & Sons.

Nunes, Pedro Caetano. (2006). *Corporate Govern5ance*. Coimbra: Almedina.

Santos, Hugo Moredo & Guiné, Orlando Vogler. (2013). «*Deveres fiduciários dos administradores: algumas considerações (passado, presente e futuro)*». In Revista de Direito das Sociedades, Ano V, N.º 4, pp. 691-711. Coimbra: Almedina.

Silva, João Calvão da. (2007). «*Responsabilidade civil dos administradores não executivos*». In AA. VV., Jornadas sobre a Reforma do Código das Sociedades Comerciais, em homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura (pp. 103-151). Coimbra: Almedina.

Silva, João Soares da. (1997). «*Responsabilidade civil dos administradores de sociedade: os deveres gerais e a corporate governance*». In Revista da Ordem dos Advogados, Ano 57, vol. II (pp. 605-628). Lisboa: Ordem dos Advogados.

Tricker, Robert Ian. (2012). *Corporate Governance — Principals, policies, and practices* (2 ed.).Oxford University Press.

A QUESTÃO DA DESINFORMAÇÃO NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA *

O DESPONTAR DE UM 'DIREITO À INTEGRIDADE INFORMACIONAL'?

Tiago Morais Rocha **

Resumo: A desinformação é um dos maiores desafios do ecossistema digital, colocando em tensão a liberdade de expressão e de informação e outros bens e valores coletivos. A UE tem adotado medidas regulatórias para mitigar os riscos da desinformação e garantir um ambiente digital transparente, íntegro e confiável. Este artigo argumenta que, no contexto do Regulamento dos Serviços Digitais e do Regulamento da Inteligência Artificial, está a emergir na União Europeia um "direito à integridade informacional", decorrente do *direito a ser informado*, como resposta aos desafios impostos pela manipulação de conteúdos e pela IA generativa.

Abstract: Disinformation is one of the most pressing challenges in the digital ecosystem, bringing freedom of expression and information and other collective goods and values into tension. The EU has adopted regulatory measures to mitigate the risks of disinformation and ensure a transparent, reliable, and trustworthy digital environment. This article argues that, in the context of the Digital Services Act and the Artificial Intelligence Act, a "right to informational integrity" is emerging in the European Union, stemming from the right to be informed, as a response to the challenges posed by content manipulation and generative AI.

Keywords: Disinformation; Information Integrity; Deepfakes; Democracy; European Union.

* É uma honra podermos contribuir, embora humildemente, para a celebração do 25.º aniversário do CIJ. Resta-nos desejar e esperar que se suceda outro quarto de século de investigação que faz a diferença! Este texto corresponde, com algumas alterações, à comunicação oral proferida na Conferência "*Disinformation Dynamics: crossing perspectives*", realizada na FDUP em 21.10.2024.

** Assistente Convidado; Investigador Colaborador do CIJ.

Palavras-chave: Desinformação; Integridade informacional; Falsificações Profundas; Democracia; União Europeia.

"Existem, contudo, certos factos. São rígidos e inamovíveis como os candeeiros públicos na rua […]. *Por sorte, o mundo é de tal maneira que podemos calar as verdades do coração, ao passo que os factos, cinzentos e rigorosos, aparecem nos boletins de notas escolares, na História universal, nas leis e nos registos paroquiais. Ninguém os pode alterar e ninguém se atreve a fazê-lo, nem sequer Deus Nosso Senhor"* [1].

1. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

O tema da "desordem informativa" [2] é, do ponto de vista político-constitucional, uma das questões mais delicadas do atual ecossistema digital. Como articular a liberdade de expressão e de informação, pedras angulares das modernas democracias, com a preservação de uma esfera pública dotada de certas qualidades epistémicas em que os cidadãos podem legitimamente confiar? Como devem as sociedades democráticas reagir perante a possibilidade de, na *darkweb*, ser possível reunir um 'exército digital' que por 2.400 € cria uma celebridade, por 50.000 € desacredita um jornalista, por 180.000 € incita um protesto de rua e por 360.000 € manipula uma eleição [3]?

Se é relativamente pacífico que a desinformação é um problema societal que cria perigos significativos para bens coletivos como a saúde pública [4],

1 Ditlevsen, 2022, p. 21-2.

2 Wardle & Derakhshan, 2017, p. 10.

3 Os dados, apresentados pela Comissão Europeia, são de 2019. Encontram-se citados em Meireles, 2022, p. 214, e resultam de uma apresentação de Luis Viegas Cardoso, na Assembleia da República, a 15 de abril de 2019, na Conferência Parlamentar "Informação e Desinformação na Era Digital". A ambos agradecemos a gentileza de nos terem fornecido a apresentação.

4 A par da pandemia de COVID-19, a Organização Mundial da Saúde, em fevereiro de 2020, referiu-se ainda à existência, naquele período, de uma "infodemia". O termo descreve uma "superabudância de informações, boas e más. Em conjunto, essa informação gera um tsunami digital de dados e conselhos que dificulta que as pessoas de todas as áreas da vida encontrem mensagens claras, fontes de confiança e orientações fiáveis quando delas mais necessitam. Algumas destas informações são meramente confusas, mas outras podem ser efetivamente

a segurança individual e pública [5], a ciência [6], a economia [7], os processos eleitorais [8] e, de uma forma geral, a própria democracia [9], a

prejudiciais para a vida humana" (World Health Organization, 2020, p. 1). Justamente, a investigação associa várias mortes e consequências negativas para a saúde humana à desinformação e à informação incorreta sobre a pandemia: "Por exemplo, um mito popular de que o consumo de álcool poderia desinfetar o corpo e matar o vírus circulou em diferentes partes do Mundo. Nessa sequência, cerca de 800 pessoas morreram, ao passo que 5876 foram hospitalizadas e 60 desenvolveram cegueira total depois de beberam metanol como cura para o coronavírus. Rumores semelhantes foram a causa de 30 mortes na Turquia" (Islam, *et al.*, 2020, p. 1624). A desinformação é também considerada uma causa primária da "hesitação vacinal" que tem feito alastrar surtos de sarampo e difteria na Europa e nos EUA (Carrieri *et al.*, 2019, p. 1377). Sobre as interseções entre a saúde pública e a desordem informativa *vide*, por todos, Aouati *et al.*, 2024.

5 A desinformação e o discurso de ódio, disseminados através do "Facebook" e potenciados pelos seus sistemas de recomendação, tiveram um papel significativo na morte, tortura e violação de milhares de rohingyas no Mianmar, naquilo que a Amnistia Internacional descreve como uma limpeza étnica (Amnesty International, 2022, p. 6). No verão de 2024, o homicídio de três crianças em Southport, no Reino Unido, serviu de mote ao exacerbamento do extremismo digital e da desinformação *online* anti-imigração, provando tumultos e violência generalizada em 27 cidades e levando à detenção de mais de mil cidadãos (Shah, 2024).

6 Apesar do consenso científico concluir que as alterações climáticas decorrem da ação humana, mais de 1/3 da população australiana e norteamericana continua a acreditar que as alterações climáticas não são predominantemente causadas pelo ser humano (Hornsey & Lewandowsky, 2022, p. 1454). A investigação demonstra que a lucrativa indústria da desinformação ambiental contribui de forma significativa para o ceticismo e a negação climática (Lewandowsky, 2021, pp. 6-7).

7 Em outubro de 2024, um relato falso que circulou nas redes sociais (e que chegou a ser partilhado por atores políticos) e que indicava a presença de até 16 navios pesqueiros de bandeira chinesa na Zona Económica Exclusiva dos Açores levou a Força Aérea a ativar uma aeronave, a qual, durante 7 horas, percorreu 1.750 milhas náuticas. A operação teve um custo de mais de 45 mil euros para o erário público. Cfr. http://tiny.cc/m569001. Consultado em 07.02.2025.

8 2024 foi o "ano de todas as eleições", o que fez soar alertas para a probabilidade de se registarem campanhas de desinformação com origem doméstica ou resultado de interferência estrangeira, destinadas a minar a confiança nos processos eleitorais, por exemplo incentivando à abstenção ou alegando amplas fraudes eleitorais. No caso das eleições para o Parlamento Europeu, e na sequência de várias medidas preventivas promovidas pela Comissão em parceria com as plataformas digitais, conclui-se pela inexistência de incidentes de dimensões sistémicas que tenham perturbado o desenrolar das eleições, pese embora sejam vários os relatos de circulação *online* de conteúdos falsos (The European Board for Digital Services, 2024, p. 7), e a desinformação relacionada com a UE tenha

verdade é que as respostas que os Estados e as organizações internacionais e supranacionais podem e devem dar a este problema não são autoevidentes. A questão da desinformação coloca em rota de colisão, por um lado, a liberdade de expressão e de informação, e, por outro, um conjunto de valores essenciais das comunidades politicamente organizadas (e, em especial, da UE, como deflui do art. 2.º do TUE, norma que *promana de* e *emana para* todos os Estados-Membros), tais como a democracia, o respeito pelas minorias, o pluralismo, a tolerância e a solidariedade, mas também a verdade, a proteção da confiança, a integridade, a qualidade da esfera pública e o carácter participativo e deliberativo da democracia liberal.

Tendo como horizonte a ascensão do fascismo e do autoritarismo, Karl Loewenstein, em 1937, incentivou as democracias liberais a tornaram-se militantes [10]. Se o fascismo havia declarado guerra à democracia, pois então competia à democracia, através de medidas legislativas e administrativas, contra-atacar no mesmo campo de batalha e com os mesmos instrumentos, como forma de autopreservação [11]. No fundo, tudo se resumia a um problema de sobrevivência: se o jogo democrático continuasse a ser jogado como até aí, então isso conduziria irremediavelmente à desestabilização e, potencialmente, ao fim da própria democracia. Na lógica de Loewenstein, em face do inimigo, só a suspensão de certos direitos fundamentais poderia garantir a preservação desses direitos: "os escrúpulos constitucionais não podem continuar a impedir restrições aos fundamentos democráticos, em nome da preservação última desses mesmos fundamentos" [12].

registado um acréscimo de 10% nos meses que antecederam o ato eleitoral (European Digital Media Observatory, 2024, p. 1).

9 O ataque ao Capitólio dos EUA, a 6 de janeiro de 2021, e a invasão da Praça dos Três Poderes em Brasília, a 8 de janeiro de 2023, constituíram malogradas tentativas de *coup d'État* que tiveram por base falsas alegações de fraude eleitoral em massa, manipulação de informação e teorias da conspiração. No caso americano, o ataque fez cinco mortos e vários feridos. Cfr., a este propósito, a acusação (entretanto arquivada) deduzida contra o presidente Donald Trump por três crimes de conspiração e um crime de obstrução em https://tinyurl.com/bdh4hnc4. No caso brasileiro, *vide* o Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Atos de 8 de janeiro de 2023, disponível em https://tinyurl.com/ycavzf6a. Ambos os documentos foram consultados em 07.02.2025.

10 Loewenstein, 1937, p. 428.

11 *Idem*, p. 430.

12 *Idem*, p. 432.

No que toca à desinformação, muitos por certo partilharão uma visão mais ou menos semelhante, no sentido de que as democracias se devem transformar em baluartes para devolver alguma ordem ao ecossistema informativo, mesmo que isso signifique admitir intrusões nos direitos fundamentais. O certo é que, em sistemas constitucionais, como aqueles do entorno civilizacional em que nos movemos, que conferem um elevado grau de proteção aos direitos fundamentais, a militância democrática é sempre limitada e precária, tendo de passar o teste da proporcionalidade e nunca podendo chegar ao ponto de aniquilar aquilo que caracteriza um real Estado de Direito Democrático [13]. Tal, porém, não significa que os regimes democráticos estejam condenados à inação, até porque, nas palavras de Sajó, "*overly confident democracies have paid an immense price for their careless shortsightedness*" [14]. Aqui chegados, e numa imagem a que temos recorrido, perante a desinformação, os *policy makers* não passam de meros funâmbulos, tentando alcançar um difícil equilíbrio entre a ordem informativa e os (in)admissíveis constrangimentos às liberdades e valores fundamentais das sociedades democráticas [15]. No espaço europeu, e após ensaios por parte de um punhado de Estados-Membros [16], a UE tem procurado a liderança política e jurídica

[13] A fórmula do Estado de Direito Democrático que resulta do art. 2.º da CRP traduz, num Estado constitucional, a indissociabilidade entre o Estado de Direito, a democracia e a proteção dos direitos fundamentais, "por imperativo de racionalidade ou funcionalidade jurídica e de respeito pelos direitos das pessoas" (Miranda, 2010, p. 97). Deste modo, a fórmula articula a vinculação jurídica do poder, onde quer que ele esteja e independentemente de quem o exerça, com a sua legitimação democrática (Canotilho, 2003, p. 98 e ss.). Note-se, a este propósito, que o Estado de Direito e a democracia são valores que integram o quadro axiológico da UE e fundam a sua identidade constitucional. *Vide*, a este propósito, o acórdão do TJUE de 16.02.2022, *Polónia v. Parlamento Europeu e Conselho*, C-157/21, § 145 e 264.

[14] Sajó, 2021, p. 1.

[15] Rocha, 2023, p. 127.

[16] A Alemanha aprovou, em 2017, o "Netzwerkdurchsetzungsgesetz" ou "NetzDG", lei que entrou em vigor no início de 2018 com o objetivo de combater o discurso de ódio e as *fake news*. Apesar do propalado objetivo, a verdade é que o "NetzDG" não se referia à desinformação, limitando-se a estabelecer obrigações a cargo das redes sociais, designadamente, o dever de, em 24 horas (prazo que, em certas circunstâncias, podia ser estendido até 7 dias), remover ou bloquear qualquer conteúdo manifestamente ilegal na aceção de certas disposições do Código Penal. Ainda assim, o "NetzDG" gerou fundadas dúvidas de constitucionalidade e compatibilidade com o Direito da União Europeia, tendo sido objeto de

na resposta ao fenómeno da desinformação, dispondo-se justamente a alcançar um balanceamento, por vezes frágil, entre valores e princípios conflituantes.

A investigação do fenómeno da desinformação tem-se deparado com múltiplos desafios e dilemas [17], estando atualmente em crise [18]. Além da *vexata quaestio* da definição daquilo que aqui trataremos por desinformação (em sentido amplo) [19] e da impossibilidade de estabelecer relações definitivas de causalidade entre a desordem informativa e o comportamento dos cidadãos e eleitores no mundo *offline*, esta área e os seus investigadores têm sido objeto de campanhas de desinformação e

alterações e estando agora largamente desprovido de objeto com a entrada em vigor do Regulamento dos Serviços Digitais. Para uma análise crítica *vide* Haupt, 2024.

A França adotou em 2018 a "Loi Organique n.º 2018-1201 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information" e a "Loi LOI n.º 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information", cujas disposições essenciais no combate à desinformação foram revogadas em 2024. Para uma análise à versão inicial da legislação cfr. Pitruzzella & Pollicino, 2021, p. 72 e ss.

Em 2021 entrou em vigor na Áustria a "Bundesgesetz über Maßnahmen zum Schutz der Nutzer auf Kommunikationsplattformen (Kommunikationsplattformen-Gesetz" ou "KoPl-G", estabelecendo a cargo das plataformas digitais obrigações substantivamente idênticas às que vieram a ser adotadas no Regulamento Serviços Digitais. Antes da aplicação deste Regulamento, o TJUE entendeu que a referida lei austríaca era incompatível com a Diretiva e-Comércio. *Vide* Acórdão do TJUE de 09.11.2023, *Google Ireland Limited et al. v. Kommunikationsbehörde Austria*, C-376/22.

17 Kupferschmidt, 2024, p. 478 e ss.

18 Pasquetto *et al*., 2024, p. 2.

19 O conceito de desinformação *lato sensu* abrange a desinformação *stricto sensu* ("conteúdo falso ou enganador, disseminado com a intenção de enganar ou de obter um benefício económico ou político e que poderá causar danos públicos"), a informação incorreta ou *misinformation* ("conteúdo falso ou enganador, partilhado sem intenção de prejudicar mas cujos efeitos podem causar danos"), as operações de influência ("esforços coordenados desenvolvidos por intervenientes internos ou externos com o objetivo de influenciar uma audiência-alvo através de vários meios enganadores, incluindo a supressão de fontes de informação independentes em combinação com a desinformação") e a interferência estrangeira ("esforços desenvolvidos por um interveniente estatal estrangeiro ou pelos seus agentes para corromper a livre formação e expressão da vontade política dos indivíduos, utilizando meios coercivos e enganadores"). Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre o *plano de ação para a democracia europeia*, Bruxelas, 3.12.2020, COM(2020) 790 final, p. 21.

manipulação da opinião pública, ora acusados de enviesamento ideológico (ao ponto de nos EUA se ter popularizado a expressão "complexo industrial da censura"), ora sendo alvo de perseguição política e judicial, ora tendo de lidar com a crescente resistência por parte das plataformas em linha em garantirem o acesso a dados relevantes para a investigação [20]. Paralelamente ao enfraquecimento das estruturas de investigação, e à boleia dos ventos políticos que sopram desde as eleições norte-americanas de 2024 [21], algumas plataformas digitais encontram-se a reorientar as suas estratégias no que toca à moderação de conteúdos [22], naquilo que perspetivamos ser, pelo menos fora da UE, um retrocesso.

O principal argumento deste texto é o de que a recente produção normativa no domínio digital na UE, sobretudo sob a forma de regulamentos diretamente aplicáveis em todos os Estados-Membros, está a fazer despontar aquilo que designamos por um *direito à integridade informacional* como decorrência do *direito de ser informado*. Assim, em termos muito modestos, pretendemos contribuir para a (possível) concetualização desse direito, que surge essencialmente como resposta à desinformação *lato sensu* e à manipulação artificial de conteúdos, nomeadamente pela IA generativa. Para aí chegarmos começaremos por abordar o papel da informação e da verdade nas sociedades democráticas e na esfera pública deliberativa, deixando ainda algumas considerações sobre a liberdade de expressão e de informação conforme garantidas na ordem jurídica nacional, supranacional e internacional.

2. O PAPEL DA INFORMAÇÃO EM SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS

Sabe-se que a expressão *democracia* se refere ao regime político em que o "governo deriva da vontade do povo" [23]. Esta indicação, apesar de reveladora, é insuficiente, na medida em que *democracia* significou "coisas diferentes para pessoas diferentes em diferentes épocas e locais" [24]. Atualmente, quando falamos de democracia podemos estar

[20] Napoli, 2024, p. 5.
[21] Sanger, 2025.
[22] Cfr. a carta enviada em 26.08.2024 pelo CEO da Meta ao Comité da Câmara dos Represented do Congresso dos EUA sobre o Poder Judicial (https://tinyurl.com/pph4p679) e a sua nova política "mais discurso e menos erros" publicada em 07.01.2025 (https://tinyurl.com/52zk7jy6).
[23] Morais, 2023, p. 67.
[24] Dahl, 2000, p. 11.

a falar do conjunto das ordens normativas democráticas, dos arranjos institucionais da tomada de decisão política, das estruturas sociais e económicas, e/ou dos valores básicos da comunidade politicamente organizada [25]. Aparte estes diferentes sentidos, a verdade é que a *democracia* que em regra temos em mente quando a ela nos referimos é a "democracia vinda do constitucionalismo moderno e reiterada, em conexão íntima com o Estado de Direito, após a segunda guerra mundial" [26]. Segundo Stimson, "a palavra 'democracia' está ligada ao simbolismo, à crença, ao patriotismo e a um compromisso quasi-religioso", sendo, por isso, uma espécie de "religião cívica" [27].

A democracia vem em muitas formas e feitios: desde a representativa, à participativa ou à deliberativa, apenas para citar as que mais nos interessam neste contexto. Apesar desta variedade de *formas democráticas*, é míster separar o "essencial do acessório" [28], reconhecendo-se que a democracia representativa é a espinha dorsal da estrutura de um moderno Estado de Direito Democrático. De facto, as demais, e em especial a democracia participativa e deliberativa, são "vias complementares de valorização" da democracia representativa, principalmente por permitirem a "discussão pública e informada" das decisões que dizem respeito ao bem comum [29]. Destas, as formas de democracia mais relevantes neste contexto são a democracia representativa e a democracia deliberativa. De forma algo simplista, para a teoria da democracia deliberativa a legitimidade das normas e das decisões que nos afetam coletivamente provém da circunstância de essas normas e decisões serem concebidas num processo de debate aberto entre cidadãos [30]. Já quanto à democracia representativa, esta traduz o exercício do poder político não diretamente pelo povo, mas por quem o povo aprova ou escolhe. No fundo, na democracia representativa somos regularmente chamados a "decidir quem serão os decisores" [31], e fazemo-lo através de eleições livres.

Sem prejuízo do *air du temps*, quer a democracia representativa, que pressupõe o exercício do direito de voto, quer a democracia

[25] Frankenberg, 2012, p. 250.
[26] Miranda, 2016, p. 81.
[27] Stimson, 2004, p. 170.
[28] Morais, 2023, p. 68.
[29] *Idem*.
[30] Howard, 2021, p. 184.
[31] Morais, 2023, p. 70.

deliberativa, que implica a participação num debate alargado e igualitário sobre temas referentes ao bem comum, quer a democracia participativa, que advoga a intervenção dos cidadãos no processo de tomada de decisão pública, parecem colocar algumas exigências qualitativas aos seus participantes. Por um lado, eles hão-de ter uma autonomia e capacidade mínima para participar nos processos democráticos. Por outro lado, eles hão-de estar minimamente informados, ora quanto à natureza dos diferentes projetos políticos que disputam o espaço público, ora quanto aos assuntos ou temas de interesse coletivo. Estamos, obviamente, no plano do *dever-ser* e não propriamente do *ser*. De facto, ACHEN e BARTELS explicam que a designada "teoria popular da democracia", segundo a qual votantes racionais tomam decisões informadas, não resiste ao escrutínio [32]. Segundo os Autores, a maioria dos cidadãos ignora a política grande parte do tempo, e quando prestam atenção, geralmente nos momentos eleitorais, tendem a basear o seu voto não numa análise retrospetiva da performance e do programa dos partidos, mas numa combinação entre (i.) aquilo que está a acontecer por altura das eleições (especialmente no plano económico), (ii.) lealdades pretéritas e (iii.) identidade social, fatores esses que em larga medida explicam os resultados eleitorais [33].

Do ponto de vista constitucional, a noção de informação "anda geralmente associada à ideia de tratamento ordenado e inteligível de dados de utilidade social, tendo em vista a sua transmissão através de um discurso articulado" [34], pese embora se reconheça que um conceito constitucionalmente *adequado* de informação na Era Digital possa ser mais amplo, "abrangendo tudo o que reentra na esfera pública" [35]. Em qualquer dos cenários, a informação é essencial à formação e expressão da vontade democrática. A montante e a jusante dos processos eleitorais é relativamente consensual a importância de uma esfera pública composta por cidadãos *bem* informados. Conforme explica RAWLS, "sem um público informado acerca dos problemas prementes, as decisões políticas e sociais cruciais não podem, simplesmente, ser tomadas" [36]. Assim, espera-se que o "cidadão democrático" esteja "informado sobre os assuntos políticos", conhecendo os "factos relevantes, as alternativas propostas e quais as

[32] Achen & Bartels, 2016, p. 14. e ss.
[33] *Idem*, p. 4.
[34] Machado, 2002, p. 473.
[35] Alexandrino, 2010, p. 852.
[36] Rawls, 1997, p. 773.

expectáveis consequências" [37], de tal modo que a "informação política é para a democracia o que o dinheiro é para a economia; é a moeda da cidadania" [38]. Conceber a informação enquanto a "moeda da cidadania democrática" tem essencialmente duas implicações: primeiro, os cidadãos devem ter acesso a informação factual que permita a avaliação das políticas públicas; segundo, os cidadãos devem usar esses factos para formar as suas preferências e opiniões. Numa palavra, a existência de uma democracia funcional "depende da capacidade dos seus cidadãos tomarem decisões informadas" [39] com base num "corpo de conhecimento e informação confiável" [40] a que o público adere.

Enunciar a importância da informação enquanto *chão comum* da esfera pública e da participação política não ilude as relações sempre contenciosas entre *política* e *verdade*, e entre *factos* e *opiniões*. O debate jurídico em torno da desinformação é muitas vezes prejudicado por dificuldades concetuais. Identificar conteúdos desinformativos implica um teste de pelo menos dois níveis, a que se soma o critério da *intencionalidade*. Primeiro, é preciso apreciar a natureza do discurso em causa, para excluir que se trata da expressão do pensamento ou da opinião. Em segundo lugar, há que formular um juízo sobre a factualidade ou veracidade do conteúdo. Ora, nenhuma destas tarefas é óbvia; as fronteiras entre expressão de opinião e informação são cada vez mais porosas e as tentativas de degradar os factos à condição de opiniões cada vez mais frequentes [41].

Nesta encruzilhada, nunca é demais convocar ARENDT que, há mais de meio século, tentou explicar a diferença entre factos e opiniões: "os factos são a matéria das opiniões, e as opiniões, inspiradas por diferentes interesses e diferentes paixões, podem diferir largamente e permanecer legítimas enquanto respeitarem a verdade de

[37] Kuklinski *et al*., 2000, p. 790.
[38] *Idem*, p. 791.
[39] Lewandowsky, 2020, p. 11.
[40] Lewandowsky, 2023, p. 1.
[41] A título exemplificativo, veja-se uma publicação recente de um utilizador português da rede social "X" que afirma o seguinte: "Antes do 25 de Abril, o Código Penal de Portugal incluía penas como prisão perpétua e pena de morte. § Após a Revolução, essas penas foram abolidas e a máxima passou a ser de 25 anos. § Após o 25 de Abril de 1974, a criminalidade em Portugal aumentou cerca de 60% até hoje." Estamos perante a expressão de um pensamento ou a transmissão de uma informação (falsa)?

facto" [42]. Um *facto* é um acontecimento ou circunstância do mundo exterior, pertencente ao passado ou ao presente, concretamente definida no tempo e no espaço, apresentando as características de um objeto. Nesta exata medida, os factos têm um caráter despótico, estando para lá do acordo, do consentimento ou do debate, visto que eles não são estabelecidos por essa via: "podemos discutir uma opinião importuna, rejeitá-la ou transigir com ela, mas os factos importunos têm a exasperante tenacidade que nada pode abalar a não ser as mentiras puras e simples" [43]. Como disse DICK, "*reality is that which, when you stop believing in it, doesn't go away*" [44].

Nestes tempos da *pós-verdade* e dos *factos alternativos*, é relevante estabelecer uma diferença entre o "julgamento do facto" e o "julgamento sobre o facto"; o primeiro é objetivo e está associado a um processo ontológico-cognitivo; o segundo é subjetivo e depende de um processo interpretativo [45]. Podem ser feitos inúmeros julgamentos sobre um dado facto, mas nenhum deles é capaz de o mudar. Não é por isso de espantar que ARENDT trate a verdade como "o solo sobre o qual nos mantemos" enquanto comunidade [46]. Sem partilharmos esse senso comum, sem um horizonte mínimo de acordo quanto à natureza coerciva dos factos, então entre os cidadãos participantes da esfera pública tudo pode acontecer, menos um debate [47]. Nesse cenário, é a sociedade que é atingida nos seus alicerces, passando o edifício político e social a assentar na desconfiança e no cinismo [48].

3. A DESINFORMAÇÃO NA ERA DIGITAL: VINHO VELHO EM ODRES NOVOS

A desinformação enquanto instrumento ao serviço de interesses políticos ou económicos não é uma novidade, sendo tão antiga quanto a existência de meios de comunicação social. Esta constatação, porém, não ilude a circunstância de o problema da desinformação na Era Digital se ter agravado e amplificado significativamente, a que não é

[42] Arendt, 2006, p. 248 e ss.
[43] Arendt, 2006, p. 251.
[44] Dick, 1985, p. 4.
[45] Dantas & Santos, 2020, p. 66.
[46] Arendt, 2006, p. 273.
[47] Dantas & Santos, 2020, p. 64.
[48] d'Allonnes, 2020, p. 27.

alheio a forma como a *internet* alterou a estrutura da informação. De facto, a *internet* permitiu um sistema descentralizado de produção da informação, em que qualquer um com uma ligação à *internet* pode ser um criador com um custo baixíssimo [49]. Depois, para tornar essa enorme massa de informação efetivamente utilizável, tornou-se essencial o papel daqueles que a processam, classificam, ordenam e apresentam ao público. Aqui, mais do que os tradicionais meios de comunicação social, atualmente em crise, é preciso destacar as plataformas digitais — os motores de busca e as redes sociais — como os novos *gatekeepers* da informação no ciberespaço.

Vivemos numa "ambiguidade congénita" [50]: por um lado, há uma descentralização e abertura máxima na produção de informação (acessível a todos com uma ligação à *internet*); por outro lado, há um forte impulso para a centralização dos serviços que tornam a informação acessível e utilizável num pequeno punhado de gigantes tecnológicas, que atuam como os novos *gatekeepers*. No ecossistema digital moderno, a desinformação tende a ser produzida, distribuída e amplificada com muito maior eficácia [51], por várias razões que não podemos aqui desenvolver, mas que se prendem com o baixo custo de produção, o funcionamento dos algoritmos, a generalização dos *Largue Language Models* e da IA generativa, a própria lógica inerente à economia da atenção, a perda de confiança nos meios de comunicação social tradicionais, a perceção de impunidade por quem promove as campanhas de desinformação, a polarização da sociedade e a crescente comunicação emocional em lugar da comunicação racional.

Neste contexto, cabe apenas constatar que, atualmente, a desinformação se serve de velhas e novas técnicas [52], em constante aperfeiçoamento e desenvolvimento. Do lado das novas técnicas, é sobretudo relevante a desinformação produzida e amplificada em formato multimédia, visto que as imagens, os vídeos e os áudios têm maior poder persuasivo do que o texto [53] e dificultam os próprios processos tecnológicos de deteção da desinformação. No caso dos formatos multimédia, a grande preocupação centra-se nas falsificações profundas ou

[49] Pitruzzella & Pollicino, 2021, p. 13.
[50] *Idem*, p. 14.
[51] *Idem*, p. 19.
[52] Rocha, 2023, p. 140 e ss.
[53] Lewandowsky, 2020, p. 63.

deepfakes, principalmente no contexto eleitoral [54]. Os *deepfakes* são conteúdos gerados artificialmente que mimetizam uma pessoa, um objeto, um local ou um acontecimento real, tornando potencialmente impossível, mesmo para os próprios sistemas de IA, distinguir o artificial do original [55]. É inegável o potencial dos *deepfakes*, principalmente se utilizados para fins de manipulação política, na produção de desinformação: as falsificações profundas exacerbam o problema da desinformação, tornando-a mais eficaz e crível. A mera capacidade de, para fins políticos, produzir *deepfakes* indistinguíveis de acontecimentos reais é suficiente para destruir a confiança na esfera pública, na democracia e nos processos eleitorais [56], na medida em que todos podem afirmar, a qualquer momento, que determinado conteúdo ou acontecimento é fabricado, mesmo quando é autêntico. Existem já evidências empíricas da utilização de ferramentas de deteção de *deepfakes* para descredibilizar imagens e vídeos autênticos no contexto da guerra na Ucrânia [57] e na Faixa de Gaza [58].

---

[54] Uma sondagem de 2023 revelou que mais de 70% dos cidadãos no Reino Unido e na Alemanha que responderam entender o que são as tecnologias de IA e os *deepfakes* estavam preocupados com a ameaça que essas tecnologias representam para os processos eleitorais. Essa percentagem descia para 57% no caso de França. Cfr. https://tinyurl.com/hwsedp2a. Consultado em: 21.02.2025.

[55] Rini, 2020, p. 1.

[56] O caso da Roménia ilustra bem os riscos que a desinformação coloca aos processos democráticos. Em dezembro de 2024, o Tribunal Constitucional romeno anulou a primeira volta das eleições presidenciais, dando como provado a existência de uma campanha de interferência estrangeira nas eleições através da rede social "TikTok" (utilizada por cerca de 47% dos romenos). Em causa não está a distribuição de desinformação *stricto sensu* ou a produção de *deepfakes*, mas antes a utilização massiva de contas inautênticas (cerca de 600 mil) e de "influenciadores digitais" para manipular os algoritmos de recomendação e promover artificialmente, através de propaganda política dissimulada, um dos candidatos.

A Comissão Europeia está já a investigar potenciais violações do Regulamento dos Serviços Digitais pelo "TikTok". O Regulamento (UE) 2024/900 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de março de 2024, sobre a transparência e o direcionamento da propaganda política, *JO L, 2024/900, 20.3.2024*, que produz efeitos a partir de 10 de outubro de 2025, vem introduzir novas obrigações de transparência no que toca à identificação de anúncios de cariz político e regras para o direcionamento e distribuição de anúncios no contexto da propaganda política *online*. Cfr. https://tinyurl.com/y9ac5dsw e https://tinyurl.com/49rya4jr. Ambos consultados em: 22.02.2025.

[57] Twomey, 2023, p. 3.

[58] Maiberg, 2023.

4. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO NO CONFRONTO COM A DESINFORMAÇÃO

Como vimos, a desinformação põe em rota de colisão a liberdade de expressão e de informação com outros valores e bens constitucionalmente protegidos. Desde logo, é preciso salientar que a desinformação, por si e em regra, não corresponde a um conteúdo ilegal à luz dos ordenamentos jurídicos nacionais ou europeu, a menos que preencha um qualquer ilícito típico. Assim, em regra, a desinformação é ainda muitas vezes entendida como discurso (constitucionalmente) protegido à luz da liberdade de expressão [59].

A garantia da liberdade de expressão figura hoje na maioria dos catálogos de direitos fundamentais, seja a nível internacional [60], seja a nível regional [61], seja na União Europeia [62], seja a nível nacional [63]. Estamos, portanto, perante uma tutela verdadeiramente multinível. Compreende-se que assim seja: a liberdade de expressão e de informação, enquanto pedra angular de uma sociedade livre e democrática, serve várias finalidades ou objetivos, desde a procura da verdade, a garantia de um "mercado livre de ideias" [64], a participação no processo de autodeterminação democrática, o controlo da atividade governativa e do exercício do poder, a proteção do pluralismo, a acomodação de interesses, a transformação pacífica da sociedade e a expressão da personalidade individual associada à dignidade da pessoa humana [65]. Ao contrário do que sucede nos EUA, em que há uma proteção absolutizante do *free*

[59] Esta visão é particularmente vincada nos EUA onde o Supremo Tribunal, escudado na 1.ª Emenda à Constituição americana, adota uma visão *amiga* da liberdade de expressão ("*more speech, not less*"), mesmo perante a falsidade. Ainda em 2012, o Tribunal afirmava, em *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012), que "o remédio para o discurso falso é o discurso verdadeiro. É assim que funciona normalmente qualquer sociedade livre. A resposta ao irracional é o racional; ao desinformado, o esclarecido; à mentira descarada, a simples verdade. A supressão do discurso pelo governo pode tornar a revelação da falsidade mais difícil, e não menos".

[60] Veja-se o art. 19.º da DUDH e o art. 19.º do PIDCP.

[61] Cfr. o art. 10.º da CEDH.

[62] *Vide* o art. 11.º da CDFUE.

[63] Cfr., *inter alia*, o art. 37.º da CRP.

[64] Na célebre expressão de Oliver Wendell Holmes no seu voto vencido no caso *Abrams v. United State*s, 250 U.S. 616 (1919)

[65] *Vide*, por todos, Machado, 2002, p. 237 e ss.

speech, a tradição europeia é distinta, reconhecendo-se à liberdade de expressão uma "natureza maleável" [66], passível de ser balanceada e articulada com outros direitos e valores fundamentais. Esta maleabilidade resulta evidente do art. 10.º da CEDH que enuncia o princípio-regra da liberdade, mas logo reconhece que a liberdade de expressão e de informação "implica deveres e responsabilidades", pelo que não é absoluta e pode estar sujeita a limites. Em geral, para que se possam estabelecer restrições à liberdade de expressão e de informação, três requisitos hão-de estar preenchidos [67]: (i.) as restrições terão de ser fixadas por lei, (ii.) têm de passar o teste da proporcionalidade, e (iii.) devem ser orientadas à salvaguarda de outros interesses constitucionalmente relevantes numa sociedade democrática.

Questão importante é a diferenciação entre liberdade de expressão e liberdade de informação. Autores há que não autonomizam estas duas liberdades, referindo-se a uma liberdade de expressão em sentido amplo [68]. No âmbito da CRP, parece ser adequada a separação destas duas liberdades, tendo até em conta que o legislador se refere expressamente a um *direito de informação*. Assim, de um lado temos o direito de expressão do pensamento, de ideias e de opiniões, e do outro lado temos o direito de recolher, receber e transmitir informações [69].

O direito de informação, que está diretamente ligado ao princípio democrático e ao interesse na formação da opinião pública [70], integra três níveis: o *direito de informar*, o *direito de se informar* e o *direito de ser informado*. Este último, da maior relevância no nosso contexto, corresponde ao lado positivo do direito de se informar, consistindo num direito a ser mantido adequada e verdadeiramente informado [71], desde logo pelos meios de comunicação social

66 Pitruzzella & Pollicino, 2021, p. 39.
67 *Idem*, p. 39.
68 Machado, 2002, p. 370.
69 Canotilho & Moreira, 2014, p. 572 e ss.
70 Alexandrino, 2010, p. 852.
71 *Vide* o Acórdão do TC n.º 292/2008, proc. n.º 459/07, § 12. Também o Acórdão do TC n.º 113/97, proc. n.º 62/96, § 2.1., onde se lê que "se apresenta recheada de dificuldades a questão ligada à delineação do que seja a informação (consubstanciadora do "direito de crónica" onde avultará ou, se se quiser, haverá maior vinculação à verdade, à objectividade à fidelidade com a

e pelos poderes públicos [72], sem impedimentos, discriminações ou interferências por parte de atores estatais ou não estatais que pretendam explorar o ecossistema informativo para obter ganhos estratégicos, políticos ou económicos. Daqui resulta, desde logo, uma diferença relevante entre o direito de expressão e o direito de informação: o direito de expressão não supõe um dever de fidelidade ou veracidade perante os factos, ou sequer a sua inteligibilidade [73], ao passo que direito de informação tem por objeto discurso que preencha os requisitos da inteligibilidade, da utilidade social, da veracidade, da integridade e da moderação formal [74].

Quer no contexto nacional, quer no contexto internacional, e como decorrência do fenómeno desinformativo, tem-se acentuado a tendência para considerar que o *direito a receber informação* e o *direito de ser informado*, não tem por horizonte qualquer tipo de informação, mas informação verdadeira ("enquanto correspondência entre o conteúdo de uma proposição e a realidade dos factos" [75]), autêntica e genuína, "não-poluída" [76]. Isto porque só essa informação está corretamente orientada para a formação da opinião pública, para a autodeterminação democrática e para o funcionamento da democracia, que é aquilo que o direito de informação visa também garantir e proteger. Segundo VIOLANTE, "as democracias são baseadas no princípio da proteção da confiança, ou seja, na razoável presunção de que as aparências correspondem à realidade" [77].

Assim, temos não apenas um direito a ser informados e a receber informação, mas a receber informação com determinadas qualidades epistémicas, como sejam, para o que aqui nos interessa, a veracidade e a integridade. De facto, "se protegemos o direito dos cidadãos a receber informação, isso implica inevitavelmente uma referência à necessidade de informação não-poluída que seja corretamente

factologia e à neutralidade, sem embargo de aí se poderem incluir juízos valorativos) e a opinião".

72 Resta saber se o *gatekeeping* das plataformas digitais privadas, que exercem materialmente poderes públicos, não permite estender-lhes também, ainda que limitadamente, este dever.

73 Alexandrino, 2010, p. 848.

74 *Idem*, p. 852.

75 Machado, 2002, p. 243

76 Pitruzzella & Pollicino, 2021, p. 41.

77 Violante, 2013, p. 4. Em sentido idêntico, *vide* Machado, 2002, p. 243.

orientada à formação virtuosa da opinião pública" [78]. Mesmo aqueles que têm como ponto de partida o "mercado livre de ideias" e uma liberdade de expressão funcionalizada à "procura da verdade" hão-de reconhecer aos poderes público, sem que com isso entrem em contradição, um dever de interferência e regulação (ou seja, não de *restrição* da liberdade de expressão e de informação, mas um dever de *condicionamento* ou *conformação* para viabilizar o próprio exercício dessa liberdade) para efetuar "correções ao mercado das ideias" [79], especificamente quando em causa esteja a potencial manipulação dos cidadãos, com todas as consequências que daí decorrem para a autonomia individual e a confiança, através de 'artefactos' digitais sintéticos que falsificam a realidade ou a campanhas de desinformação agressivas e orientadas por algoritmos que 'incendeiam' o ecossistema informativo.

É com base nestes argumentos que se podem admitir medidas legislativas para limitar a capacidade expansiva do fenómeno da desinformação digital. Acima de tudo, está em causa a modelação ou adequação à Era Digital e ao hodierno ecossistema informativo das categorias de discurso (constitucionalmente) protegido, procurando-se fazer recuar, sem obliterar, a tutela jusfundamental perante discurso que não preencha certos requisitos objetivos, especialmente a sua veracidade e integridade, traduzida na exatidão, coerência e genuinidade da informação no sentido, *inter alia*, da sua não manipulação ou geração artificial [80]. Para Pitruzzella & Pollicino [81]:

> "se o constitucionalismo europeu considera a liberdade de expressão como funcional às necessidades informativas do público, e, indiretamente, à formação da opinião pública e ao funcionamento da democracia, o reconhecimento do direito a ser informado traduz-se na previsão de um direito a informação *correta*. É precisamente este reconhecimento, por vezes explícito, por vezes implícito, que permite encontrar no constitucionalismo europeu os

[78] Pitruzzella & Pollicino, 2021, p. 41.
[79] Machado, 2002, p. 368.
[80] Segundo Jónatas Machado, o Tribunal Constitucional federal alemão tem sustentado a natureza constitucional da tarefa de formação da opinião pública, considerando que a comunicação de informações erradas não constitui um bem digno de tutela constitucional. Cfr. Machado, 2002, p. 419.
[81] Pitruzzella & Pollicino, 2021, p. 58.

anticorpos para combater a difusão de *bad information*, a começar pelas *fake news*".

A ONU define a integridade informacional como a "exatidão, consistência e confiabilidade da informação" [82], advogando que esta implica um "espaço de informação pluralista que defenda os direitos humanos, sociedades pacíficas e um futuro sustentável", contendo em si a promessa de uma Era Digital que promove a confiança, o conhecimento e a escolha individual para todos" [83]. Nos *Princípios Globais para a Integridade Informacional*, a ONU, além de elencar cinco princípios para reforçar a integridade informacional (confiança e resiliência das sociedades; independência, liberdade e pluralidade dos órgãos de comunicação social; transparência e investigação; capacitação dos cidadãos; e incentivos saudáveis), destaca que os avanços no campo da IA generativa fazem surgir riscos para o ecossistema informativo em larga escala e a custos mínimos: "o conteúdo gerado ou mediado pela IA, com a pretensão de ser real ou original, pode ser altamente credível, emocionalmente impactante e difícil de detetar", tendo o potencial de criar, acelerar ou aprofundar défices de confiança [84].

5. O REGULAMENTO SERVIÇOS DIGITAIS, O REGULAMENTO INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A (POSSÍVEL) CONCETUALIZAÇÃO DE UM NASCENTE 'DIREITO À INTEGRIDADE INFORMACIONAL'

A UE está alerta para o problema da desinformação pelo menos desde 2015, tendo-o elevado ao topo das suas preocupações políticas no âmbito da preparação das eleições para o Parlamento Europeu de 2018 e de 2024 [85]. Na cruzada europeia contra a desinformação, há que reconhecer essencialmente duas fases: a primeira, entre 2015 e 2022, em que a União se dedicou ao estudo do fenómeno e à adoção ou promoção de instrumentos jurídicos de *soft law* [86], com

[82] United Nations, 2023, p. 5.
[83] United Nations, 2024, p. 3.
[84] *Idem*, p. 8
[85] Rocha, 2023, p. 152.
[86] Para uma análise crítica destas fontes de "direito regulatório informal" *vide* Lopes, 2020, p. 443 e ss.

uma profusão de comunicações e planos da Comissão Europeia [87]. Significativo nesta fase é a adoção, em 2018, do Código de Conduta da UE sobre a Desinformação, criticado pela sua falta de ambição, o que levou ao seu reforço em 2022 e, novamente, em 2024 [88], desta vez para a sua integração no Regulamento dos Serviços Digitais [89]. Na segunda fase, que segue desde 2022, assiste-se a uma viragem para os instrumentos regulatórios para tentar melhorar e tornar mais transparente o ecossistema informativo, designadamente com o Regulamento dos Serviços Digitais e com o Regulamento da Inteligência Artificial [90].

Tanto o DSA como o AIA compõem a estratégia europeia para lidar com os riscos digitais, integrando aquilo que alguns designam como a nova "Constituição Digital europeia", num âmbito de um processo de "constitucionalização invisível da UE" [91]. No caso do DSA, o objetivo passa por fomentar plataformas digitais mais responsáveis de modo a proteger os valores europeus, criando um ambiente *online* mais seguro, previsível, fiável e protetor dos direitos fundamentais (n.º 1 do art. 1.º DSA); já no caso do Regulamento da Inteligência Artificial, pretende-se promover a inovação e garantir a confiança numa IA *humanocêntrica* que assegure a proteção da saúde, da segurança e dos direitos fundamentais, incluindo a democracia, o Estado de Direito e o ambiente (art. 1.º, n.º 1 AIA).

Nenhum destes atos normativos tem como exclusivo ou sequer principal desiderato a mitigação da desinformação no espaço digital, pese embora não se possa dizer que a reposição da "ordem informativa" não tenha estado no horizonte do legislador europeu. Basta atender aos considerandos dos dois Regulamentos: no DSA, a palavra "desinformação" aparece referida 13 vezes nos considerandos e

87 Descritivamente, cfr. Rocha, p. 152 e ss.

88 Cfr. https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/code-conduct-disinformation. Consultado em: 13.02.2025.

89 Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de outubro de 2022, relativo a um mercado único para os serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE, *JO L 277, 27.10.2022*, (citado apenas como Regulamento dos Serviços Digitais e abreviado para "DSA").

90 Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024, que cria regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial, *JO L, 2024/1689, 12.7.2024* (doravante citado apenas como Regulamento da Inteligência Artificial ou "AIA").

91 Castro, 2023, p. 14.

nenhuma vez nas normas do Regulamento [92]; no AIA a desinformação merece quatro referências, com destaque para o Considerando 133), onde o problema é tratado sob o prisma da IA generativa:

> "Um número de sistemas de IA consegue gerar grandes quantidades de conteúdos sintéticos que se tornam cada vez mais difíceis para os seres humanos de distinguir dos conteúdos gerados por seres humanos e autênticos. A ampla disponibilidade e o aumento das capacidades desses sistemas têm um impacto significativo na integridade e na confiança no ecossistema da informação, suscitando novos riscos de desinformação e manipulação em grande escala, fraude, usurpação de identidade e dissimulação dos consumidores".

Sem pretensões de exaustão, o DSA veio introduzir uma série de obrigações de diligência a cargo dos prestadores de serviços intermediários, obrigações essas que vão num crescendo regulatório em função do tamanho e natureza do prestador. Quanto maior (em número de utilizadores) for o prestador, mais riscos a sua atividade comporta e, portanto, mais obrigações deve suportar. Várias dessas obrigações, apontadas à moderação de conteúdos e, logo, a uma proteção procedimentalizada da liberdade de expressão *online* [93], têm direta ou indiretamente impacto no ecossistema da desinformação. Apenas para dar dois exemplos, no quadro da moderação de conteúdos, todos os intermediários estão obrigados, de forma inequívoca, a identificar nos seus termos e condições quais os conteúdos não permitidos na plataforma digital, definindo rigorosamente os critérios que permitem a classificação de um conteúdo como desinformação

[92] Em especial, do Considerando 9) resulta que o DSA tem por objetivo "assegurar um ambiente em linha seguro, previsível e fiável, combatendo a difusão de conteúdos ilegais em linha e os riscos sociais que a difusão de desinformação ou de outros conteúdos pode gerar".

[93] Note-se que o DSA é neutro do ponto de vista daquilo que seja ou não discurso constitucionalmente protegido pela liberdade de expressão. De facto, o DSA abdica de delimitar o que sejam conteúdos ilegais, preferindo remeter a questão para as ordens jurídicas dos Estados-Membros e para outras normas de Direito da União (*vide* al. *h)* do art. 3.º). Já quanto à desinformação, ela não aparece tratada enquanto conteúdo ilegal, mas enquanto "informações incompatíveis" com os termos e condições dos serviços digitais, cabendo às plataformas digitais proceder à sua delimitação (al. *t)* do art. 3.º).

(art. 14.º DSA). Tendo em conta que muitas vezes a desinformação nas plataformas digitais é monetizada através da publicidade em linha, o DSA introduz a obrigação de que todos os conteúdos publicitários sejam claramente identificados enquanto tal e que seja possível conhecer a pessoa individual ou coletiva que paga o anúncio, e bem assim, os parâmetros utilizados para o microdirecionamento desse conteúdo (art. 22.º DSA). Adicionalmente, as plataformas de muito grande dimensão (VLOP) e os motores de pesquisa de muito grande dimensão (VLOSE) [94] têm de organizar repositórios públicos com todos os anúncios que no ano anterior tenham estado acessíveis nas suas plataformas (art. 39.º DSA).

Para as VLOP e os VLOSE o cerne do DSA está nas obrigações de gestão dos riscos digitais. O Regulamento conclui que as grandes plataformas e motores de busca, por otimizarem os seus modelos de negócio em torno da atenção e da dependência dos utilizadores, suscitam preocupações sociais pelo impacto que a sua utilização pode ter na formação da opinião pública e no discurso cívico [95]. Consequentemente, o DSA identifica uma série de riscos e danos sistémicos que decorrem da conceção, funcionamento e utilização das VLOP e dos VLOSE, impondo aos intermediários uma obrigação anual de identificação, análise e avaliação prospetiva dos riscos societais associados às suas plataformas digitais. No n.º 1 do art. 34.º, o DSA identifica quatro categorias de riscos sistémicos: efeitos negativos, reais ou expectáveis, das VLOP e dos VLOSE (i.) no exercício dos direitos fundamentais, incluindo na liberdade de expressão e no pluralismo dos meios de comunicação social, (ii.) no discurso cívico e nos processos eleitorais, bem como na segurança pública, (iii.) em relação à violência de género, proteção da saúde pública, menores, saúde mental e física, e (iv.) a difusão de conteúdos ilegais (o que não abrangerá, via de regra, a desinformação). A questão da desinformação deverá ser analisada por referência a todas as categorias de risco sistémico, com exceção da última.

Em função dos resultados dessas avaliações, as VLOP e os VLOSE estão, de acordo com o art. 35.º DSA, obrigadas a adotar medidas razoáveis, proporcionais e eficazes para atenuar os riscos sistémicos

[94] As plataformas e motores de busca que tenham um número médio de utilizadores na UE igual ou superior a 45 milhões, e que como tal sejam designados pela Comissão Europeia, nos termos dos arts. 33.º DSA.

[95] Cfr. Considerando 79).

identificados, protegendo os direitos fundamentais dos utilizadores. O Regulamento dá uma série de exemplos de medidas razoáveis e proporcionais (n.º 1 do art. 35.º DSA), estando uma delas diretamente relacionada com os *deepfakes* e a integridade informacional: as plataformas e motores de busca são incentivados a adotar as medidas técnicas necessárias para garantir que um "elemento de informação, quer se trate de uma imagem, de áudio ou vídeo gerado ou manipulado" artificialmente seja distinguível dos conteúdos autênticos, designadamente através da introdução nos interfaces das plataformas de "marcações visíveis", igualmente se permitindo aos utilizadores que assinalem que certo "elemento de informação" é uma falsificação profunda (al. *k)*, n.º 1 do art. 35.º DSA). Por outro lado, uma outra medida que as VLOP e os VLOSE são chamados a ponderar, no âmbito da atenuação dos riscos digitais, é a adoção de mecanismos de sensibilização e a adaptação das interfaces de modo a dar mais informação aos utilizadores (al. *i)*, n.º 1 do art. 35.º DSA). Apesar de a norma não o referir expressamente, esta medida é especialmente dirigida às campanhas de desinformação, considerando que a atenuação dos riscos a que as plataformas estão obrigadas se pode alcançar através da colocação junto de conteúdos que constituam desinformação de etiquetas de aviso, notas da comunidade, painéis de contexto e/ou remissão para fontes credíveis. No quadro do Código de Conduta da UE sobre a Desinformação, VLOP e VLOSE assumiram o compromisso de equipar melhor os utilizadores para identificarem a desinformação, designadamente através de rótulos que indiquem as classificações dos verificadores de factos, avisos aos utilizadores que tentem partilhar ou tenham partilhado anteriormente conteúdo classificado como desinformação. A assunção destes compromissos no âmbito do Código de Conduta não é de somenos, na medida em que adesão aos códigos de conduta elaborados no âmbito do DSA e o seu cumprimento pelas plataformas digitais é em si mesmo considerado como uma medida adequada de atenuação de riscos (al. *h)* do n.º 1 do art. 35.º DSA).

Também o Regulamento da Inteligência Artificial estabelece obrigações a cargo dos agentes económicos com impacto (significativo) na "desordem informativa". Tratam-se, na terminologia do AIA, de "obrigações de transparência" e estão previstas no Capítulo IV, aplicando-se, a partir de 2 de agosto de 2026 (art. 113.º AIA), pese embora os signatários do Código de Conduta da UE sobre a Desinformação já se tenham comprometido a alinhar as suas práticas e sistemas com o previsto no AIA, antecipando, pois, a implementação das soluções aí preconizadas. As obrigações de transparência são, na verdade, o

correspetivo do direito à integridade informacional a que *infra* se aludirá, visando contribuir para uma esfera comunicacional digital confiável, autêntica e genuína.

Para o tema que nos aqui ocupa, as obrigações de transparência ou de revelação (*rectius*, de integridade) são aplicáveis aos prestadores de sistemas de IA [96], incluindo sistemas de IA de finalidade geral (por exemplo, o "ChatGPT", o "Midjourney" ou o "Adobe Firefly"), e aos responsáveis pela implantação [97] de sistemas de IA que gerem conteúdos multimédia sintéticos, sejam eles de áudio, imagem, vídeo ou texto. Os prestadores de sistemas de IA têm, a montante, de assegurar que os resultados ou conteúdos sintéticos produzidos pela IA são etiquetados ou marcados num formato legível por máquina e detetáveis como tendo sido gerados ou manipulados artificialmente (n.º 2 do art. 50.º AIA) [98]. Os prestadores devem assegurar que as soluções técnicas de marcação são eficazes, interoperáveis, sólidas e fiáveis. Estas técnicas podem incluir marcas de água, identificações de metadados, métodos criptográficos para comprovar a proveniência e a autenticidade do conteúdo, métodos de registo, impressões digitais ou outras, segundo uma lógica de reserva do tecnologicamente possível. A jusante, e estando em causa um *deepfake* [99], os responsáveis pela implantação dos sistemas de IA estão sujeitos a uma obrigação de revelação de que se trata de uma falsificação profunda, i.e., um conteúdo multimédia gerado (IA generativa) ou manipulado artificialmente por um sistema de IA (n.º 4 do art. 50.º AIA). Estão dispensados desta obrigação as utilizações no âmbito da investigação criminal, estando ainda prevista uma redução da intensidade do dever

[96] De acordo com o n.º 3 do art. 3.º do AIA, são "prestadores" as pessoas singulares ou coletivas, autoridades públicas, agências ou outros organismos que desenvolvam, ou mandem desenvolver, um sistema de IA ou um modelo de IA de finalidade geral e o coloquem no mercado, a título oneroso ou gratuito.

[97] Nos termos do n.º 4 do art. 3.º do AIA, os "responsáveis pela implantação" são as pessoas singulares ou coletivas, autoridades públicas, agências ou outros organismos que utilizem um sistema de IA sob a sua própria autoridade, com exclusão de utilizações de natureza pessoal e caráter não profissional.

[98] Há exceções: a obrigação de marcação cai no âmbito da investigação criminal ou se o sistema de IA desempenhar uma função de apoio à edição ou não alterar substancialmente os *inputs* ou a sua semântica — n.º 2 do art. 50.º AIA.

[99] O AIA define falsificação profunda no n.º 60 do art. 3.º como os "conteúdos de imagem, áudio ou vídeo gerados ou manipulados por IA, que sejam semelhantes a pessoas, objetos, locais, entidades ou acontecimentos reais, e que possam levar uma pessoa a crer, erroneamente, que são autênticos ou verdadeiros".

de revelação quando se trate de obra ou programa de natureza "manifestamente artística, criativa, satírica, ficcional ou análoga", devendo nestes casos divulgar-se a existência de falsificações profundas por vias adequadas a não prejudicar a exibição ou fruição da obra, tudo para tutela da liberdade de criação artística (art. 13.º CDFUE). À parte este regime especial, a informação preconizada pela obrigação de marcação e pela obrigação de revelação tem de ser prestada às pessoas singulares de forma clara e percetível o mais tardar aquando da primeira interação ou exposição ao conteúdo sintético, por força do n.º 5 do art. 50.º AIA.

As obrigações ora enunciadas, previstas no DSA e no AIA, permitem afirmar que está a emergir no espaço da UE um novel direito à integridade informacional. Este direito está diretamente relacionado com o ecossistema informativo digital e com as liberdades comunicativas, surgindo como resposta ao potencial da IA, especialmente da IA generativa, para exacerbar o problema da desinformação na esfera digital. Trata-se de um direito totalmente compatível com a liberdade de expressão e de informação, visando salvaguardar outros bens merecedores de tutela constitucional, tais como a confiança, o pluralismo, a saúde pública, a ciência e a própria democracia.

O direito à integridade informacional tem como conteúdo a garantia da autenticidade e genuinidade das representações digitais da realidade. Estruturalmente, tem como correspetivo a imposição, a quem opera ou coloca no mercado certos serviços e sistemas, de obrigações de informação, revelação ou contextualização de determinados artefactos digitais. Não corresponde a censura ou a uma interferência ilegítima na liberdade de expressão e de informação. Antes, opera pela positiva, expandindo qualitativamente o *direito a ser informado*. O direito à integridade informacional não proíbe ou exclui a circulação de conteúdos na arena digital, mesmo quando se tratem de falsificações profundas ou de conteúdos desinformativos. Todavia, pretende revelar a origem desses conteúdos e dar-lhes contexto. Quer assegurar a transparência e a revelação ao público de artefactos digitais que sejam deturpados, falsificados, alterados ou criados *ex novo*, quando não tenham qualquer correspondência com os factos. Em concreto, o direito à integridade informacional está neste momento a ser concretizado de dois modos: através das medidas de transparência e sensibilização que as VLOP e os VLOSE devem adotar, tais como os avisos da comunidade ou de contexto; e, sobretudo, através da obrigação de marcação para os conteúdos sintéticos, e da obrigação de revelação para os *deepfakes*.

O direito à integridade informacional é uma decorrência da liberdade de informação, na vertente do *direito a ser informado*. Em particular, pode entender-se o *direito a ser informado* como um direito que envolve prestações do Estado (por exemplo, a existência de um serviço público de rádio e de televisão), ou, pelo menos, "uma criteriosa regulamentação das atividades jornalística, de radiodifusão e de radiotelevisão, no sentido de garantir um serviço informativo e formativo de qualidade" [100]. Precisamente, o direito à integridade informacional exige do Estado uma atividade normativa que vise a reposição da ordem informativa e da confiança dos cidadãos na genuinidade e autenticidade das representações da realidade que circulam *online*, de modo a evitar prejuízos e danos coletivos e individuais.

Ainda assim, a integridade informacional não se confunde, porque é menos ambiciosa, com um direito à verdade ou uma proibição da mentira em Estados constitucionais, aliás como defendida por alguns Autores [101]. O direito à integridade informacional não interfere, antes contribui, para a ideia de "busca da verdade". Em vez de impedir a produção e circulação de desinformação, conteúdos sintéticos ou *deepfakes*, centra-se, em nome da proteção da democracia, da confiança e da esfera pública, em garantir que estes conteúdos possam ser mais facilmente identificados pelo aquilo são, para diminuir a sua nocividade. Trata-se de um direito apontado à higiene democrática, do discurso cívico e da esfera pública, militando a favor da manutenção do consenso em torno dos factos. E até se pode dizer que está já presente noutros setores normativos, como a publicidade comercial ou a defesa do consumidor.

Trata-se de um direito em vias de afirmação e de frágil concetualização, mas que julgamos se irá impor gradualmente com a generalização da IA e as suas crescentes capacidades, contribuindo para uma tentativa de melhor balancear os valores e interesses em confronto, e quem sabe diminuindo os incentivos à produção e distribuição da desinformação. Só o futuro o dirá.

BIBLIOGRAFIA

Achen, Christopher H., & Bartels, Larry M. (2016). *Democracy for Realists: Why Elections Do Not Produce Responsive Government*. Princeton University Press.

[100] Machado, 2002, p. 476.
[101] *Vide*, por todos, Häberle, 2006, pp. 125, 133 e 147.

Alexandrino, José de Melo (2014). Art. 37.º In Miranda, Jorge & Medeiros, Rui (Eds.), *Constituição Portuguesa Anotada* (2.ª ed., Tomo *I)*. Wolters Kluwer/Coimbra Editora.

Amnesty International (2022). *The Social Atrocity: Meta and the Right to Remedy for the Rohingya* (ASA 16/5933/2022).

Aouati, Olivia, Freguglia, Pietro, Heiss, Raffael, Patras, Sophie, Pavlou, Panagiota, Pelsy, Florent, & Truc, Margaux (2024). *How to reduce the impact of disinformation on Europeans' health*.

Arendt, Hannah (2006). *Entre o Passado e o Futuro*. Relógio D'Água.

Canotilho, José Joaquim Gomes (2003). *Direito constitucional e teoria da constituição* (7.ª ed.). Almedina.

Canotilho, José Joaquim Gomes, & Moreira, Vital (2014). *Constituição da República Portuguesa anotada* (4.ª ed., Vol. vol. *I)*. Coimbra Editora.

Castro, Raquel Brízida (2023). *Direito Constitucional: Ciberespaço e Tecnologia. Declínio do Constitucionalismo na UE?*. Almedina.

Dahl, Robert A. (2000). *Democracia*. Temas e Debates.

d'allonnes, Myriam Revault (2020). A *Verdade Frágil: o que a Pós-verdade faz ao Nosso Mundo Comum*. Edições 70.

Dantas, Bruno, & Santos, Caio Victor Ribeiro dos (2020). Between certainty and cynicism: if God does not exist, is everything allowed? The courts of accounts' role in preserving the truth in times of fake news. *Administrative Law Review*, *279*(3), 55-75.

Dick, Philip K. (1985). *I Hope I Shall Arrive Soon*. Doubleday & Company.

Ditlevsen, Tove (2022). *Trilogia de Copenhaga* (edição conjunta: *Infância; Juventude; Relações Tóxicas*) (João Reis, Trans.; 2.ª ed.). Dom Quixote.

European Digital Media Observatory (2024). *Final Report. Outputs and outcomes of community-wide effort*. Task Force on the 2024 European Parliament Elections. https://edmo.eu/wp-content/uploads/2024/07/Final-Report-EDMO-TF-EU24.pdf.

Frankenberg, Günter (2012). Democracy. In Rosenfeld, Michel & Sajó, András (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (pp. 250-268). Oxford University Press.

Häberle, Peter (2006). *Verdad Y Estado Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Haupt, Claudia E. (2024). Curbing Hate Speech Online: Lessons from the German Network Enforcement Act (NetzDG). Consultado: 19.02.2025, em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4806195

Hornsey, Matthew J., & Lewandowsky, Stephan (2022). A toolkit for understanding and addressing climate scepticism. *Nature Human Behaviour*, *6*(11), 1454—1464.

Howard, Jeffrey W. (2021). Extreme Speech, Democratic Deliberation, and Social Media. In VÉLIZ, Carissa (Ed.), *Oxford Handbook of Digital Ethics* (pp. 181-200). Oxford University Press.

Islam, Md Saiful, Sarkar, Tonmoy, Khan, Sazzad Hossain, Kamal, Abu-Hena Mostofa, Hasan, S M Murshid, Kabir, Alamgir, Yeasmin, Dalia, Islam, Mohammad Ariful, Chowdhury, Kamal Ibne Amin, Anwar, Kazi Selim, Chughtai, Abrar Ahmad, & Seale, Holly (2020). COVID-19-Related Infodemic and Its Impact on Public Health: A Global Social Media Analysis. *The American Journal of Tropical Medicine and Hygiene*, *103*(4), 1621-1629.

Kuklinski, James H., Quirk, Paul J., Jerit, Jennifer, Schwieder, David, & Rich, Robert F. (2000). Misinformation and the Currency of Democratic Citizenship. *The Journal of Politics*, *62*(3), 790-816.

Kupferschmidt, Kai (2024). A field's dilemmas. *Science*, *386*(6721), 478-482.

Lewandowsky, Stephan (2021). Climate Change Disinformation and How to Combat It. *Annual Review of Public Health*, *42*, 1-21.

Lewandowsky, Stephan, Ecker, Ullrich K. H., Cook, John, Linden, Sander van der, Roozenbeek, Jon, & Oreskes, Naomi (2023). Misinformation and the epistemic integrity of democracy. *Current Opinion in Psychology*, *54*(101711), 1-7.

Lewandowsky, Stephan, Smillie, Laura, Garcia, David, Hertwing, Ralph, Weatherakk, Jim, Egidy, Stefanie, & Robertson, Ronald E. (2020). *Technology and Democracy: Understanding the influence of online technologies on political behaviour and decision-making*. Publications Office of the European Union.

Loewenstein, Karl (1937). Militant Democracy and Fundamental Rights, I. *The American Political Science Review*, *31*(3), 417-432.

Lopes, Pedro Moniz (2020). Fontes de direito regulatório: da "hard law" à (alegada) "soft law". In Gomes, Carla Amado, Pedro, Ricardo, Saraiva, Rute, & Maçãs, Fernanda (Eds.), *Garantia de direitos e regulação: perspectivas de direito administrativo* (pp. 443-474). AAFDL Editora.

Machado, Jónatas Eduardo Mendes (2002). *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra Editora.

Maiberg, Emanuel. (2023). *AI Images Detectors Are Being Used to Discredit the Real Horrors of War*. https://www.404media.co/ai-images-detectors-are-being-used-to-discredit-the-real-horrors-of-war/

Meireles, Luísa (2022). Disinformation and Journalism. In Morais, Carlos Blanco, Mendes, Gilmar Ferreira, & Vesting, Thomas (Eds.), *The Rule of Law in Cyberspace* (pp. 203-216). Springer.

Miranda, Jorge (2010). Artigo 2.º (Estado de Direito Democrático). In Miranda, Jorge & Medeiros, Rui (Eds.), *Constituição Portuguesa Anotada — Tomo I* (2.ª ed., pp. 93-115). Coimbra Editora.

Miranda, Jorge (2016). Sistema Político e Riscos de Erosão do Regime Democrático. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, *62*(out./dez. 2016), 81-89.

Morais, Carlos Blanco (2023). O *sistema político no contexto da erosão da democracia representativa*. Almedina.

Napoli, Philip M. (2024). In pursuit of ignorance: The institutional assault on disinformation and hate speech research. *The Information Society*, *41*(1), 1-17.

Pasquetto, Irene V., Lim, Gabrielle, & Bradshaw, Samantha (2024). Misinformed about misinformation: On the polarizing discourse on misinformation and its consequences for the field. *Harvard Kennedy School Misinformation Review*, *5*(5), 1-8.

Pitruzzella, Giovanni, & Pollicino, Oreste (2021). *Disinformation and Hate Speech: A European Constitutional Perspective*. Bocconi University Press.

Rawls, John (1997). The Idea of Public Reason Revisited. *The University Of Chicago Law Review*, *64*(3), 765-807.

Rini, Regina (2020). Deepfakes and the Epistemic Backstop. *philosophers' imprint*, *20*(24), 1-16.

Rocha, Tiago Morais (2023). Desordem informativa, algoritmos e inteligência artificial. In Guimarães, Maria Raquel & Pedro, Rute Teixeira (Eds.), *Direito e Inteligência Artificial* (pp. 125-193). Almedina.

SAJÓ, András (2021). *Ruling by Cheating: Governance in Illiberal Democracy*. Cambridge University Press.

SANGER, David E. (2025, 11.02.2025). Vance, in First Foreign Speech, Tells Europe That U.S. Will Dominate A.I. *The New York Times*. https://www.nytimes.com/2025/02/11/world/europe/vance-speech-paris-ai-summit.html

SHAH, Mariam (2024). Fanning the Flames: Online Misinformation and Far-Right Violence in the UK. Consultado: 07.02.2025, em https://gnet-research.org/2024/08/28/fanning-the-flames-online-misinformation-and-far-right-violence-in-the-uk/.

STIMSON, James A. (2004). *Tides of Consent: How Public Opinion Shapes American Politics*. Cambridge University Press.

THE EUROPEAN BOARD FOR DIGITAL SERVICES (2024). *Report on the European Elections Digital Services Act and Code of Practice on Disinformation*. https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/european-board-digital-services-publishes-post-election-report-eu-elections.

TWOMEY, John, CHING, Didier, AYLETT, Matthew Peter, QUAYLE, Michael, LINEHAN, Conor, & MURPHY, Gillian (2023). Do deepfake videos undermine our epistemic trust? A thematic analysis of tweets that discuss deepfakes in the Russian invasion of Ukraine. *PLOS ONE*, *18*(10), 1-22.

UNITED NATIONS (2023). *Our Common Agenda Policy Brief 8: Information Integrity on Digital Platforms*. https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/our-common-agenda-policy-brief-information-integrity-en.pdf

——, (2024). *United Nations Global Principles For Information Integrity: Recommendations for Multi-stakeholder Action*. https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/un-global-principles-for-information-integrity-en.pdf

VIOLANTE, Luciano (2013). *Politica e menzogna*. Einaudi.

WARDLE, Claire, & DERAKHSHAN, Hossein (2017). *Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making*. Council of Europe report DGI(2017)09.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (2020). *An ad hoc WHO technical consultation managing the COVID-19 infodemic: call for action, 7-8 April 2020*. https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/334287/9789240010314-eng.pdf?sequence=1.

ÍNDICE

Prefácio 5

Do CIJE ao CIJ — Os primeiros 17 anos de investigação 7
Glória Teixeira

Constitutional Enshrinement of Vulnerable Groups 25
Anabela Costa Leão / Luísa Neto / Jorge Gracia Ibáñez

Reinventar a roda — O direito à honra enquanto limite civil à liberdade de expressão 61
António Graça Moura

Direito, computação quântica e IA — Da investigação à regulação 87
Cláudia Lima Costa

Impactos das redes sociais em contexto de trabalho — Dos temas tradicionais ao caso particular dos pactos de não concorrência 111
Duarte Abrunhosa e Sousa

Machine Learning Evidence 131
Fernando Silva Pereira

Estado de direito democrático, reinserção social e novas tecnologias — Possíveis transformações na execução da pena privativa de liberdade 155
Gabriela Gomes Costa

Experiências adversas durante a infância e a sua relação com o comportamento desviante — A importância de uma intervenção precoce 175
Gilda Santos / Margarida Santos

Identity and sovereignty of the member states and the european union after the lisbon treaty — A brief essay on a (re)definition of sovereignty, following dieter grimm 197
Graça Enes

MiCA e DeFi ("Regulamento Europeu sobre o Mercados de Criptoativos" e "Finanças Descentralizadas") — Uma versão atualizada 227
Guilherme Maia / João Vieira dos Santos

Ransomware — Criminal imputation and concursus offense 257
Joaquim Ramalho

Coordenador de investigação criminal da Polícia Judiciária 275
José Manuel Pires Leal

Dolo sem representação? — Um contributo para a definição dos limites da normativização a partir da conceção do "dolo como indiferença" de Günther Jakobs 297
José Menezes Sanhudo

O "paradoxo do votante racional" à luz de motivações egoístas e sociais — Uma reflexão sobre o papel da eficácia do governo, da desigualdade social e da corrupção na participação eleitoral..... 321
José Neves Cruz

Perfis, processos e fatores de risco do online grooming e da solicitação sexual — Uma revisão 343
Lara Nápoles / Inês Sousa Guedes

Dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e responsabilidade civil — Breves considerações em torno do art. 29.º da CSDDD..... 363
Luísa Eckenroth Moreira

Relações diretas e indiretas entre comunidade, família e comportamento antissocial em crianças e jovens 393
Margarida Santos / Gilda Santos

The "functional aspect" of the planet and the 1992 Rio Convention — Climate as nobody's stuff or as a common heritage? 411
Paulo Magalhães

Appointment of arbitrators in defence of the "natural arbitrator" ... 435
Paulo de Tarso Domingues

A sustentabilidade como princípio orientador da gestão de empresas ... 447
Pedro Jorge Magalhães

A questão da desinformação no Direito da União Europeia — O despontar de um 'direito à integridade informacional'? 465
Tiago Morais Rocha

Índice 493

GESTLEGAL

www.gestlegal.pt • editora@gestlegal.pt

CIJ – 25 ANOS DE INVESTIGAÇÃO
CIJ – 25 YEARS OF RESEARCH

A presente obra coletiva reúne contributos científicos em alguns dos temas sobre que versou a atividade do CIJ desde a sua fundação, em 1999. Pretende-se, assim, dar testemunho da investigação desenvolvida no passado, divulgando-a em acesso livre, e oferecer uma visão panorâmica sobre a atividade que poderá ser, no futuro, realizada nos eixos e tópicos temáticos do Centro.

Os textos que aqui se apresentam refletem a diversidade de abordagens, percursos académicos e experiências de investigação que caracterizam o CIJ. Uns retomam estudos paradigmáticos, agora tornados acessíveis a um público mais vasto através da tradução; outros resultam de trabalhos originais, de intervenções em conferências ou da apresentação de novos projetos. Em conjunto, desenham um retrato vivo, plural e dinâmico da história e trajetória do Centro.

Ao assinalar 25 anos de investigação, o CIJ reafirma a sua identidade e renova a sua ambição: continuar a ser um *locus* de excelência na produção de conhecimento científico nas áreas do Direito e da Criminologia em Portugal.

GRUPO GESTLEGAL

9 789899 136991