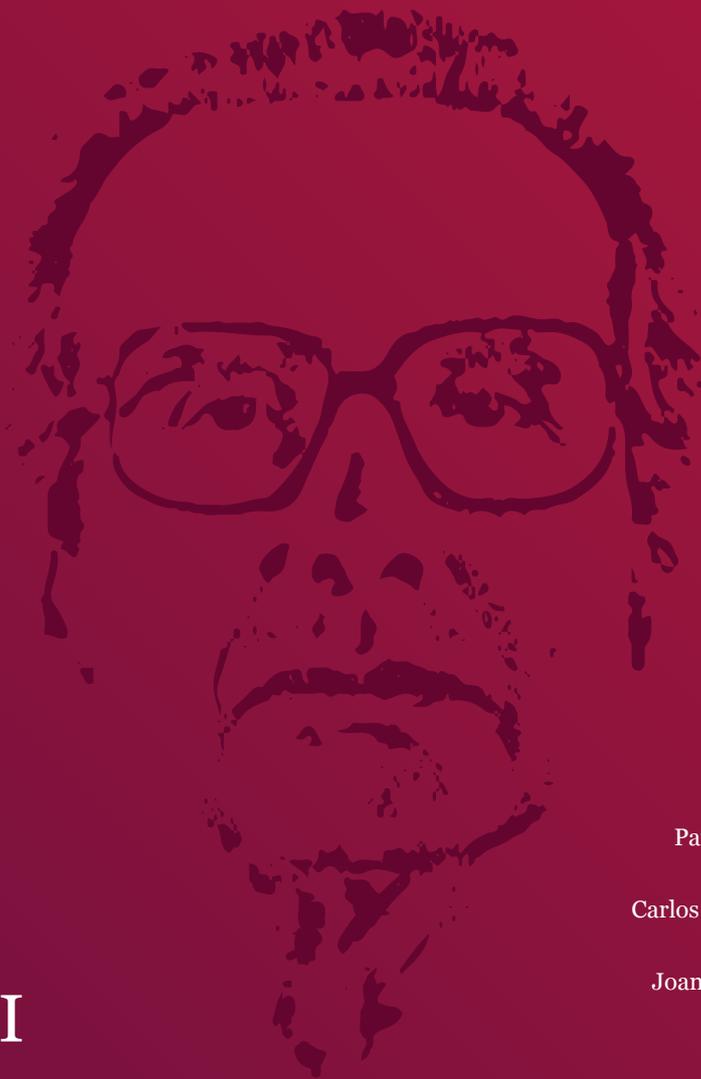




UMinho Editora



Mário Monte
Cristina Dias
Patrícia Jerónimo
Sónia Moreira
Carlos Abreu Amorim
Flávia Loureiro
Joana Covelo Abreu

Vol. II

As palavras necessárias

Estudos em comemoração dos 30 anos da Escola de Direito
por ocasião do centenário de Francisco Salgado Zenha



UMinho Editora

COORDENADORES

Mário Monte

Cristina Dias

Patrícia Jerónimo

Sónia Moreira

Carlos Abreu Amorim

Flávia Loureiro

Joana Covelo Abreu

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Manuela Martins

CAPA

UMinho Editora

DESIGN e PAGINAÇÃO

Carlos Sousa | Talento & Tradição

IMPRESSÃO e ACABAMENTOS

????????????????????

EDIÇÃO UMinho Editora

LOCAL DE EDIÇÃO Braga 2023

DEPÓSITO LEGAL N.º ?????/23

ISBN digital 978-989-9074-22-4

ISBN impresso 978-989-9074-21-7

DOI <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151>

Não foi imposta a utilização do novo acordo ortográfico aos autores.

Os conteúdos apresentados (textos e imagens) são da exclusiva responsabilidade dos respetivos autores.

© Autores / Universidade do Minho – Esta obra encontra-se sob a Licença Internacional Creative Commons Atribuição 4.0.

AS PALAVRAS NECESSÁRIAS

Estudos em comemoração dos 30 anos da
Escola de Direito por ocasião do centenário
de Francisco Salgado Zenha

Volume II

Parte II – Estudos Científicos.....	7
A Diretiva do Cartão Azul e o (novo) plano europeu para atração de competências e talentos: um <i>déjà-vu</i> político?, <i>Larissa A. Coelho</i>	9
O dever de abstenção de contacto como paradigma nas relações laborais, <i>Luís Gonçalves Lira</i>	29
Teoria da Justiça de John Rawls, <i>Luís Couto Gonçalves</i>	37
Desafios da justiça juvenil – algumas inquietações entre a contenção e a intervenção precoce, <i>Margarida Santos</i>	53
As alterações do teletrabalho à luz da Lei nº 13/2023, de 3 de abril (Agenda do Trabalho Digno) – Um passo no sentido de uma maior operacionalidade do regime?, <i>Maria Irene Gomes</i>	67
Do passado ao presente e do presente ao futuro: apelo à interdisciplinaridade e ao reforço da formação nas ciências forenses, <i>Maria João Lourenço</i>	83
As marcas e a liberdade de expressão em cor-de-rosa, <i>Maria Miguel Carvalho</i>	99
Salgado Zenha e o novo desenho do Ministério Público na democracia portuguesa, <i>Maria Clara Calheiros</i>	117
Relação entre Criminologia e Justiça Penal nas Ciências Criminais, <i>Mário Ferreira Monte</i>	133
A valorização social do cuidado: breves reflexões a partir evolução dos regimes das licenças parentais e dos subsídios de parentalidade nos últimos 30 anos em Portugal, <i>Miriam Rocha</i>	151

SUMÁRIO

A maioria como o limite etário do adotando, <i>Patrícia Sousa Borges</i>	171
Justiça inclusiva e diversidade cultural na prática dos tribunais portugueses – Notas em homenagem a Francisco Salgado Zenha, <i>Patrícia Jerónimo</i>	185
Poderá o Direito sobreviver? – Sociedade Contemporânea & Prospetiva Jurídica, <i>Paulo Ferreira da Cunha</i>	221
Algumas considerações político-criminais a propósito da cibersegurança, <i>Pedro Jacob Morais</i>	237
O Direito de Autor & Liberdade de Criação Cultural. A reescrita de obras literárias, <i>Pedro Dias Venâncio</i>	257
O Direito Comparado na argumentação jurídica global, <i>Ricardo Sousa da Cunha</i>	279
Das atas do processo inquisitorial de Giordano Bruno: Breves notas históricas, biográficas e filosóficas, <i>Ricardo de Macedo Menna Barreto</i>	301
Da (ir)relevância do valor de mercado à natureza quase alimentar: Análise do regime português na atribuição da casa de morada de família pós-divórcio ou separação, <i>Rossana Martingo Cruz</i>	321
A aplicabilidade de sistemas de inteligência artificial no âmbito do Direito da Família e dos Menores, <i>Sofia Travassos Alcaide</i>	339
O RGPD e a sua aplicação transfronteiriça: até onde estão protegidos os nossos dados pessoais?, <i>Sónia Moreira</i>	357
Presunção de contrato de trabalho no âmbito de plataforma digital: alguns aspetos materiais e processuais, <i>Teresa Coelho Moreira e Marco Carvalho Gonçalves</i>	381
Populismo: o que é e como opera, <i>Wladimir Brito</i>	403
Jurisdição sem decisão (contributos para uma visão contemporânea do exercício do poder jurisdicional a partir da solução da inversão do contencioso e não só), <i>Elizabeth Fernandez</i>	437
Um breve olhar axiológico-normativo sobre o arresto preventivo, <i>Joana Aguiar Rodrigues</i>	457

Parte II

ESTUDOS
CIENTÍFICOS

A DIRETIVA DO CARTÃO AZUL E O (NOVO) PLANO EUROPEU PARA ATRAÇÃO DE COMPETÊNCIAS E TALENTOS: UM *DÉJÀ-VU* POLÍTICO?

Larissa A. Coelho¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.1>

Em setembro de 2022, a presidente da Comissão Europeia, Ursula von der Leyen, no seu habitual discurso sobre o *Estado da União* identificou a mão-de-obra qualificada como o “[...] motor essencial do crescimento, que reforça o poder de inovação e a competitividade de todas as empresas europeias, em especial as pequenas e médias empresas (PME)”². Com este discurso von der Leyen anunciava ser o ano de 2023 dedicado a discutir e escrutinar quais as competências necessárias para o desenvolvimento futuro tanto do mercado trabalho europeu, quanto do crescimento económico sustentável

¹ Assistente Convidada da Escola de Direito e investigadora do Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov).

² Cf. Proposta de Decisão do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o Ano Europeu das Competências 2023, Bruxelas, 12.10.2022, COM(2022) 526 final, p. 1. Ver também no original: European Commission - Speech, 2022 State of the Union Address by President von der Leyen, Strasbourg, 14 September 2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ov/speech_22_5493. Para maior desenvolvimento ver Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Agenda de Competências para a Europa em prol da competitividade sustentável, da justiça social e da resiliência, Bruxelas, 1.7.2020, COM(2020) 274 final, p. 10 e Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Atrair competências e talentos para a UE, Bruxelas, 27.4.2022, COM(2022) 657 final, p. 4.

e competitivo, bem como avaliar o impacto da globalização nas profissões e que ao mesmo tempo auxiliem para as transições ecológicas e digitais. O ano de 2023 foi então designado por *Ano Europeu das Competências*.

Sob o lema “*não deixar ninguém para trás*”, a estratégia engendrada visa refletir sobre as formas de colmatar a escassez de mão-de-obra, através do apoio às ações dos Estados Membros e incentivar a cooperação entre estes no domínio do emprego³. Para tanto foram identificados como eixos *i)* as profissões cuja mão-de-obra encontra-se em défice; *ii)* o investimento no ensino profissional e na requalificação; *iii)* a literacia digital; *iv)* a melhoria de competências em estreita colaboração com as empresas e parceiros sociais; *v)* a adequação da necessidade das empresas às aspirações dos colaboradores; *vi)* a evolução demográfica⁴; *vii)* a identificação dos grupos populacionais que não estudam e nem trabalham (especialmente composto por mulheres e jovens) e, por fim, *viii)* a atração de profissionais de países terceiros⁵. A principal conclusão adiantada pela Presidente da Comissão foi que o bom funcionamento do mercado de trabalho encontra-se dependente da disponibilidade de uma mão-de-obra com “as competências certas”^{6,7}.

³ Cf. artigos 145º e 149º do Tratados sobre o Funcionamento da União Europeia.

⁴ Estima-se que no ano de 2070 a população em idade ativa (entre os 15 e 64 anos) diminua dos atuais 64% para 56%, enquanto do outro lado da pirâmide social a população com idade igual ou superior a 65 anos aumente 32% para 54%, cf. Eurostat, Demographic balances and indicators by type of projection, code PROJ_19NDBI, last update: 20/07/2020, https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/PROJ_19NDBI/bookmark/table?lang=en&bookmarkId=275d3d52-a2f8-48e4-af2d-a605cab54fc8. SILVIA MOSNEAGA, “Building a more attractive Europe. The Blue Card experience” in *Europeans in-Between: Identities in a (trans-)cultural space*, L. Klein e M. Tamcke (eds.), Euroculture consortium, Groningen: University of Groningen, 2012, p. 167, ao comentar as projeções demográficas para o ano de 2060, afirma que a crescente diminuição da população ativa na União Europeia e o aumento da população com 65 anos ou mais “representa um perigo real para a produtividade económica da UE” (tradução nossa).

⁵ Cf. COM(2022) 526 final, p. 1-2.

⁶ Cf. European Commission - Speech, 2022 State of the Union Address by President von der Leyen, *cit*.

⁷ A exposição de motivos da Proposta de Decisão do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o Ano Europeu das Competências [COM(2022) 526 final], bem como os relatórios da Autoridade Europeia do Trabalho (*Report on labour shortages and surpluses*) e da Agência da União Europeia para a Cibersegurança (*Cybersecurity Skills Development in the EU*) identificaram 28 profissões com escassez de mão-de-obra, especificamente, o setor de cuidados de saúde, da hotelaria, da construção e dos serviços, especialistas em informática e segurança (sobretudo peritos em cibersegurança), trabalhadores das áreas das ciências, tecnologia, engenharia e matemática. Este cenário é ainda agravado pelo fato dos cidadãos europeus terem uma baixa competência digital. Nesse sentido, esclarece o Índice de Digitalidade da Economia e da Sociedade que metade da população da União não possui competências básicas digitais, cfr. European Commission, Digital Economy and Society Index (DESI) 2022, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi>, p. 23. Entretanto a escassez de profissionais tem também abrangido outros níveis de competência no qual se incluem: canalizadores e instaladores de tubagem, motoristas de veículos pesados de mercadorias e soldadores, cf. COM(2022) 657 final, p. 4.

Em virtude da mão-de-obra interna não ser suficiente para satisfazer o mercado de trabalho (presente e futuro), a figura do imigrante é evidenciada como crucial para a economia, especialmente do *imigrante altamente qualificado*. Neste sentido, destaca a Comissão Europeia que “na última década, os trabalhadores migrantes ocuparam uma parte significativa dos novos empregos na [União Europeia], contribuindo para dar respostas às necessidades do mercado de trabalho”⁸.

Entretanto, a demanda por trabalhadores altamente qualificados tem sido crescente em todo o globo, não apenas na Europa, visto que os mercados de trabalho se encontram cada vez mais interligados em razão da constante aceleração dos desenvolvimentos tecnológicos, que alimentam o que os economistas têm designado por *Nova Economia*⁹. Essa busca por profissionais *high-skilled*s desafia igualmente os sistemas educacionais e os próprios mercados que devem encarar o capital humano como um ativo¹⁰.

Todavia, a pretensão de tornar o atual espaço europeu um destino atraente para profissionais qualificados tem demonstrado ser uma tarefa hercúlea, cujo grau de dificuldade é acrescido pelo fato de ser uma temática inserida no quebra-cabeças que corresponde a atual política imigratória, cuja última peça do *puzzle* corresponde ao Novo Pacto sobre Imigração e Asilo.

⁸ Cf. COM(2022) 526 final, p. 3.

⁹ Cf. THOMAS K. BAUER e ASTRID KUNZE, “The demand for high-skilled workers and immigration policy”, *IZA Discussion Papers*, nº 999, Bonn, Institute for the Study of Labor (IZA), 2004, p. 1. A *nova economia* também designada de economia da informação foi impulsionada pelas tecnologias da informação, sendo que a existência de uma rede mundial – internet – alterou as relações econômicas. As principais características são: i) explosão do comércio eletrônico, inflação baixa devido à generalização da concorrência e baixas taxas de juros, cf. JACQUES BRASSEAU, *Petite histoire des faits économiques*, trad. Hélder Viçoso, *História Econômica do Mundo*, Lisboa, Edições Texto & Gráfica, Lda, 2010, p. 395-396. Sobre a relação entre a Nova Economia e a imigração internacional ver M. ROTHGANG e C. M. SCHMIDT, “The New Economy, the Impact of Immigration, and the Brain Drain”, in *New Economy Handbook*, Derek C. Jones (ed.), Amsterdam, New York and Tokyo, Elsevier Science, 2003.

¹⁰ As primeiras observações de fluxos migratórios compostos por *cérebros* ocorreu entre as décadas 1960 e 1970, nas seguintes rotas: i) do Reino Unido com destino aos Estados Unidos da América, que no contexto do pós Segunda Guerra emergiu como potência econômica, industrial e científica, valorizando o contributo da mão-de-obra imigrante, cuja política visou favorecer e simplificar a emissão de vistos de permanência aos acadêmicos, cientistas, profissionais e técnicos detentores de formação superior em ciências exatas, naturais e saúde, reformando neste sentido o *Immigration and Nationality Act* de 1965; e ii) de Estados ligados ao regime comunista ou emergentes de processos de descolonização cujo destino também foi Estados Unidos. Para um estudo histórico-sociológico ver: M. CAROLINA BRANDI, “La historia del brain drain”, *Revista CTS*, v. 3, nº 7, septiembre, 2006, p. 70-74 e MARIA VERÓNICA MORENO, “La problematización de la migración de personas altamente calificadas en la Argentina: trayectoria del debate, incorporación en la agenda e iniciativas públicas implementadas”, in *Migración y políticas públicas. Nuevos escenarios y desafíos*, S. Novick (org), Buenos Aires, Catálogos, 2012, p. 230 e ss.

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa – última versão dos tratados fundadores (2009) – a política de imigração consagra-se enquanto *política comum*, outorgada explicitamente no artigo 79º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)¹¹, o que na prática significa que a intervenção da União Europeia (UE) destina-se especialmente a adotar “[...] normas que harmonizam as legislações dos estados-membros [...]”¹², e por isso busca fixar regras gerais que estabelecem um *standard* mínimo¹³, através da instrumentalização do direito derivado – especialmente pela criação de diretivas e regulamentos¹⁴ – emanado pelo Parlamento Europeu e o Conselho em um regime de codecisão.

Assim, de acordo com regime jurídico da política comum de imigração prevista no TFUE, compete à UE determinar as condições de entrada e residência, bem como regular a emissão por parte dos Estados Membros de vistos e títulos de residência de longa duração e para efeitos de reagrupamento familiar; definir os direitos dos nacionais de países terceiros que residam legalmente num Estado Membro; fixar os critérios para a definição e combate à imigração irregular e ao tráfico de seres humanos e apoiar a ação dos Estados Membros de fomento à integração dos nacionais de países terceiros residentes no seu território.

Por outro lado, os fluxos de migrantes económicos têm de lidar diariamente com regimes de vistos para entrada, títulos de residência de curta e longa duração, sistemas de reagrupamento familiar, acesso e proteção aos direitos fundamentais – em particular dos direitos trabalhistas –, com a integração na sociedade de acolhimento e o receio de exploração laboral ou a submissão a outro tratamento cruel, desumano ou degradante. Assim, são

¹¹ Sobre a interpretação da política comum de imigração ver LARISSA A. COELHO, “Entre avanços e recuos: o atual ponto de situação da política comum de imigração na União Europeia (notas para uma reflexão)”, *Revista Diké*, v. 22, nº 22, Edição Especial, 2023.

¹² Cf. ANTÓNIO MARTINS DA SILVA, *Sistema político da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 72.

¹³ Cf. Resolução do Parlamento Europeu sobre a delimitação das competências entre a União Europeia e os Estados-Membros (2001/2024(INI)), *Jornal Oficial da União Europeia*, C 180E, 31.7.2003.

¹⁴ Cumpre-nos esclarecer em que consiste os seguintes atos normativos vinculativos, previstos no artigo 288º do TFUE. Assim, à luz da letra desta norma, os regulamentos são atos de caráter geral, obrigatórios em todos os seus elementos e diretamente aplicáveis em todos os Estados-Membros, enquanto que as diretivas vinculam os Estados-Membros quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios, o que requerer uma atuação por parte das autoridades legislativas nacionais (transposição do conteúdo da diretiva), de acordo com as regras determinadas em cada ordenamento jurídico.

esses os pontos que devem ser contemplados numa política de imigração laboral, que como podemos verificar coincidem com o que a UE traça como seus objetivos.

Todavia, “[...] o desenvolvimento de uma política de imigração laboral na União Europeia tem sido para além de lenta, de difícil implementação desde a entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, que foi o responsável por conferir competência à União no domínio da imigração”¹⁵. Em vigor a partir de 1999, o Tratado de Amesterdão foi então o instrumento de direito originário responsável por comunitarizar a política de imigração que até então era tratada individualmente por cada Estado Membro e/ou pela via da cooperação intergovernamental¹⁶.

No entanto, apenas dez anos depois deste ato solene é que foi emitido o primeiro diploma europeu dedicado especificamente ao campo da migração laboral, a Diretiva 2009/50/CE, que ficaria popularmente conhecida pela alcunha de *Diretiva Cartão Azul*¹⁷. Neste percurso de tempo, várias foram as tentativas da Comissão Europeia para que fosse adotado num único texto as diversas nuances que compõem e se relacionam com a migração económica, alcançando o verdadeiro objetivo da harmonização¹⁸. Porém, o (quase) consenso tem sido conseguido apenas de forma fragmentada, com progressos escassos realizados com a adoção de instrumentos autónomos¹⁹, assemelhando a política de imigração a uma colcha de retalhos complexa e cheias de remendos²⁰.

Neste pressuposto, foram apresentadas pela Comissão Europeia duas propostas legislativas que se debruçariam por um lado, nas condições de

¹⁵ Cf. JEAN-BAPTISTE FARCY, “Labour Immigration Policy in the European Union: How to Overcome the Tension between Further Europeanisation and the Protection of National Interests?”, *European Journal of Migration and Law*, v. 22, nº 2, 2020, p. 199, <https://doi.org/10.1163/15718166-12340074> (tradução nossa).

¹⁶ Cf. LARISSA A. COELHO, “Entre avanços e recuos”, p. 309.

¹⁷ Cf. Diretiva 2009/50/CE do Conselho, de 25 de maio de 2009, relativa às condições de entrada e de residência de nacionais de países terceiros para efeitos de emprego altamente qualificado, *Jornal Oficial da União Europeia*, L 155, 18.6.2009.

¹⁸ Cf. JEAN-BAPTISTE FARCY, “Labour Immigration Policy in the European Union”, p. 201.

¹⁹ Cf. Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a «Proposta de Diretiva do Conselho relativa às condições de entrada e de residência de nacionais de países terceiros para efeitos de emprego altamente qualificado» (2009/C 27/23), *Jornal Oficial da União Europeia*, C 27, 3.2.2009.

²⁰ A existência de 27 abordagens nacionais torna a União na opinião do Parlamento Europeu “um destino pouco atrativo para a migração legal”, cf. Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de maio de 2021, sobre novas vias para uma migração laboral legal (2022/C 15/21), *Jornal Oficial da União Europeia*, C 15, 12.1.2022, considerando B.

entrada e residência de nacionais de países terceiros para efeito de atividade assalariada e independente, pautando assim num único documento o regime jurídico para todas as categorias de migrantes económicos e, por outro lado, traçou uma proposta de coordenação da política comunitária em matéria de imigração²¹. De acordo com a doutrina, essas propostas foram consideradas ambiciosas, visto que a “lógica por trás da admissão de migrantes laborais era atender às necessidades identificadas do mercado de trabalho, ao mesmo tempo que as propostas não invadi[sssem] a competência dos Estados Membros para estabelecer o limite de entradas [quotas]”²².

O certo é que, com estas medidas a União Europeia daria mais um passo em frente, afastando-se da sombra da fortaleza, embora esse espírito não tivesse ungado os governantes nacionais, que permaneceram em bom rigor, partidários de políticas restritivas, com base na seleção de categorias específicas de migrantes económicos²³.

A falta de acordo entre os Estados Membros resultou num voto negativo relativamente ao projeto que estabeleceria uma política integral sobre a imigração laboral. Esta ideia seria posteriormente recuperada – mas também sem sucesso – em 2005 com o Livro Verde em matéria de gestão da migração económica²⁴. Como consequência, a única opção que restou foi a da promoção de uma política fragmentada e seletiva, cujos regimes jurídicos eram especialmente traçados para cada categoria específica de migrantes laborais, compondo assim o referido quebra-cabeças. Em paralelo, os Estados Membros permaneciam soberanos para regular a entrada, permanência e saída para as demais categorias de nacionais de países terceiros que buscassem emprego.

²¹ Vide Proposta de directiva do Conselho relativa às condições de entrada e de residência de nacionais de países terceiros para efeitos de trabalho assalariado e de exercício de uma actividade económica independente, *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, C 332 E, 27.11.2001 e Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu relativa a um mecanismo de coordenação aberto da política comunitária em matéria de imigração, Bruxelas, 11.7.2001, COM(2001) 387 final.

²² Cf. JEAN-BAPTISTE FARCY, “Labour Immigration Policy in the European Union”, p. 202 (tradução nossa).

²³ A título ilustrativo podemos citar a política do *green card* belga, lançado em 1999 que visava a atração de profissionais de tecnologia da informação, sistema semelhante seria adotado em 2000 na Alemanha, em 2002 no Reino Unido e em 2004 nos Países Baixos, cf. JOANNA APAP, “Shaping Europe’s Migration Policy New Regimes for the Employment of Third Country Nationals: A Comparison of Strategies in Germany, Sweden, the Netherlands and the UK”, *European Journal of Migration and Law*, v. 4, nº 3, 2002, p. 309–328. Mais sobre ver: JEAN-BAPTISTE FARCY, “Labour Immigration Policy in the European Union”, p. 202 e ss.

²⁴ Cf. Livro Verde sobre uma abordagem da União Europeia em matéria de gestão da migração económica, Bruxelas, 11.1.2005, COM(2004) 811 final.

Após a “conquista” do Cartão Azul, foram aprovados mais três instrumentos cujo foco era a mão-de-obra oriunda de países terceiros. O primeiro deles foi adotado em 2011, regulando não propriamente uma categoria de imigrantes, mas aspectos processuais e a identificação de um conjunto comum de direitos que estariam na esfera jurídica do imigrante, a *Diretiva Autorização Única*²⁵, que congregou num único procedimento a análise e a concessão, em conjunto, de uma autorização de residência e uma autorização de trabalho, modificando o padrão tradicional composto por dois procedimentos administrativos autónomos, razão de sobrecarga dos órgãos nacionais responsáveis pelos pedidos e da duplicação de documentos direcionados ao mesmo destinatário.

Os outros dois instrumentos entraram em vigor em 2014, orientados para categorias específicas de migrantes económicos, cujo fundamento resulta tanto da ocupação, quanto da observação das competências, nomeadamente, uma diretiva dedicada às condições de entrada e permanência dos *trabalhadores sazonais*²⁶, enquanto a outra diretiva seria aplicada às *transferências interempresariais*²⁷.

Mas dentre todas estas medidas, a política do Cartão Azul foi a aposta europeia para a *atração de competências e talentos*. Com o objetivo de converter a União numa economia baseada no conhecimento e reforçar a sua capacidade para competir no mercado internacional, a admissão de nacionais de países terceiros altamente qualificados foi considerada como sendo a via adequada para atingir tal desiderato, ao mesmo tempo em que suprimiria a escassez de mão-de-obra no mercado de trabalho da União, tendo em atenção as necessidades dos Estados Membros²⁸.

²⁵ Cf. Diretiva 2011/98/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa a um procedimento de pedido único de concessão de uma autorização única para os nacionais de países terceiros residirem e trabalharem no território de um Estado-Membro e a um conjunto comum de direitos para os trabalhadores de países terceiros que residem legalmente num Estado-Membro, *Jornal Oficial da União Europeia*, L 343, 23.12.2011.

²⁶ Cf. Diretiva 2014/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa às condições de entrada e de permanência de nacionais de países terceiros para efeitos de trabalho sazonal, *Jornal Oficial da União Europeia*, L 94, 28.3.2014, p. 375–390.

²⁷ Cf. Diretiva 2014/66/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativa às condições de entrada e residência de nacionais de países terceiros no quadro de transferências dentro das empresas, *Jornal Oficial da União Europeia*, L 157, 27.5.2014, p. 1–22.

²⁸ Cf. Diretiva 2009/50/CE, Considerando 3. Ver também: Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às condições de entrada e de residência de nacionais de países para efeitos de emprego altamente especializado. Estrasburgo, 7.6.2016, COM(2016) 378 final, p. 2.

De forma secundária, a política visava também atenuar as consequências do envelhecimento demográfico; aumentar o número de trabalhadores altamente qualificados; criar um sistema de imigração eficiente para os migrantes laborais altamente qualificados; harmonizar e simplificar a admissão desses trabalhadores e assim, reduzir as diferenças existentes entre as normas e as práticas dos Estados Membros; mas também, promover a integração dos trabalhadores e seus familiares e criar a marca “Cartão Azul” como símbolo da atratividade da União Europeia²⁹.

No cômputo global da gestão da migração, o Cartão Azul foi apresentado como uma via sustentável e transparente para a entrada regular na Europa, cuja expectativa era que fosse bem-sucedida³⁰, devendo o diploma ser transposto para os ordenamentos nacionais até junho de 2011³¹. A carência de mão-de-obra repercutia em setores considerados como essenciais como a ciência, a tecnologia, a engenharia e os cuidados de saúde³².

Para a consolidação do regime jurídico, os critérios delimitadores do âmbito pessoal foram: *i*) o ensino superior; *ii*) a experiência profissional e *iii*) o rendimento³³. Optando por conjugar esses requisitos, o legislador europeu identificou como preenchendo a noção de *qualificação profissional elevada* a comprovação, num primeiro plano, de um *diploma de ensino superior*³⁴ ou – em alternativa –, a comprovação da existência de no mínimo 5 anos de *experiência profissional* de nível comparável a habilitações de ensino superior. Enquanto o *rendimento* é tido em consideração ao determinar que o salário

²⁹ Cf. SILVIA MOSNEAGA, “Building a more attractive Europe”, p. 169-170.

³⁰ Cf. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, Reformar o Sistema Europeu Comum de Asilo e melhorar as vias de entrada legal na Europa, Bruxelas, 6.4.2016, COM(2016) 197 final, p. 18 e ss.

³¹ De acordo com a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação da Diretiva 2009/50/CE relativa às condições de entrada e residência de nacionais de países terceiros para efeitos de emprego altamente qualificados, Bruxelas, 22.5.2014, COM(2014) 287 final, p. 2 os Estados Membros que não transpuseram a Diretiva no prazo foram: Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Eslováquia, Eslovénia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Itália, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Polónia, Portugal, Roménia e Suécia.

³² Cf. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, Agenda Europeia da Migração, Bruxelas, 13.5.2015, COM(2015) 240 final, p. 16.

³³ Cf. JEAN-BAPTISTE FARCY, “Labour Immigration Policy in the European Union”, p. 207. Para maior desenvolvimento ver ainda: ANNA KATHERINE BOUCHER, “How ‘skill’ definition affects the diversity of skilled immigration policies”, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, v. 46, nº 12, 2020, DOI: 10.1080/1369183X.2018.1561063, p. 2533-2550.

³⁴ Para THOMAS K. BAUER e ASTRID KUNZE, “The demand for high-skilled workers”, p. 3 a posse de um diploma de ensino superior é a principal característica que qualifica um trabalhador como altamente qualificado.

anual bruto não deveria ser inferior a 1,5 vezes o salário anual bruto médio do Estado Membro em causa³⁵.

Como a Diretiva visa estabelecer um *standard* mínimo a ser observado pelos Estados Membros, a determinação do rendimento como critério essencial para a concessão do estatuto foi criticada pela doutrina, favorável a que o legislador tivesse optado por fixar um limiar salarial máximo e não mínimo³⁶. O legislador europeu identificou também como requisito a apresentação de um contrato de trabalho ou o comprovante da existência de uma oferta de emprego vinculativa, bem como a posse de um documento de viagem válido, seguro doença e alojamento, e ainda não constituir o solicitante uma ameaça à ordem pública, segurança pública e saúde pública.

Os candidatos a titularidade do Cartão Azul podem residir fora da UE ou serem residentes regulares abrangidos por outro estatuto. Entretanto o diploma não é aplicado aos cidadãos da UE, aos nacionais de países terceiros titulares de uma autorização de residência de longa duração, aos trabalhadores sazonais, tampouco aos trabalhadores destacados. Também não podem usufruir deste regime os solicitantes de proteção internacional, os beneficiários de proteção internacional, os titulares de uma autorização de residência temporária, os investigadores nacionais de países terceiros que solicitem uma autorização de residência para efeito de realização de projeto de pesquisa, uma vez que estes últimos se encontram sob a tutela da Diretiva (UE) 2016/801³⁷. Excepcionalmente, os investigadores tornam-se elegíveis quando uma vez residentes regulares nessa qualidade num Estado Membro, solicitem o Cartão Azul em razão de uma finalidade diversa da prevista na Diretiva 2016/801.

Todavia as especificidades da Diretiva do Cartão Azul não enceram nesses quesitos. Assim, os Estados Membros podem – aquando da análise dos pedidos –, examinar a situação do seu mercado de trabalho, bem como verificar se a vaga em questão não pode ser preenchida pela

³⁵ Vide artigos 2º, alínea g) e 5º, nº 3 da Diretiva 2009/50.

³⁶ Cf. STEVE PEERS, "Legislative Update: EC Immigration and Asylum Law: Attracting and Deterring Labour Migration: The Blue Card and Employer Sanctions Directives", *European Journal of Migration and Law*, v. 11, nº 4, 2009, p. 407.

³⁷ Cf. Diretiva (UE) 2016/801 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de maio de 2016 relativa às condições de entrada e de residência de nacionais de países terceiros para efeitos de investigação, de estudos, de formação, de voluntariado, de programas de intercâmbio de estudantes, de projetos educativos e de colocação *au pair*, *Jornal Oficial da União Europeia*, L 132, 21.5.2016.

mão-de-obra nacional, comunitária ou mesmo pelos nacionais de países terceiros legalmente residentes (artigo 8º, nº 2) – em clara alusão ao princípio da preferência comunitária³⁸.

E ainda, nos primeiros dois anos de emprego os titulares do Cartão Azul não podem mudar de empregador sem obter antes uma autorização escrita das autoridades competentes do Estado Membro de residência. Porém, ao findar esse período a troca de empregador está vinculada a que a qualidade do futuro emprego permaneça vocacionada para o grau de altamente qualificado (artigo 12º, nºs 1 e 2). Quanto à entrada no território de um segundo Estado Membro, o trabalhador está sujeito a uma nova análise de toda a documentação por parte das autoridades deste e a emissão de um segundo cartão (artigo 18º). Logo, a livre circulação de pessoas não é um direito pleno associado ao estatuto³⁹.

Face as especificidades da política, o Cartão Azul “não conseguiu alcançar os objetivos”⁴⁰. Entretanto, o primeiro entrave foi exterior ao seu conteúdo. A transposição por parte dos Estados Membros foi inicialmente deficiente, comportamento que poderíamos hoje justificar em razão do contexto social atravessado pela Europa (e o mundo) que coincide com o período de discussão e a entrada em vigor da Diretiva. A crise económico-financeira – ou crise dos *subprimes* entre 2007-2009 –, considerada como a “mais grave crise desde a de 1929”⁴¹, originou uma instabilidade económica e de segurança, com elevado índice de desemprego, cuja consequência foi uma menor necessidade de mão-de-obra imigrante⁴².

³⁸ Cabe, portanto, aos Estados Membros decidir se aplicam e quando aplicam os pressupostos da Diretiva, uma vez que “[...] permite aos Estados Membros decidirem com base nas próprias circunstâncias do seu mercado de trabalho a quem deve ser dada prioridade: aos trabalhadores nacionais, aos cidadãos da UE ou aos nacionais de países terceiros”, SILVIA MOSNEAGA, “Building a more attractive Europe”, p. 170 (tradução nossa).

³⁹ Em termos estatísticos o Estado Membro que mais emitiu cartões azuis foi a Alemanha, responsável, por exemplo, nos anos de 2012 e 2013 por cerca de 70%, por outro lado, no mesmo período, as regiões mais representativas de captação de migrantes altamente qualificados foram Ásia (especialmente Índia e China, Rússia), Europa de Leste (Ucrânia) e América do Norte (Estados Unidos), cf. COM (2014) 287 final, p. 3. Destaca-se também que a União Europeia é destino de cerca de 48% dos imigrantes com baixos níveis de instrução e apenas de 31% dos imigrantes altamente qualificados, cf. COM(2016) 378 final, p. 3.

⁴⁰ Cf. COM(2016) 378 final, p. 2. Com a mesma opinião ver: TESSELTJE DE LANGE e ZVEZDA VANKOVA, “The Recast EU Blue Card Directive: Towards a Level Playing Field to Attract Highly Qualified Migrant Talent to Work in the EU?”, *European Journal of Migration and Law*, v. 24, nº 4, 2022, <https://doi.org/10.1163/15718166-12340138>.

⁴¹ Cf. JACQUES BRASSEAU, *Petite histoire des faits économiques*, p. 354.

⁴² Cf. SILVIA MOSNEAGA, “Building a more attractive Europe”, p. 176.

No entanto, o segundo entrave para a boa execução da política foi de ordem interna. Assim, destacam-se como fatores que também contribuem para o mau êxito: *i)* as condições de admissão muito restritivas; *ii)* a limitação da mobilidade no espaço europeu⁴³; *iii)* a exclusão da candidatura de refugiados e requerentes de asilo, *iv)* o estabelecimento de quotas de admissão por parte de alguns Estados Membros; *v)* ou ainda o condicionamento da implementação da política para áreas profissionais específicas sob a alegação de carência do mercado de trabalho nacional ou em razão das preferências específicas quanto ao tipo de imigrante altamente qualificado que deveria ter acesso ao seu mercado⁴⁴, *vi)* a fixação do salário como condição para o acesso ao estatuto, visto existirem diferenças no que respeita ao salário mínimo interprofissional entre os Estados Membros⁴⁵, e ainda o fato *vii)* da Diretiva não contemplar categorias de imigrantes menos qualificados ou com uma remuneração mais baixa.

Por outro lado, identifica-se falhas na promoção da política a nível dos Estados Membros, como *viii)* a escassez de informações sobre a política junto às comunidades migrantes e aos potenciais empregadores, e ainda *ix)* a diversidade dos mercados de trabalho na UE. Também foram fatores que contribuíram para o fracasso da política *x)* a não uniformidade das políticas de imigração nacionais, e principalmente o fato de *xi)* muitos Estados Membros manterem de forma paralela políticas nacionais para atração de nacionais de países terceiros altamente qualificados, com disposições em alguns casos inclusive mais favoráveis do que a estabelecidas pela Diretiva⁴⁶.

⁴³ O requisito previsto no artigo 12º da Diretiva do Cartão Azul que restringe a mobilidade do cidadão de país terceiro altamente qualificado durante o período de dois anos foi uma insistência do governo alemão em sede de debate e aprovação da medida, cf. SILVIA MOSNEAGA, “Building a more attractive Europe”, p. 178. O Comité Económico e Social Europeu levantou dúvidas quanto à compatibilidade deste requisito com a obrigação dos Estados Membros no quadro do direito internacional, nomeadamente com o artigo 8º da Convenção Europeia sobre o Estatuto do Trabalhador Migrante de 1977 que determina que esse período será no máximo de um ano, cf. Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a «Proposta de Directiva do Conselho relativa às condições de entrada e de residência de nacionais de países terceiros» (2009/C 27/23), p. 112.

⁴⁴ Cf. LUCIE CERNA, “The varieties of high-skilled immigration policies: coalitions and policy outputs in advanced industrial countries”, *Journal of European Public Policy*, v. 16, nº 1, 2009, p. 144 e ss.

⁴⁵ Cf. Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a «Proposta de Directiva do Conselho relativa às condições de entrada e de residência de nacionais de países terceiros» (2009/C 27/23), p. 112.

⁴⁶ Esta acabou por ser a realidade na Alemanha, Áustria, França, Hungria, Itália e Portugal, cf. COM (2014) 287 final, p. 2 e ss e COM(2016) 378 final, p. 2.

A doutrina identifica ainda como contributos negativos o fato de *xii*) os Estados Membros concorrerem entre si e com os destinos internacionais (especialmente Estados Unidos, Canadá e Austrália), o que implica que saia vitorioso desta disputa os Estados cujo mercado nacional ofereçam melhores condições salariais, de emprego, seguridade social e qualidade de vida⁴⁷. Rapidamente tornou-se evidente que o projeto europeu não conseguiu “acrescentar valor aos regimes nacionais complementares e concorrentes no que respeita aos trabalhadores altamente especializados”⁴⁸.

Diante de tais incongruências, o Grupo de Peritos no domínio da Migração Económica (EGEM), criado pela Comissão Europeia, identificou uma série de opções políticas que refletiam desde a possibilidade de revogação da Diretiva do Cartão Azul, passando pela hipótese de substituição por um sistema de manifestação de interesses baseado em pontos, até a realização de uma revisão. Nesse sentido, a proposta de revisão confrontava três variáveis. Por um lado, manter o cenário base, aplicando a Diretiva sem a realização de nenhuma alteração legislativa significativa. A segunda opção contemplava o alargamento do âmbito de aplicação, integrando os trabalhadores com qualificações médias. E, a última opção, figurava a possibilidade de alteração das condições de admissão e dos direitos, porém sem considerar o alargado do âmbito de aplicação, que permaneceria apenas vinculado aos nacionais de países terceiros altamente qualificados. A terceira opção foi o caminho escolhido⁴⁹.

Com vista a corrigir as deficiências, coube à Agenda Europeia da Migração anunciar a vontade de se ver realizada a revisão da Diretiva do Cartão Azul. Identificado o novo objetivo, a diretiva revista deveria tornar o programa mais eficaz e flexível para a atração de talentos, bem como, integraria uma nova política em matéria de imigração regular⁵⁰. Por conseguinte, a abolição dos regimes nacionais concorrentes, a facilitação da mobilidade no

⁴⁷ Países como os Estados Unidos, o Canadá e a Austrália possuem um sistema de quotas especificamente destinada à contratação de mão-de-obra altamente qualificada. E por isso, a doutrina considera que “[n]o geral, essas iniciativas políticas sugerem uma competição crescente entre os países desenvolvidos por migrantes qualificados”, cf. THOMAS K. BAUER e ASTRID KUNZE, “The demand for high-skilled workers”, p. 1 (tradução nossa). Sobre a “corrida” por trabalhadores altamente qualificados ver ainda M. ROTHGANG e C. M. SCHMIDT, “The New Economy, the Impact of Immigration, and the Brain Drain”.

⁴⁸ Cf. COM(2016) 378 final, p. 8. Na doutrina ver: SILVIA MOSNEAGA, “Building a more attractive Europe”, p. 168.

⁴⁹ Cf. COM(2016) 378 final, p. 9-11.

⁵⁰ Cf. COM(2015) 240 final, p. 17.

espaço europeu e a realização de um elevado nível de harmonização, foram os principais fatores considerados como nevrálgicos, que requeriam especial atenção e careciam de modificação.

A reformulação da Diretiva do Cartão Azul foi concretizada apenas em outubro de 2021, através da adoção da Diretiva (UE) 2021/1883⁵¹, após a conclusão das negociações que estavam estagnadas desde 2016. O prazo final para a transposição pelos Estados Membros data de 18 de novembro de 2023. Este diploma substitui completamente a Diretiva 2009/50/CE, ao mesmo tempo em que é apontado como fundamental para atrair talentos altamente qualificados para o mercado de trabalho no âmbito do Ano Europeu das Competências⁵².

No entanto, durante as negociações o consenso nem sempre foi conseguido, sobretudo frente a matérias consideradas sensíveis por parte dos Estados Membros como a proposta de abolição dos sistemas nacionais paralelos para atração de profissionais altamente qualificados, a alteração do limiar salarial e o reconhecimento de equivalência entre a experiência profissional e o diploma do ensino superior⁵³.

Deste modo, numa primeira leitura do novo texto percebemos que, por exemplo, no âmbito pessoal a titularidade do Cartão Azul foi ampliada para abarcar também os beneficiários do estatuto de refugiado, que deixa de estar indicado no artigo 3º, nº 2⁵⁴. Já a permanência no primeiro Estado de acolhimento foi reduzida para um contrato cuja duração seja de pelo menos seis meses (artigo 5º, nº 1, alínea *a*). E diferentemente da primeira versão que delegava com ampla discricionariedade aos Estados Membros, a validade do Cartão Azul agora é harmonizada pelo período de 24 meses (artigo 9º, nº 2).

Relativamente às regras de mobilidade, conseguiu-se uma simplificação, pois que, de acordo com a redação do artigo 20º, o titular do Cartão Azul poderá circular pelo espaço Schengen durante um período de 90 dias para o

⁵¹ Cf. Diretiva (UE) 2021/1883 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de outubro de 2021 relativa às condições de entrada e de residência de nacionais de países terceiros para efeitos de emprego altamente qualificado e que revoga a Diretiva 2009/50/CE do Conselho, *Jornal Oficial da União Europeia*, L 382, 28.10.2021.

⁵² Cf. Decisão (UE) 2023/936 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de maio de 2023, sobre o Ano Europeu das Competências, *Jornal Oficial da União Europeia*, L 125, 11.5.2023, considerando 22.

⁵³ Cf. TESSELTJE DE LANGE e ZVEZDA VANKOVA, "The Recast EU Blue Card Directive", p. 495-496.

⁵⁴ Para tal comparar o artigo 3º, nº 2, alínea b) da Diretiva 2009/50/CE, com o artigo 3º, nº 2 da Diretiva (UE) 2021/1883.

exercício de uma atividade profissional sem ser necessário qualquer autorização do segundo Estado Membro, estabelecendo assim uma mobilidade de curto prazo. Quanto à mobilidade de longa duração, o artigo 21º determina que o titular do Cartão tem o direito de entrar, residir e trabalhar num segundo Estado Membro após um período de residência de 12 meses no primeiro Estado de acolhimento e não mais os 18 meses anteriormente previsto.

De forma inovadora, é atribuída aos titulares do Cartão Azul uma autorização para exercerem uma atividade independente, em paralelo com a atividade de emprego altamente qualificado, em conformidade com as condições estabelecidas no direito nacional, com a ressalva de que qualquer atividade independente é acessória, relativamente à atividade principal que corresponde àquela que motiva o Cartão Azul (artigo 15º, nº 5).

Por sua vez, o cômputo temporal para o pedido do estatuto de residência de longa duração para os titulares do Cartão Azul, passou a contabilizar o período da autorização de residência enquanto investigador, estudante ou beneficiário de proteção internacional no território dos Estados Membros (artigo 18º, nº 2, alínea *a*)).

Face a essas melhorias, a doutrina afirma que “[o] texto final da Diretiva liberaliza o acesso ao mercado de trabalho para esta categoria de trabalhadores migrantes [...]”⁵⁵. Todavia, assim como a Diretiva de 2009, os Estados Membros permanecem com a faculdade de aplicar testes ao mercado de trabalho (artigo 15º, nº 2, alínea *b*)), bem como continuam dotados de ampla margem de discricionariedade, em função da flexibilidade da maioria das cláusulas – também designadas pela doutrina de “*cláusulas podem*”, criticadas por que não conferem transparência e segurança jurídica⁵⁶.

No seguimento das críticas apresentadas à primeira versão do diploma, a reformulação não logrou sucesso em alguns pontos. A título de exemplo, não conseguiu encerrar com a possibilidade de os Estados Membros emitirem em paralelo os títulos de residência para efeito de emprego altamente qualificado, permanecendo, portanto, vivo os regimes concorrentes e, desta vez, com menção expressa no diploma (artigo 3º, nº 3), e a falta de uniformidade das políticas de imigração nacionais, continuam a representar um problema.

⁵⁵ Cf. TESSELTJE DE LANGE e ZVEZDA VANKOVA, “The Recast EU Blue Card Directive”, p. 497 (tradução nossa).

⁵⁶ Cf. TESSELTJE DE LANGE e ZVEZDA VANKOVA, “The Recast EU Blue Card Directive”, p. 497.

Tampouco deu um salto aguardado pelas comunidades migrantes que se reveste na introdução de uma nova categoria, enquanto titular do Cartão, fortemente associada ao desenvolvimento económico e financeiro, composta por empreendedores e investidores de países terceiros⁵⁷, que podem representar uma nova estratégia para setores-chave da economia da União. A oportunidade de atração desta categoria tem sido aproveitada pelos Estados Membros que ao regular internamente, escolhem vias um tanto quanto tortuosas – *vide* os programas de vistos e passaportes *golds*⁵⁸. Mas ainda, a doutrina levanta dúvidas sobre a implementação da diretiva reformulada, se de fato será uma nova fórmula ou não passará de uma continuação, preconizando condições de admissão restritivas que possam, por exemplo, continuar a afastar os recém-licenciados por serem poucas as oportunidades que os permitam atingir os limites mínimos salariais⁵⁹.

Outro quesito que necessitará por parte da UE e dos seus Estados atenção é a divulgação de informações sobre o *modus operandi* e a existência do programa junto às comunidades migrantes e dos potenciais empregadores, visto que, sobretudo as pequenas e médias empresas que não possuem um histórico de internacionalização, desconhecem ou têm receio de procurar colmatar suas lacunas para além das próprias fronteiras. As razões apontadas pelas empresas para o não recrutamento no exterior, regra geral se encerram: *i*) na dificuldade para a obtenção de uma autorização de residência; *ii*) na falta de competências linguísticas por parte do migrante laboral; *iii*) nas diferenças socioculturais; *iv*) e também sobre os regimes para reconhecimento de competências complexos e burocráticos, sendo difícil para muitas empresas a compreensão acerca das qualificações do candidato⁶⁰.

⁵⁷ Cf. Directorate-General for Migration and Home Affairs, Commission Staff Working Document Impact Assessment, Annexes to the Impact Assessment Report Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on the conditions of entry and residence of third country nationals for the purposes of highly skilled employment, Brussels, 7 June 2016, SWD(2016) 193 final, [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=SWD\(2016\)193&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=SWD(2016)193&lang=en).

⁵⁸ Cf. Relatório da Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos que contém recomendações à Comissão sobre regimes de cidadania e residência pelo investimento (2021/2026(INL)), 16.2.2022 e Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Regimes dos Estados-Membros para a concessão de cidadania ou de residência a investidores, Bruxelas, 23.1.2019, COM(2019) 12 final.

⁵⁹ Cf. TESSELTJE DE LANGE e ZVEZDA VANKOVA, "The Recast EU Blue Card Directive", p. 515.

⁶⁰ Cf. THOMAS K. BAUER e ASTRID KUNZE, "The demand for high-skilled workers", p. 5.

É necessário, portanto, que a Diretiva se torne “atraente” para os imigrantes altamente qualificados, mas também “atraente para os empregadores”, ou seja, que a sua aplicação implique num valor agregado face às políticas nacionais⁶¹, especialmente para as pequenas e médias empresas, visto que, de modo geral, têm sido as multinacionais a recorrerem à mão-de-obra qualificada imigrante⁶².

Contudo, em termos de política de migração laboral, a verdade é que para além das categorias dos trabalhadores altamente qualificados, trabalhadores sazonais e trabalhadores transferidos dentro das empresas, a legislação europeia não contempla outras categorias de trabalhadores migrantes, tampouco os trabalhadores independentes. Essas categorias estão abrangidas pelos sistemas nacionais, o que torna todo o processo ainda mais complexo⁶³.

E, se no período no qual a Diretiva-matriz foi aprovada o contexto europeu era o da crise económica e financeira, a sua reformulação tangencia igualmente dois outros importantes fenómenos: a *pandemia da Covid-19* e a entrada em massa de refugiados que fogem ao ataque da *guerra de agressão da Rússia contra a Ucrânia*, que motivou a ativação da Diretiva de Proteção Temporária⁶⁴.

Neste cenário, o acolhimento dos ucranianos tem sido encarado como um possível contingente de talentos que podem ser mais bem aproveitados pelo mercado económico. Face a esta situação o pacote Competências e Talentos da Comissão Europeia prevê a criação de um projeto-piloto que possa ser direcionada especificamente para essa população⁶⁵.

Por outro lado, a pandemia de Covid-19 expôs o papel fundamental e a dependência que atualmente nos encontramos dos migrantes laborais que desempenham prestações de serviços de primeira linha na UE⁶⁶, sendo

⁶¹ Cf. TESSELTJE DE LANGE e ZVEZDA VANKOVA, “The Recast EU Blue Card Directive”, p. 493.

⁶² Cf. THOMAS K. BAUER e ASTRID KUNZE, “The demand for high-skilled workers”, p. 4.

⁶³ COM(2022) 657 final, p. 7.

⁶⁴ Cf. Diretiva 2001/55/CE do Conselho, de 20 de julho de 2001, relativa a normas mínimas em matéria de concessão de proteção temporária no caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas e a medidas tendentes a assegurar uma repartição equilibrada do esforço assumido pelos Estados-Membros ao acolherem estas pessoas e suportarem as consequências decorrentes desse acolhimento, *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, L 212, 7.8.2001.

⁶⁵ Cf. COM(2022) 657 final. Ver também: Parecer do Comité das Regiões Europeu, Migração legal – atrair competências e talentos para a UE, 2023/C 79/10, *Jornal Oficial da União Europeia*, C 79, 2.3.2023, p. 71.

⁶⁶ Cf. Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de maio de 2021, sobre novas vias para uma migração laboral legal (2022/C 15/21), considerando G.

também considerados como elementos essenciais para a recuperação da economia europeia, em setores estruturais como o turismo, a hotelaria, as tecnologias de informação, a saúde e a logística⁶⁷.

Com vista a complementar a Diretiva Cartão Azul, dois projetos têm sido desenvolvidos. O primeiro corresponde ao programa de mobilidade laboral com países terceiros, no qual a UE auxilia os Estados Membros a implementarem regimes que respondam às necessidades dos empregadores, reforçando o desenvolvimento do capital humano nos países parceiros. Desde 2022 seis projetos estão sendo implementados com os seguintes países: Egito, Moldávia, Marrocos, Nigéria, Senegal e Tunísia, cuja finalidade é a mobilidade circular para peritos em tecnologia da informação⁶⁸.

O segundo programa corresponde à criação de uma plataforma digital para reserva de talentos, que visa ajudar os nacionais de países terceiros a contactar os empregadores. A plataforma consistirá numa reserva de candidatos de países terceiros à escala da UE, que poderão ser selecionados com base nos níveis de competências, habilitações, conhecimentos linguísticos, experiência profissional, critérios e requisitos de migração específica definidos pelos Estados Membros na sequência da análise das credenciais⁶⁹. Os perfis ficarão disponíveis para serem consultados pelas autoridades competentes e potenciais empregadores. O projeto-piloto para o cadastro de talentos direcionado para as pessoas que fogem da guerra da Ucrânia e se encontram nos Estados Membros está disponível no portal do serviço europeu de emprego (EURES)⁷⁰. Assim, os beneficiários de proteção temporária podem registar o seu interesse em encontrar um emprego nos Estados Membros, apresentando as suas qualificações e experiências profissionais.

Todavia, nenhum dos instrumentos legislativos vocacionados para a atração de competências e talentos aborda o chamado *novo normal*, ou

⁶⁷ Cf. COM(2022) 657 final, p. 2.

⁶⁸ Cf. COM(2022) 657 final, p. 7.

⁶⁹ Cf. COM(2022) 657 final, p. 16.

⁷⁰ Para mais informações consultar a página oficial: https://eures.ec.europa.eu/eu-talent-pool-pilot_en. Os Estados Membros que participam desta iniciativa são: Chéquia, Chipre, Croácia, Eslováquia, Finlândia, Grécia, Lituânia e Polónia.

seja, a realidade que foi maximizada com a pandemia da Covid-19, do trabalho remoto⁷¹.

Como todos acompanhamos, as novas tecnologias ganham importância tanto na economia quanto nas relações sociais, conformando uma tendência designada por *subjetividade digital*. A transformação da sociedade deriva assim da “generalização do trabalho, da digitalização máxima dos serviços e virtualização das deslocações e relações sociais”, tendo a Covid-19 servido de “trampolim” para essa “sociedade digital”⁷².

E por isso, “[...] inverte-se a ordem de subordinação: o digital, que estava submetido à hegemonia dos hábitos ligados à presença física, torna-se dominante”, e por isso o que vivenciamos é uma nova forma de trabalhar, que reflete-se modificando políticas significativas como no âmbito do comércio, do emprego, do bem-estar social e inclusive do controlo das fronteiras⁷³.

Logo, a transição digital exigirá uma reconfiguração do trabalho⁷⁴ – e no que toca ao nosso interesse –, para além de uma mão-de-obra qualificada em todos os níveis de competência e idade⁷⁵, uma mudança no paradigma do local de trabalho que se desterritorializa. Como destaca o Parlamento Europeu, “os desenvolvimentos técnicos transformaram a forma como o mundo funciona, tendo criado uma situação em que muitos trabalhadores e trabalhadores independentes [...] trabalham à distância”, esta situação requer que uma legislação vocacionada a atração de talentos reflita esse novo paradigma no qual o local de trabalho se torna global.

O significado real é a criação de um novo tipo de categoria que está a ser identificada como *nómadas digitais*, e que por exercerem a sua atividade subordinada ou independente à distância⁷⁶, poderão residir num Estado Membro distinto daquele onde encontra-se o seu empregador, mas que poderá

⁷¹ Cf. TESSELTJE DE LANGE e ZVEZDA VANKOVA, “The Recast EU Blue Card Directive”, p. 515.

⁷² Cf. JOSÉ EDUARDO CARVALHO, *Economia COVID-19 – a catástrofe com face humana*, Lisboa, Edições Sílabo, 2020, p. 107.

⁷³ Cf. JOSÉ EDUARDO CARVALHO, *Economia COVID-19*, p. 107-108.

⁷⁴ Cf. RICHARD SUSSKIND e DANIEL SUSSKIND, *The future of Professions: How technology will transform the work of human experts*, trad. Pedro Elói Duarte, *O futuro das profissões: como a tecnologia transformará o trabalho dos especialistas humanos*, Lisboa, Gradiva, 2019.

⁷⁵ Cf. COM(2020) 274 final, p. 14.

⁷⁶ Cf. Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de novembro de 2021, que contém recomendações à Comissão sobre a política e a legislação em matéria de migração legal (2022/C 224/06), *Jornal Oficial da União Europeia*, C 244, 8.6.2022, considerados S e T.

representar uma mais-valia aos Estados Membros de acolhimento, sobretudo àqueles cuja economia permite um equilíbrio entre qualidade e custo de vida.

Ou seja, para esta nova qualidade de profissionais móveis altamente qualificados, a mobilidade no espaço europeu, especialmente de curta duração, pode funcionar como motor para atração de talentos. Assim será o *direito de circular e trabalhar noutros Estados da UE* o passaporte que permitirá ao programa europeu competir e se tornar distinto dos demais existentes no cenário internacional, como o da América do Norte e Oceânia⁷⁷. Em nossa opinião será então a *mobilidade* – caso seja corretamente aplicada e incentivada – o fator distintivo que permitirá que a nova (e futura) política de atração de competências e talentos não se torne um *déjà-vu* político.

Referências bibliográficas

- APAP, JOANNA, "Shaping Europe's Migration Policy New Regimes for the Employment of Third Country Nationals: A Comparison of Strategies in Germany, Sweden, the Netherlands and the UK", *European Journal of Migration and Law*, v. 4, nº 3, 2002.
- BAUER, THOMAS K. e KUNZE, ASTRID, "The demand for high-skilled workers and immigration policy", *IZA Discussion Papers*, nº 999, Bonn, Institute for the Study of Labor (IZA), 2004.
- BOUCHER, ANNA KATHERINE, "How 'skill' definition affects the diversity of skilled immigration policies", *Journal of Ethnic and Migration Studies*, v. 46, nº 12, 2020, DOI: 10.1080/1369183X.2018.1561063.
- BRANDI, M. CAROLINA, "La historia del brain drain", *Revista CTS*, v. 3, nº 7, septiembre, 2006.
- BRASSEAU, JACQUES, *Petite histoire des faits économiques*, trad. Hélder Viçoso, *História Económica do Mundo*, Lisboa, Edições Texto & Gráfica, Lda, 2010.
- CARVALHO, JOSÉ EDUARDO, *Economia COVID-19 – a catástrofe com face humana*, Lisboa, Edições Sílabo, 2020.
- CERNA, LUCIE, "The varieties of high-skilled immigration policies: coalitions and policy outputs in advanced industrial countries", *Journal of European Public Policy*, v. 16, nº 1, 2009.
- COELHO, LARISSA A., "Entre avanços e recuos: o atual ponto de situação da política comum de imigração na União Europeia (notas para uma reflexão)", *Revista Diké*, v. 22, nº 22, Edição Especial, 2023.
- COLUCCI, MICHELE e GALLO, STEANO, "Migration in Southern Europe since 1945: The Entanglement of many Mobilities", *Revue Européenne des Migrations Internationales*, v. 34, nº 1, 2018.
- COSTA, ANA PAULA, "As políticas europeias de imigração: o caso de Espanha e Portugal", *Extraprensa*, v. 15, nº 2, jan./jun., 2022.
- FARCY, JEAN-BAPTISTE, "Labour Immigration Policy in the European Union: How to Overcome the Tension between Further Europeanisation and the Protection of National Interests?", *European Journal of Migration and Law*, v. 22, nº 2, 2020, <https://doi.org/10.1163/15718166-12340074>.

⁷⁷ Cf. COM(2022) 657 final, p. 5.

- GOIG MARTÍNEZ, JUAN MANUEL, “¿Por una política común de inmigración en la Unión Europea? Evolución, retos y realidades”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 29, jul.- dic., 2015.
- LANGE, TESSELTJE DE e VANKOVA, ZVEZDA, “The Recast EU Blue Card Directive: Towards a Level Playing Field to Attract Highly Qualified Migrant Talent to Work in the EU?”, *European Journal of Migration and Law*, v. 24, nº 4, 2022, <https://doi.org/10.1163/15718166-12340138>.
- MORENO, MARIA VERÓNICA, “La problematización de la migración de personas altamente calificadas en la Argentina: trayectoria del debate, incorporación en la agenda e iniciativas públicas implementadas”, in *Migración y políticas públicas. Nuevos escenarios y desafíos*, S. NOVICK (org), Buenos Aires, Catálogos, 2012.
- MOSNEAGA, SILVIA, “Building a more attractive Europe. The Blue Card experience” in *Europeans in-Between: Identities in a (trans-)cultural space*, L. Klein e M. Tamcke (eds.), Euroculture consortium, Groningen: University of Groningen, 2012.
- PEERS, STEVE, “Legislative Update: EC Immigration and Asylum Law: Attracting and Deterring Labour Migration: The Blue Card and Employer Sanctions Directives”, *European Journal of Migration and Law*, v. 11, nº 4, 2009.
- ROTHGANG, M. e SCHMIDT, C. M., “The New Economy, the Impact of Immigration, and the Brain Drain”, in *New Economy Handbook*, Derek C. Jones (ed.), Amsterdam, New York and Tokyo, Elsevier Science, 2003.
- SILVA, ANTÓNIO MARTINS DA, *Sistema político da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2013.
- SUSSKIND, RICHARD e SUSSKIND, DANIEL, *The future of Professions: How technology will transform the work of human experts*, trad. Pedro Elói Duarte, *O futuro das profissões: como a tecnologia transformará o trabalho dos especialistas humanos*, Lisboa, Gradiva, 2019.

O DEVER DE ABSTENÇÃO DE CONTACTO COMO PARADIGMA NAS RELAÇÕES LABORAIS

Luís Gonçalves Lira¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.2>

As relações laborais estão em constante mutação e, prova disso, é a consequente necessidade de atualização da legislação laboral, sendo que o Código do Trabalho de 2009 conta já com quase duas dezenas de alterações.

Em particular, a alteração produzida pela Lei nº 83/2021, de 6 de dezembro, aditou ao Código do Trabalho o artigo 199º-A, que define em que se consubstancia o afamado «dever de abstenção de contacto», ali se referindo que:

«1 – O empregador tem o dever de se abster de contactar o trabalhador no período de descanso, ressalvadas as situações de força maior.

2 – Constitui ação discriminatória, para os efeitos do artigo 25º, qualquer tratamento menos favorável dado a trabalhador, designadamente em matéria de condições de trabalho e de progressão na carreira, pelo facto de exercer o direito ao período de descanso, nos termos do número anterior.

(...)».

¹ Assistente Convidado da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigador no JUSGOV.Advogado.

Ora, não podemos olvidar que o dever de abstenção de contacto, do atual artigo 199º-A do Código do Trabalho surge acoplado ao artigo 199º do mesmo Código, cuja epígrafe é «período de descanso», sendo que a sua norma refere que «[e]ntende-se por período de descanso o que não seja tempo de trabalho».

Aparentemente, a norma do artigo 199º do Código do Trabalho é clara e perceptível até para o mais leigo cidadão. Assim, naturalmente, o período de trabalho é de trabalho e o de descanso para o referido repouso e autodisponibilidade do seu tempo, sendo que, relativamente a este, a norma prevê, indiretamente, que «o empregador só pode interferir com o gozo do tempo de descanso do trabalhador nos casos previstos na lei»².

Não obstante, importa retornarmos ao contexto da Lei nº 83/2021, de 6 de dezembro, que criou o então artigo 199º-A, que formaliza o «dever de abstenção de contacto». Desde 2020 e até 2022, vivenciamos um período crítico em Portugal (e no Mundo), com uma crise epidemiológica, em virtude da doença COVID-19. Em 2020, as organizações tiveram que se reestruturar e reinventar, procurando encontrar formas eficazes de sobreviver a esta crise, mantendo, sempre que possível, a sua atividade, ainda que em circunstâncias muitíssimo limitadas. Circunstâncias de «força maior» assim o impuseram.

Em 2021, é publicada a referida alteração legislativa que, entre outros, regulamenta a medida que impossibilita a interferência da entidade empregadora no tempo de disponibilidade dos seus trabalhadores, que é, simplesmente, o tempo de não trabalhar. É, na verdade, um «grito de Ipiranga», por parte da classe dos trabalhadores, contra uma alegada e reiterada violação do direito ao descanso destes.

Importa, antes de mais, notar, que o direito a desligar, ou direito ao desligamento, sempre existiu no nosso ordenamento jurídico, como oposto do dever de trabalho no tempo predestinado para o efeito. Assim, fora daquele que é o período de trabalho dos trabalhadores – em cumprimento do seu horário de trabalho, da prestação de trabalho suplementar, da prestação de trabalho em acréscimo por força de execução de mecanismos de flexibilização do tempo de trabalho (v.g., banco de horas ou adaptabilidade) ou do trabalho normal em regime de isenção de horário de trabalho – sempre estes

² FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, *O Tempo de Trabalho*, Coimbra Editora, 2012, p. 42.

tiveram garantido o seu direito ao descanso e repouso. À fruição do respetivo tempo como melhor lhes aprouvesse. No entanto, não é menos verdade que os tempos pandémicos convocaram navegar-se por «mares nunca dantes navegados³». E, por isso, existiu uma franca necessidade de, ou se trabalhar em demasia, ou limitar-se drasticamente a possibilidade de trabalho. Isto é, determinadas organizações viram o seu fluxo de atividade aumentar drasticamente (veja-se, a título de exemplo, o setor farmacêutico ou de comércio por grosso), ao passo que outras tiveram que, pura e simplesmente, interromper a sua atividade (nomeadamente, as discotecas e bares noturnos), pelo menos durante determinada fase da pandemia como tal declara pela Organização Mundial de Saúde e em respeito das medidas de contenção daquela, por parte do Governo.

Destarte, daqui culminámos em enchentes de trabalho, com horas de labor muito acima do normal para os trabalhadores das organizações cuja atividade aumentou. Ademais, se em teletrabalho, muitas vezes foram os próprios trabalhadores, seja por sentido de missão, seja por receio de perder o emprego, que se prontificaram a realizar muito mais horas do que faziam ante a situação excecional por que passávamos. Todavia, com toda a franqueza, não nos parece francamente preocupante que assim tenha sido, pois, estávamos a falar precisamente de um período excecional, transitório, em que as circunstâncias determinavam que se tratava de uma situação de «força maior» e, por isso, justificável da prestação de trabalho em acréscimo do normal.

Porém, cerca de um ano depois, é curioso como aquele hábito excecional e transitório se foi polinizando e convertendo numa aparente necessidade premente e efetiva, por parte das organizações. Após a pandemia, vimos muitas pessoas mergulharem em problemas psicológicos e/ou psiquiátricos, as mais das vezes relacionados com o excesso de trabalho. O *burnout* é a patologia «da moda», mas não deveria ser. É alarmante pensar-se que, de certa forma, as pessoas terem passado/passarem por uma situação de *burnout* faz delas as melhores profissionais que cada organização poderia ter tido. É premiar o erro, é acreditar que podemos levar os seres humanos ao limite, no trabalho, com o fito de conseguir o seu desenvolvimento profissional –

³ CAMÕES, LUÍS VAZ DE, *Os Lusíadas*, Almedina, 2016.

que é, nestes casos, essencialmente, o desenvolvimento da organização e não verdadeiramente do trabalhador.

O teletrabalho potenciou, como está bom de ver, práticas irregulares e desconformes com a legislação laboral. O facto de a entidade empregadora não se sentir no pleno controlo do trabalhador, levou a que, instintivamente, este procurasse demonstrar que aquele nada havia a temer, pois em teletrabalho o trabalhador faria tanto ou mais do que aquilo que faria no regime presencial. Todavia, não é suposto que assim seja. O facto de se recorrer ao regime do teletrabalho – concertada ou impositivamente – não pode fundamentar que se admita que um teletrabalhador tenha que trabalhar mais horas que um trabalhador em regime presencial, auferindo a mesma retribuição. Não é justo nem tem, tampouco, qualquer enquadramento legal.

Esta longa introdução foi necessária para que possamos chegar ao momento através do qual, o legislador, decide regulamentar um dever que sempre foi inerente às relações laborais: o dever de abstenção de contacto. A própria norma é simples, porque nada de complexo tem o respetivo regime: a entidade empregadora tem o dever de respeitar o descanso do trabalhador, não o contactando, seja por que via for, ainda que se excecionem, como é óbvio, as circunstâncias de «força maior».

Levantam-se algumas questões relativamente a saber se a norma seria horizontal ou vertical, pois a verdade é que, a imposição do dever, tal como está, obriga apenas os superiores face aos seus subordinados⁴. É o superior que deve abster-se de contactar o seu subordinado, respeitando o seu descanso⁵. Por seu turno, à convocação sobre se o ato de «contactar» incluiria o contacto assíncrono, responde-nos Leal Amado que sim. E, na nossa perspetiva, bem. Admitir uma abstenção de contacto que permita o contacto, seja por que forma for, seria bizarro. Isto é, se admitíssemos que neste dever de abstenção de contacto não estariam incluídos os e-mails «fora de horas»,

⁴ Neste sentido, AMADO, JOÃO LEAL, *Contrato de Trabalho*, Almedina, 2022, p. 280.

⁵ O que não deixa, contudo, de ser criticável, na medida em que o direito ao descanso, sendo universalmente garantido a qualquer trabalhador, deveria ser uma imposição em qualquer relação, seja ela vertical (em qualquer dos sentidos), seja horizontal. Em todo o caso, ainda que não resulte de forma expressa da presente norma, cremos que, ao abrigo do artigo 128º, nº 1, al. a) do Código do Trabalho, sempre se poderá extrair a obrigação de, em qualquer sentido hierárquico, existir respeito entre trabalhadores, no qual nos parece que poderá incluir-se o respeito pelo direito ao descanso. Em sentido idêntico, MOREIRA, TERESA COELHO, *Direito do Trabalho na Era Digital*, Almedina, 2021, p. 128.

iriamos reduzir a norma ao puro contacto telefónico ou presencial? Parece-nos que, na verdade, a ser assim, o dever ficaria esvaziado de utilidade, na prática. A verdade é que se tomou como boa a prática regular de se remeter e-mails a qualquer hora do dia ou da noite, acreditando que os destinatários apenas lê-los-iam quando bem lhes aprouvesse. No entanto, a prática tem precisamente demonstrado que não, que o facto de o trabalhador receber na sua caixa de e-mail (que não raras vezes está acoplada ao telemóvel, com o qual o trabalhador tem contacto permanente) um e-mail num período em que já não estava ao serviço, faz com que interrompa o seu descanso para proceder à leitura do e-mail e, daí, geram-se preocupações e ansiedade. Ademais, mesmo para o trabalhador resistente que vê que recebeu o e-mail, mas não o lê, por princípio, é certo que, pelo menos, fica com alguma ansiedade por ter recebido aquele e-mail, sem saber o que o mesmo contém, mas antecipando que isso signifique mais trabalho, o que, pelo menos indiretamente, também afeta o seu direito a desligar⁶.

Neste contexto, questiona-se ainda sobre o que deverá considerar-se período de descanso, nos casos em que o trabalhador não tem um horário de trabalho, como sucede obrigatoriamente no âmbito do regime de isenção de horário de trabalho. Ora, apesar de poder ser mais difícil a compatibilização de ambos, não é, segundo cremos, impossível. Um trabalhador com esse regime especial de organização de tempo de trabalho, tem liberdade para gerir o seu horário, dentro das diretrizes de trabalho impostas pela entidade empregadora. No entanto, salvo em situações particulares – em que de antemão trabalhador e entidade empregadora sabem que, em virtude do tipo de atividade e funções, poderá o trabalhador ter que exercer as suas funções em períodos de tempo muito distintos – a entidade empregadora consegue prever, em média, em que período de tempo é que o trabalhador estará em exercício de funções, redireccionando os contactos para esses períodos.

Em suma, acreditamos que o problema que está inerente ao estabelecimento do dever de abstenção de contacto é muito maior do que aquilo que ora nos limitámos a aproximar, pois estamos a tratar de um problema de mentalidade. Cremos, em bom rigor, que as organizações com linhas de pensamento mais nórdicas, estão perfeitamente em linha com o cumprimento

⁶ Defendendo posição semelhante, AMADO, JOÃO LEAL, *op. cit.*, p.283.

do dever de abstenção de contacto, sendo redundante para estas a regulamentação inerente. Contudo, facto é que em Portugal temos ainda muitos Patrões Vasques, como nos dizia Fernando Pessoa⁷, que era um patrão «à moda antiga». Sem embargo, importa notarmos que com a oferta de emprego cada vez mais globalizada, as organizações portuguesas necessitam, na nossa perspetiva, de começar a deixar a moda antiga, substituindo-a pela moderna, na qual o trabalhador é visto como alguém em cujo potencial se aposta, por essencial ao sucesso da organização, compreendendo-se identicamente que o período de descanso é tão importante quanto ao período de efetivo trabalho. É, assim, importante deixar de se acreditar que a rentabilidade e produtividade está diretamente relacionada com o número de horas de trabalho efetivo.

Nesta esteira, cremos importante notar que trabalhador eficaz não é o trabalhador que está 24h por dia, 7 dias por semana contactável, mas sim aquele que, durante o seu período de trabalho, está focado na realização das tarefas para as quais está acometido e, nesse período, disponível para ser contactado.

O dever de abstenção de contacto «só» precisou de ser regulamentado, pelo menos no que ao nosso ordenamento jurídico respeita⁸, devido a inúmeras violações impunes por parte das respetivas entidades empregadoras. Se é facto que o teletrabalho potenciou as situações violadoras do direito ao descanso do trabalhador, é de igual forma verosímil que tal não pode ser encarado com conformismo, pois, apesar do período pandémico, a exceção não está legitimada a passar a ser regra. É, por isso, que aplaudimos a alteração legislativa que introduz o artigo 199º-A, porquanto, apesar de não trazer uma norma absolutamente inédita, do ponto de vista dos deveres que já existiam no regime juslaboral, altera a tónica que, até então, estava particularmente votada para um «direito ao desligamento» por parte do trabalhador, focando-se agora no «dever», do lado da entidade empregadora, no sentido de inibir o contacto com o trabalhador, fora do seu período de trabalho. Isto é, conforme tivemos ocasião de explanar, parece-nos que este dever surge como corolário

⁷ PESSOA, FERNANDO, *Livro do Desassossego, Obra Essencial de Fernando Pessoa*, I, Assírio & Alvim, Lisboa, 2006, p. 46.

⁸ Sem embargo de a preocupação ser tida de forma supranacional. Prova disso é o facto de o Parlamento Europeu ter adotado a Resolução nº 2019/2181, que contém recomendações à Comissão relativamente ao direito ao desligamento ou, na redação feliz do nosso ordenamento jurídico, dever de abstenção de contacto. Neste sentido, FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, “O dever de o empregador se abster de contactar o trabalhador” in *Revista Questões Laborais* nº 60, Ano XXIX, jan/jun 2022, p. 149.

de constantes violações do direito ao desligamento, tendo a sua normatização sido, por isso, necessária – motivo pelo qual tendemos a considerá-lo, o dever de abstenção de contacto, como paradigma nas relações laborais.

O direito ao descanso merece, como sabemos, consagração constitucional. E, nas palavras de Pedro Ferreira de Sousa e Fábio Nave Moreira: «[n]o que concerne particularmente às relações de trabalho, o artigo 59º da CRP (*maxime* as alíneas b) e d) do seu nº 1) consagra, ainda, o direito dos trabalhadores à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar, e ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo de jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas. Temos, portanto, que é a própria Constituição que, expressa e positivamente, transporta para a esfera laboral não só o direito ao descanso e as preocupações com o repouso dos trabalhadores, mas também a ideia de limitação aos tempos de trabalho e às imposições da entidade empregadora a este respeito.»⁹

Destarte, não podemos concluir melhor senão nas palavras de Leal Amado: «[d]ir-se-ia (...) que o período de descanso equivale, deve equivaler, a um período *do not disturb!* patronal! Um período, pois, em que o trabalhador deve ser deixado em paz pelo empregador, para descansar ou para se dedicar, livremente, a outras dimensões da sua vida. Não é sobre o trabalhador que recai o ónus de colocar o dístico *do not disturb!* na porta do seu quarto, assim exercendo um qualquer “direito à desconexão profissional” (ao jeito de um *buzz off!* dirigido ao empregador). Pelo contrário, a obrigação de não perturbar, de não incomodar, recai sobre a empresa. O trabalhador goza, assim, de um “direito à não conexão” (dir-se-ia: de um *right to be let alone*, na conhecida fórmula, que remonta a 1880, do juiz Thomas Cooley) por parte da empresa (...)».¹⁰

⁹ SOUSA, Pedro Ferreira de e MOREIRA, Fábio Nave, “O tempo de disponibilidade do trabalhador – perspetiva laboral, fiscal e contributiva” in *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2018-II, p. 198.

¹⁰ AMADO, João LEAL, *op. cit.*, p.277.

TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Luís Couto Gonçalves¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.3>

Introdução

Na filosofia política contemporânea, a questão da justiça assumiu uma relevância assinalável a partir do contributo de John Rawls² (1921-2002) devido, sobretudo, à sua obra, mais marcante, «Uma Teoria da Justiça»³, na qual defende uma conceção liberal igualitária, apoiada na primazia da virtude social da justiça e no respeito por direitos individuais.

«O paradigma liberal igualitário de justiça pode ser definido como a perspetiva que defende a igualdade das liberdades fundamentais – dos direitos-liberdades, civis e políticos –, juntamente com a importância da igualdade de oportunidades e de uma distribuição equitativa em termos económicos»⁴.

¹ Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho.

² Professor estadunidense, considerado um dos maiores filósofos políticos do século XX.

³ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça* (tradução de Carlos Pinto Correia), 3ª ed., Lisboa, Presença, 2013 (título original de 1971) e ainda, RAWLS, *Justice as Fairness – A Restatement* (ed. Erin Kelly), London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2001. A obra, como se alcança, teve a sua primeira edição em 1971, sofreu uma 2ª revisão na edição alemã de 1975 e ainda uma reformulação em 2001.

⁴ JOÃO CARDOSO ROSAS, *Concepções da Justiça*, Lisboa, Edições 70, 2012, p. 21 e JOÃO CARDOSO ROSAS, «Liberalismo igualitário», em AA.VV., *Manual de Filosofia Política* (org. João Cardoso Rosas), 2.ª ed., Coimbra,

Rawls teve como objetivo, expresso, desenvolver uma teoria neocontratualista elevada a «uma ordem superior de abstração à teoria tradicional do contrato social», representada por Locke⁵, Rousseau⁶ e Kant⁷, e procurar uma conceção liberal deontológica como alternativa, em especial, ao utilitarismo dominante⁸, apoiado em autores como Hume⁹, Bentham¹⁰ e Mill¹¹.

Para Rawls «a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é para os sistemas de pensamento»¹².

O autor afirma a primazia da justiça e do respeito por direitos individuais. «Para o liberalismo igualitário estes valores não são negociáveis em função de quaisquer consequências antecipáveis que permitam a maximização do bem-estar agregado»¹³.

Numa proposta dissonante com o paradigma utilitarista¹⁴ afirma que «cada pessoa beneficia de uma individualidade que decorre da justiça, a qual

Almedina, 2021, pp. 35-36.

⁵ Sobre o pensamento deste autor cfr. DAVID LLOYD THOMAS, *Locke on Government*, Routledge, Londres, 1995, no qual aborda o II Tratado da principal obra política de John Locke, *Two Treatises on Civil Government*, de 1689, dedicado à origem, extensão e fim do poder político.

⁶ Para uma perspetiva do contributo do autor, vide, por todos, ROBERT DERATHÉ, *Jean-Jacques Rousseau e la Science Politique de son Temps*, J. Vrin ed., Paris, 1979. A obra de Rousseau, *Du Contrat Social*, de 1762, é a mais emblemática e controversa. A ele se deve o legado da ideia de *contrato social*, que ainda hoje perdura no pensamento político ocidental, e a tensão entre os princípios estruturantes da liberdade e da igualdade na sua proposta do modelo de regime político.

⁷ Por todos, ver RAYMOND VANCOURT, *Kant* (trad. de António Pinto Ribeiro), Edições 70, Lisboa, 1995. Entre as suas obras, destacamos *Metaphysik der Sitten*, de 1797, pela abordagem de matérias com maior aproximação jurídica, de um modo especial na Parte I, relativa à «Teoria do Direito». Esta obra está disponível em português, *A Metafísica dos Costumes* (tradução de José Lamego), 3.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa 2017. Immanuel Kant, apesar de aceitar a ideia de *contrato social*, defendia que este entendimento resultava de ato devido (imperativo categórico) e não, como Locke e Rousseau, do interesse individual de cada pessoa na passagem do «estado natureza» ao «estado de sociedade».

⁸ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça* cit. «Prefácio», p. 19.

⁹ David Hume foi um autor utilitarista empirista e não normativista, como Jeremy Bentham ou John Stuart Mill. Sobre Hume, cfr. MICHELL MALHERBE, *La Philosophie Empiriste de David Hume*, J. Vrin ed., Paris, 1976.

¹⁰ Jeremy Bentham é considerado o fundador do utilitarismo. A sua máxima é a de que «todas as ações humanas devem ser orientadas para alcançar a maior felicidade do maior número». A sua principal obra é *A Fragment on Government* (1776), Cambridge University Press, UK, 1990.

¹¹ John Stuart Mill foi um seguidor da corrente utilitarista de Bentham, sendo a sua publicação mais reputada *Principles of Political Economy* (1848), Oxford University Press, New York, 1994. Para uma visão do pensamento do autor, JOSÉ GARCIA AÑÓN, *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

¹² RAWLS, *Uma Teoria da Justiça* cit., p. 27.

¹³ JOÃO CARDOSO ROSAS, «Liberalismo igualitário», em AA.VV., *Manual de Filosofia Política* cit., p. 35.

¹⁴ O utilitarismo, na formulação mais simples, sustenta que o ato ou a política moralmente correta é aquela que gera a maior felicidade entre os membros de uma sociedade. Sobre utilitarismo, ver, entre outros, JEREMY BENTHAM, *A Fragment on Government* cit.; JOHN STUART MILL, *Utilitarismo* (1863), 1.ª ed. Lisboa, Gradiva, 2005 (trad. Pedro

nem sequer em benefício do bem-estar da sociedade como um todo poderá ser eliminada. Por esta razão, a justiça impede que a perda da liberdade para alguns seja justificada pelo facto de outros passarem a partilhar um bem maior. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos sejam compensados pelas vantagens usufruídas por um maior número. Assim sendo, numa sociedade justa a igualdade de liberdades e direitos entre os cidadãos é considerada como definitiva; os direitos garantidos pela justiça não estão dependentes da negociação política ou do cálculo dos interesses sociais»¹⁵.

Rawls designa a sua conceção política liberal igualitária de «justiça como equidade»¹⁶. Esta conceção parte de uma intuição básica - a sociedade como um sistema de cooperação - para a formulação dos princípios da justiça defendendo-os de duas formas distintas. Primeiro, pelo estabelecimento de um equilíbrio refletido provisório entre as intuições morais e os próprios princípios da justiça. Segundo, através do recurso à noção da posição original, uma formulação mais abstrata e hipotética da ideia de contrato social¹⁷.

Na referida reformulação da sua obra, na sequência dos estudos sobre o liberalismo político¹⁸, o autor redefine a sua posição inicial da justiça como equidade, apresentando-a já não como parte de uma doutrina moral compreensiva, mas como uma conceção política de justiça. A justiça como equidade é considerada a forma mais razoável do liberalismo político, o que implicou a necessidade de reestruturar alguns aspetos do seu modelo teórico originário.

Os tópicos essenciais da sua obra, que abordaremos neste trabalho, são os seguintes: i) a sociedade como um sistema equitativo de cooperação; ii) a sociedade bem ordenada; iii) a sociedade como estrutura básica; iv) a posição original; v) os cidadãos como pessoas livres e iguais; vi) a justificação pública; vii) os princípios da justiça.

De seguida, vamos efetuar a referida abordagem tripartida de sociedade.

Madeira); PEDRO GALVÃO, «Utilitarismo», em AA.VV., *Manual de Filosofia Política* cit., pp. 15-33 (e bibliografia citada no final).

¹⁵ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça* cit., p. 27.

¹⁶ RAWLS, *Justice as Fairness – A Restatement* cit., «Prefácio», pp. xvi-xvii, quis deixar claro que a justiça como equidade tem na sua base uma conceção política e não moral.

¹⁷ JOÃO CARDOSO ROSAS, «Liberalismo igualitário» em *Manual de Filosofia Política* cit., p. 37.

¹⁸ RAWLS, *Liberalismo Político* (tradução de João Sedas Nunes), Lisboa, Presença, 1997 (título original, de 1993).

1. A sociedade como um sistema equitativo de cooperação

Rawls parte do princípio que os cidadãos de uma sociedade democrática têm um conjunto de ideias intuitivas e familiares, adquiridas ao longo de tempo, entre as quais a de que uma sociedade é um sistema de cooperação social¹⁹.

A ideia de cooperação social tem três características essenciais²⁰:

- a) resulta de regras reconhecidas e aceites pelos cidadãos para regular a sua conduta e não de regras ditadas ou impostas por uma autoridade central;
- b) pressupõe uma ideia de equidade e reciprocidade entre os membros da comunidade, que aceitam participar segundo um mesmo sentido público de justiça;
- c) traduz a expressão da vantagem racional de cada participante na prossecução do seu interesse, embora num quadro de razoabilidade.

O papel dos princípios da justiça consiste em especificar os termos equitativos da cooperação social²¹. «Estes princípios definem os direitos e deveres básicos que devem ter as principais instituições políticas e sociais, regulam a distribuição dos benefícios (...) e distribuem os encargos necessários para a sua sustentação»²².

2. A sociedade bem ordenada

A sociedade está bem ordenada quando for uma sociedade efetivamente regulada por uma conceção pública de justiça²³.

¹⁹ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça* cit., pp. 28 e ss.

²⁰ RAWLS, *Justice as Fairness – A Restatement* cit., pp. 5 e ss.

²¹ Idem, p. 7 e *Uma Teoria da Justiça* cit., pp. 28 e ss.

²² RAWLS, *Justice as Fairness – A Restatement* cit., pp. 5 e ss.

²³ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça* cit., cap. I, nºs 1 e 2.

Isto significa três condições²⁴:

- 1ª – uma sociedade em que cada um aceita, e sabe que todos os demais aceitam, a mesma concepção política da justiça;
- 2ª – uma sociedade em que as suas principais instituições políticas e sociais, e o modo como se interligam para formar um sistema de cooperação, satisfazem os princípios da justiça;
- 3ª – uma sociedade na qual os cidadãos têm um sentido normalmente efetivo de justiça, quer dizer, um sentido que os capacita para entender e aplicar os princípios publicamente reconhecidos da justiça e, a sua grande maioria, para atuar de acordo com a sua posição na sociedade, com os seus deveres e obrigações.

«É impossível uma sociedade bem ordenada na qual todos os membros aceitem a mesma doutrina compreensiva. Mas os cidadãos democráticos que pratiquem doutrinas compreensivas diferentes podem coincidir em concepções políticas da justiça». «O liberalismo político é uma concepção que permite uma base suficiente e mais razoável de unidade social disponível para os (...) cidadãos de uma sociedade democrática»²⁵.

3. A sociedade como estrutura básica

«O objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade ou, mais exatamente, a forma pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão dos benefícios da cooperação em sociedade»²⁶. A estrutura básica constitui, portanto, a parte institucional e legal que compõe a vida social.

As instituições mais importantes são a constituição política, bem como as principais estruturas económicas e sociais. Assim, a proteção jurídica da liberdade de pensamento e de consciência, da concorrência de mercado, da

²⁴ RAWLS, *Justice as Fairness – A Restatement* cit., pp. 8-9.

²⁵ *Idem*, p. 9.

²⁶ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça* cit., p. 30.

propriedade privada dos meios de produção e da família monogâmica são exemplos de instituições desse tipo²⁷.

A justiça como equidade faz da estrutura básica o objeto principal da justiça política. Esta posição constitui um limite objetivo intencional ao âmbito da teoria. Esta é aplicável ao nível da «justiça doméstica» (a da estrutura básica), mas já não, necessariamente, ao nível da «justiça local» (referente a princípios que se aplicam diretamente a instituições e associações), nem ao nível da «justiça global» (relativa aos princípios aplicáveis ao direito internacional, o chamado «direito das gentes»)²⁸.

4. A posição original

A posição original é a resposta de Rawls ao problema de saber como se justifica a existência de uma sociedade como um sistema equitativo de cooperação.

Para o autor essa justificação resulta de um acordo adotado por «pessoas» (*rectius*, partes ou representantes de pessoas) livres e iguais que participam na cooperação por a considerarem a melhor forma de defesa dos seus interesses²⁹.

Este acordo, alcançado sob condições equitativas de todos os cidadãos, é a melhor solução no âmbito de uma sociedade democrática plural e das respetivas instituições livres. Este acordo não pode resultar de qualquer intervenção exterior à esfera dos destinatários que o integram.

Este acordo, para ser válido, do ponto de vista da justiça política, deve pressupor a participação de «pessoas» livres e iguais e não deve permitir que alguns possam negociar em posições não equitativas.

O acordo equitativo para atingir a estrutura básica da sociedade tem de abstrair-se de aspetos e circunstâncias particulares dessa estrutura e não pode ser distorcido por ela.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem* e RAWLS, *Justice as Fairness – A Restatement* cit., p. 11. O «direito das gentes» é desenvolvido na sua obra, *The law of peoples – with the idea of public reason revisited*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2000.

²⁹ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça* cit., cap. I, nºs 3 e 4, pp. 33 e ss.

Na posição original não se permite às partes conhecer as posições sociais ou as doutrinas compreensivas particulares das «pessoas» que as representam. Tão pouco conhecem a raça, o grupo étnico, o sexo e as qualidades inatas como a força ou a inteligência.

Rawls, metaforicamente, expressa esta ideia afirmando que as «partes» estão sob um «véu de ignorância»³⁰.

Só deste modo se pode garantir um acordo em condições de equidade, eliminando as posições vantajosas ou de supremacia que surgem, inevitavelmente, com o fluir social.

A posição original, por um lado, alarga a ideia do contrato social, não o limitando a uma forma particular de Estado ou governo, como em Locke ou Rousseau, e, por outro, torna o conceito de contrato social mais abstrato, considerando-o como hipotético e presente e não como histórico ou resultante de um estado cultural primitivo³¹.

Rawls não ignora que esta posição coloca uma objeção séria: se os acordos são hipotéticos e não históricos a posição original não perde toda a relevância?

O autor contrapõe dizendo que a relevância da posição original «radica no facto de que é um mecanismo de representação ou, alternativamente, um instrumento mental pensado para a clarificação pública e a auto clarificação»³².

A posição original serve para modelar as convicções de «pessoas» consideradas razoáveis, colocando «as partes» numa situação equitativa a partir da qual chegam a um acordo sujeito a restrições adequadas baseadas nas razões que respaldam os princípios de justiça política³³.

³⁰ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça* cit, cap. III, nº 24, pp. 121 e ss.

³¹ *Idem*, cap. I, nº 3 e RAWLS, *Justice as Fairness – A Restatement* cit., pp. 16-17.

³² RAWLS, *Justice as Fairness – A Restatement* cit., p. 17.

³³ *Idem*, p. 18.

5. Os cidadãos como pessoas livres e iguais

A justiça como equidade concebe os cidadãos como pessoas livres e iguais por terem duas «faculdades morais»³⁴:

- a) a capacidade de terem um sentido da justiça, entendendo, aplicando e trabalhando segundo os princípios da justiça política que definem os termos equitativos da cooperação social;
- b) a capacidade de terem uma conceção axiológica, prosseguindo racionalmente aquilo que tem valor na vida humana.

Estas duas faculdades morais definem o que é a «pessoa moral» e a «personalidade moral».

Mas o que significa afirmar que as pessoas são livres e iguais?

A resposta tem de ser dada de um modo contextualizado. Estamos a falar de pessoas livres e iguais numa perspectiva estritamente política (justiça como equidade destinada à estrutura básica de sociedade), sem qualquer conotação moral abrangente, metafísica ou psicológica.

«A conceção da pessoa livre e igual resulta do modo como a cultura política pública de uma sociedade democrática concebe os cidadãos, que se encontra plasmada nos seus textos políticos fundamentais (constituições e declarações dos direitos humanos) e na tradição histórica da interpretação desses textos»³⁵. Nesta medida, corresponde a uma visão político-normativa³⁶.

6. A justificação pública

A justificação pública acompanha a ideia de uma sociedade bem ordenada, porquanto, como vimos, esta sociedade encontra-se regulada por uma conceção de justiça publicamente reconhecida.

³⁴ *Idem*, p. 19.

³⁵ *Idem*, p. 19.

³⁶ Para mais desenvolvimentos sobre a ideia de liberdade e igualdade, ver RAWLS, *Justice as Fairness – A Restatement* cit., p. 20 e ss e RAWLS, *Uma Teoria da Justiça* cit., cap. VIII, pp. 346 e ss.

O aspecto essencial da sociedade bem ordenada é que a sua conceção pública da justiça política estabelece uma base partilhada que permite aos cidadãos justificar reciprocamente os seus juízos políticos: cada um coopera, política e socialmente, com os restantes em condições que todos podem avaliar como justas. É este o significado de justificação pública.

Falar em justificação pública pressupõe, necessariamente, a possibilidade de haver discrepâncias e divergências. Só assim faz sentido a necessidade de justificação.

A justificação pública pretende alcançar um consenso, mas não um acordo completo. O objetivo praticável é limitar o desacordo, ao menos no que respeita às controvérsias mais decisivas e, em particular, às controvérsias que afetam os aspetos essenciais da Constituição e as questões de justiça básica³⁷.

Estes aspetos essenciais da Constituição são, por exemplo:

- a) os princípios fundamentais que definem a estrutura geral do governo e do processo político; os poderes legislativo, executivo e judicial; os limites da regra das maiorias;
- b) os direitos e liberdades básicas de cidadania que toda a maioria legislativa deve respeitar, tais como o direito de voto e o direito a participar na política, a liberdade de pensamento e de associação, a liberdade de consciência, e também as proteções do império da lei³⁸.

Um dos principais objetivos da justificação pública é o de preservar as condições de uma cooperação social, efetiva e democrática, baseada no respeito mútuo entre cidadãos que se concebem como pessoas livres e iguais. Em caso de conflito a ideia de justificação pública é a de procurar obter um consenso entrecruzado ou sobreposto de doutrinas razoáveis e, com ele, uma conceção política resultante de um equilíbrio refletido, de que falamos no ponto seguinte.

³⁷ RAWLS, *Justice as Fairness – A Restatement* cit., p. 28.

³⁸ *Ibidem*.

6.1. Equilíbrio refletido

A ideia de sociedade como um sistema de cooperação pressupõe que os seus participantes são pessoas livres e iguais dotados de racionalidade e razoabilidade. A racionalidade é a base do exercício da liberdade de cada um. A razoabilidade permite que cada cidadão esteja disposto a chegar a entendimento com os outros tornando possível a vida social.

O uso da razão é determinante para a manutenção do sistema de cooperação, de um modo especial quando se confrontam diferentes concepções alternativas de justiça política.

É nestas situações, em que se tem de encontrar um equilíbrio refletido entre as intuições morais e os princípios de justiça mais favorecidos. Assim, o método do equilíbrio refletido afigura-se como um caminho paralelo ou complementar face ao argumento da posição original para a construção dos princípios da «justiça como equidade»³⁹.

6.2. Consenso entrecruzado ou de sobreposição

Para Rawls é indubitável que os cidadãos, numa sociedade bem ordenada, quando afirmam a mesma concepção política de justiça o façam por diferentes razões e apesar de terem visões opostas a diferentes níveis (religioso, filosófico e moral).

De todo o modo, estas mundividências (ou doutrinas compreensivas) diferenciadas não são impeditivas da existência de uma sociedade democrática bem ordenada e, conseqüentemente, de uma concepção política de justiça comum, pelo menos na esfera dos «aspectos essenciais da Constituição» e das «questões de justiça básica».

Esta sociedade afirma-se através de um consenso entrecruzado de política de justiça, obtido apesar do pluralismo razoável (e desejável) de uma sociedade democrática, histórica e culturalmente situada⁴⁰.

³⁹ Para mais desenvolvimentos, RAWLS, *Uma Teoria da Justiça* cit., cap. I, n.º 9 e RAWLS, *Justice as Fairness – A Restatement* cit., pp. 29 e ss.

⁴⁰ RAWLS, ob. ult. cit., pp. 32 e ss.

6.3. Razão pública

A justificação de uma sociedade bem ordenada é acompanhada da ideia de uma sociedade regulada por uma razão pública de justiça reconhecida.

A razão pública exprime a vontade de cidadãos iguais, como corpo coletivo, e traduz-se no poder normativo do Estado.

«A razão pública é característica de um povo democrático: é a razão dos seus cidadãos, daqueles que partilham o estatuto da igual cidadania»⁴¹.

A razão é pública em três sentidos: como expressão da razão típica dos cidadãos; enquanto bem do domínio público; pela sua natureza e o seu conteúdo serem resultantes da conceção de justiça política eleita pela sociedade⁴².

A razão pública apoia-se numa legitimidade própria e só ela pode justificar a justiça como equidade, na sua dimensão política.

A razão pública distingue-se, pois, da razão não pública (isto é, não dirigida à sociedade política e aos cidadãos em geral) que corresponde à razão própria dos indivíduos ou de instituições ou entidades, como associações, sociedades, sindicatos, universidades e igrejas⁴³.

7. Os princípios da justiça

Entendendo a sociedade como um sistema equitativo de cooperação entre cidadãos, considerados como livres e iguais, quais são os princípios da justiça mais indicados para definir os direitos e liberdades básicos e para regular as desigualdades sociais e económicas?

A resposta de Rawls é a enunciação de um princípio geral da justiça e de dois princípios especiais da justiça.

⁴¹ RAWLS, *Liberalismo Político* cit. p. 209.

⁴² RAWLS, *ibidem*.

⁴³ RAWLS, *Justice as Fairness – A Restatement* cit., pp. 89 e ss.

O princípio geral é o seguinte: «Todos os valores sociais⁴⁴ – liberdade e oportunidade, rendimento e riqueza, e as bases sociais do respeito próprio – devem ser distribuídos igualmente, salvo se uma distribuição desigual de algum desses valores, ou de todos eles, redunde em benefício de todos»⁴⁵.

Os dois princípios especiais, na sua versão definitiva⁴⁶, são assim enunciados:

- 1º Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema de liberdades idêntico para as outras;
- 2º As desigualdades económicas e sociais devem satisfazer duas condições: em primeiro lugar, ser a consequência do exercício de cargos e funções abertos a todos em circunstâncias de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, ser para o maior benefício dos membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença)⁴⁷.

O primeiro princípio (das liberdades) é prioritário em relação ao segundo e, neste, o princípio da igualdade equitativa de oportunidades é prioritário em relação ao princípio da diferença. Esta prioridade significa que, ao aplicar um princípio (ou ao colocá-lo à prova em casos difíceis), os princípios prévios estejam plenamente cumpridos⁴⁸.

Para um melhor entendimento destes princípios especiais tem de se concretizar a ideia do significado de pessoas menos beneficiadas. Para tanto é necessário introduzir a ideia de bens sociais primários.

Estes bens, numa perspectiva não moral, mas política e social, são as diversas condições e meios necessários à vida de uma pessoa, concebida como livre e igual, dotada das duas faculdades morais (já referidas no ponto 5) e capaz de ser um membro de uma sociedade como um sistema cooperativo de cooperação.

⁴⁴ Equivalentes a bens primários.

⁴⁵ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça* cit., cap. II, p. 69.

⁴⁶ RAWLS, *Justice as Fairness – A Restatement* cit., pp. 42 e ss.

⁴⁷ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça* cit., cap. II, pp. 67 e ss e RAWLS, *Justice as Fairness – A Restatement* cit., pp. 42-43. O princípio da diferença tem subjacente o chamado «critério maximin», pelo qual é sempre preferível escolher a opção mais segura que implique o menor risco para todos. A «regra maximin» pretende maximizar o mínimo, isto é, entre as alternativas possíveis deve escolher-se aquela que tenha o melhor pior resultado possível. Para mais desenvolvimentos acerca deste (contrário) critério, cfr EDUARDO RIVERA LÓPEZ, *Presupuestos Morales del Liberalismo*, Madrid, BOE, 1997, pp. 252-257.

⁴⁸ RAWLS, *Justice as Fairness – A Restatement* cit., p. 43.

Os bens sociais primários são as liberdades e imunidades, as oportunidades e poderes, a riqueza e o rendimento e as bases sociais do respeito próprio. De uma forma mais sucinta, podem reconduzir-se a três categorias: liberdades, oportunidades e riqueza⁴⁹.

«Todos e cada um de nós necessitamos de liberdades básicas (que incluem as imunidades legais) que protegem as muitas escolhas que fazemos ao longo da vida. As oportunidades dão-nos o poder efetivo de realizar essas escolhas. A riqueza (juntamente com os rendimentos) permite dar maior valor às nossas escolhas. As bases sociais do respeito próprio são um bem primário de tipo diferente. O respeito que cada um tem por si mesmo e pela vida que escolheu depende da possibilidade real de desenvolver as suas escolhas e do facto de elas serem reconhecidas pelos outros (o respeito próprio também depende do respeito que os outros nos prestam). Assim, o respeito próprio é uma espécie de subproduto de uma sociedade na qual os bens sociais primários estão corretamente distribuídos. Embora o respeito próprio não seja diretamente distribuído pelas instituições sociais, ele decorre de uma sociedade organizada de modo a distribuir com justiça os restantes bens sociais»⁵⁰.

De acordo com os princípios enunciados, o primeiro não admite a possibilidade de desigualdade quanto à distribuição do valor da liberdade, enquanto o segundo e o terceiro admitem essa possibilidade quanto aos aspetos económicos e sociais.

A desigualdade económica e social não tem uma carga tão negativa, pois é potenciadora de um sistema de incentivos⁵¹.

O papel da justiça visa definir a distribuição mais adequada dos benefícios e encargos ou, se se preferir, dos direitos e deveres, que decorrem da cooperação social.

O objetivo de uma teoria da justiça (que é distinto do seu objeto, a estrutura básica da sociedade) restringe-se à definição da distribuição correta dos bens materiais e imateriais essenciais, os bens primários, a qual permite que a sociedade seja bem ordenada⁵².

⁴⁹ JOÃO CARDOSO ROSAS, «Liberalismo igualitário» em AA.VV., *Manual de Filosofia Política* cit., p. 40.

⁵⁰ JOÃO CARDOSO ROSAS, *ibidem*.

⁵¹ JOÃO CARDOSO ROSAS, *Concepções da Justiça* cit., p. 26.

⁵² Para mais desenvolvimentos, RAWLS, *Uma Teoria da Justiça* cit., cap. II, pp. 63-107; RAWLS, *Justice as Fairness – A Restatement* cit., pp. 39-79; JOÃO CARDOSO ROSAS, «Liberalismo igualitário» em AA.VV., *Manual de Filosofia*

8. Considerações finais

É consensual que a proposta de Rawls, no seu conjunto, configura um pensamento filosófico com sensibilidade para uma ideia política relevante de procura da justiça social, um mérito que deve ser sublinhado e reconhecido⁵³.

Uma das principais motivações da teoria da justiça foi encontrar uma alternativa ao utilitarismo que, de há muito, orientava grande parte da teoria política. Rawls considera que o utilitarismo contraria as nossas intuições sobre a justiça, dado que não exclui o sacrifício de alguns em prol da maximização do bem-estar geral. Mais precisamente, o utilitarismo contraria a intuição de que, se queremos ser justos, devemos tratar todas as pessoas como iguais. Ora, pensa Rawls, a proteção de certos direitos e liberdades é o que garante um tratamento igual de todas as pessoas.

Em grande parte, a teoria da justiça visa mostrar quais são esses direitos e liberdades, evitando cair no habitual extremo oposto ao utilitarismo, isto é, evitando caucionar a pluralidade de intuições desconexas e incompatíveis entre si e a que dava o nome de «intuicionismo».

A ideia de Rawls foi precisamente desenvolver uma teoria política capaz de articular de forma sistemática e coerente algumas dessas intuições, identificando os direitos e liberdades em que deve assentar qualquer sociedade que se queira justa. E esta passou a ser a direção que quase toda a filosofia política acabou por seguir. Mas, não estando, naturalmente, em causa o seu inegável mérito, há alguns aspetos da sua teoria que suscitam alguma controvérsia.

Na verdade, ela tem enfrentado críticas de muitos setores, incluindo os liberais do qual Rawls faz parte. Limitando-nos aos principais críticos, com origem no próprio liberalismo, salientamos o economista Amartya Sen⁵⁴, o

Política cit., pp. 35-66; JOÃO CARDOSO ROSAS, *Concepções da Justiça* cit., pp. 21-54; WILL KYMLICKA, *Contemporary Political Philosophy: an Introduction*, NY, Oxford University Press, 2002, pp. 53-101.

⁵³ Como escreve WILL KYMLICKA, ob. ult. cit., p. 55, a teoria de Rawls «domina o âmbito da discussão, não no sentido de proporcionar um acordo, já que muitas poucas pessoas estão totalmente de acordo com ela, mas no sentido de que os teóricos posteriores se têm posicionado por oposição a Rawls». E acrescenta que «não seremos capazes de entender os trabalhos posteriores sobre a justiça sem antes entendermos Rawls». Isto significa que a obra de Rawls representou um marco indelével na evolução da filosofia política e, curiosamente, causou uma forte efervescência doutrinária, em especial, entre os autores da família liberal, centrada, em grande medida, no alcance rawlsiano dos princípios da justiça.

⁵⁴ AMARTYA SEN, *A Ideia de Justiça* (trad. Nuno Castello-Branco Bastos), Coimbra, Almedina, 2010 e AMARTYA SEN, *Inequality Reexamined*, Oxford, UK, Clarendon Press, 1992. O autor entende que há uma insuficiência na abordagem de Rawls aos princípios jurídicos da liberdade e da igualdade a partir da ideia de bens sociais primários.

filósofo igualitarista Ronald Dworkin⁵⁵, o filósofo libertário Robert Nozick⁵⁶ e o filósofo comunitarista⁵⁷ Michael Sandel⁵⁸.

Um dos pontos que suscita alguma perplexidade é construir uma doutrina *racional* com base numa proposta *intuitiva* da «posição original», uma

Para A. Sen o mais importante é dar conteúdo a esses princípios. Para tanto propõe o conceito de «capacidades». Assim, a questão fundamental é a capacidade para transformar os bens sociais primários em efetiva liberdade de escolha. A noção de capacidade indica essa transformação. «Muito embora os bens primários sejam, no máximo, meios para se poder atingir os fins da vida humana que se tenham por valiosos, na formulação rawlsiana dos princípios da justiça eles tornam-se o elemento central da apreciação da equidade distributiva». «É isso é um erro (...)». «A perspectiva da capacidade dedica-se especialmente a vir corrigir este foco de atenção (...) sobre os meios em vez de concentrar-se sobre a oportunidade de cumprir os fins e sobre a liberdade substantiva para se atingir esses fins argumentativamente delineados». (Cfr AMARTYA SEN, *A Ideia de Justiça* cit., p. 322 e AMARTYA SEN, *Inequality Reexamined* cit., pp.112-119, em especial).

⁵⁵ RONALD DWORKIN, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, 4.ª ed., Cambridge, Mass., London, Harvard University Press, 2002. Dworkin critica Rawls por não dar relevância à ideia de igualdade de recursos e da responsabilidade individual. Baseia-se em dois tópicos fundamentais: primeiro, a importância objetiva igual de que todas as vidas humanas floresçam; segundo, cada pessoa é responsável por definir e alcançar o florescimento de sua própria vida. Assim, considera que a verdadeira igualdade significa igualdade no valor dos recursos que cada pessoa comanda e não no sucesso que ela alcança. Estas objeções levam Dworkin a defender uma igualdade centrada na ideia de recursos e não, como em Rawls, numa igualdade distributiva de alguns bens sociais primários.

⁵⁶ ROBERT NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, NY, Basic Books, 2014 (ed. original de 1974). Em resposta à Teoria da Justiça de Rawls, esta obra tornou-se um dos textos que define o pensamento libertário e a defesa do Estado (muito) mínimo. Em relação a Rawls, o autor considera que não é possível garantir a integridade dos indivíduos quando a estrutura básica da sociedade revela preocupações de ordem igualitária. Uma palavra ainda para salientar o argumento (radical) da «propriedade de si mesmo», como justificação de liberdade individual, um princípio cujo único limite é o respeito da «propriedade dos outros». Para mais desenvolvimentos, WILL KIMLICKA, *Contemporary Political Philosophy: an Introduction* cit., pp. 10-52; CHANDRAN KUKATHAS / PHILIP PETTIT, *Rawls – Uma Teoria da Justiça e os seus Críticos* (trad. Maria Carvalho), Lisboa, Gradiva, 1995, pp. 92-110; EDUARDO RIVERA LÓPEZ, *Presupuestos Morales del Liberalismo* cit., pp. 31-136; RUI FONSECA, «Libertarismo», em AA.VV., *Manual de Filosofia Política* cit., pp. 67-85; ALEXANDRA ABRANCHES, «Robert Nozick: Direitos Individuais», em AA.VV., *Pensamento Político Contemporâneo – Uma Introdução* (Organizadores João Carlos Espada / João Cardoso Rosas), Lisboa, Bertrand Ed., 2004, pp. 104-133.

⁵⁷ No pressuposto de que o comunitarismo moderno (não confundível com o comunitarismo marxista) não pretende substituir o pensamento liberal, mas, com um espírito construtivo, corrigi-lo. Para os comunitaristas, o principal problema do liberalismo está na matriz individualista excessiva de algumas das suas propostas, com a consequente desvalorização do eu-social, na sua dimensão social e política (cfr. WILL KIMLICKA, *Contemporary Political Philosophy: an Introduction* cit., pp. 208-283; CARLOS AMARAL, «Comunitarismo», em AA.VV., *Manual de Filosofia Política* cit., pp. 87-116).

⁵⁸ MICHEL SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996 (reimpressão do original de 1982). Nesta obra o autor faz uma apreciação aprofundada e discordante dos elementos essenciais da estrutura teórica e argumentativa da Teoria da Justiça de Rawls. O autor, de um modo frontal, assume que o seu objetivo é «desafiar» o liberalismo contemporâneo (de raiz kantiana) colocando limites concretos à primazia da ideia da justiça deontológica que resulta da proposta rawlsiana (pp. 1-14). A proposta de teoria da justiça de Rawls não é aceitável por assentar numa conceção abstrata de pessoa. A justiça não nos pode considerar coerentemente como o tipo de seres (artificiais) que a sua proposta de posição original exige que sejamos. A perspectiva rawlsiana, devidamente redefinida, remete necessariamente para uma conceção de comunidade que marca os limites da justiça (pp. 14 e 65). A comunidade é um bem comum que não podemos conhecer sozinhos (p. 183).

ideia meramente hipotética, na qual não cabem pessoas reais, e contra factual devido ao carácter espesso do «véu de ignorância»⁵⁹.

Os contratualistas clássicos, como Locke e Rousseau, procuravam justificar a questão sobre a origem ou a legitimidade do poder político⁶⁰

Rawls vai mais longe e pretende justificar uma conceção de justiça dirigida a uma sociedade política específica.

A teoria da justiça de Rawls é uma teoria filosófico-política⁶¹ sobre o modo de alcançar a justiça numa sociedade de matriz liberal, na qual os cidadãos são considerados como pessoas livres e iguais⁶².

Neste ponto, em que pretende uma visão mais ampla, que inclui a justiça, afigura-se contraditório sustentar uma perspectiva independente de outros valores e doutrinas para se restringir unicamente à estrutura básica da sociedade.

O que se pretende afirmar é que há falta de uma perspectiva eticamente mais substantiva da pessoa e da sociedade, a qual nos parece crucial para fundar adequadamente a conceção deontológica do autor.

Não será surreal partir da posição original de «pessoas» irreais para sustentar uma ideia de justiça social feita de pessoas reais?

⁵⁹ Num comentário crítico à ideia do «véu de ignorância», por ser demasiado artificial e fictícia, cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *História do Pensamento Político Ocidental*, Coimbra, Almedina, 2016 (Reimpressão), pp. 728-729.

⁶⁰ O contrato social, para estes autores, não assentava numa mera experiência mental, como em Rawls na sua formulação de posição original, mas antes em acordos (implícitos) entre os membros da sociedade civil.

⁶¹ Embora o título da obra («Uma Teoria da Justiça») seja indiciador de uma teoria do Direito, dado o papel central e indeclinável que a justiça representa para a ciência jurídica. O autor deste escrito, como é sabido, nem é especialista em teoria do Direito, nem em filosofia política. Mas a abertura de um jurista à filosofia não se afigura um risco desmedido, antes um risco mitigado e até justificado. Apoiando-nos em CONDORCET, «As obras filosóficas visam, algumas o progresso, outras o esclarecimento». E mais adiante «(...) toda a sociedade que não seja esclarecida por filósofos é enganada por charlatães» (*Journal d'Instruction Sociale* – Prospectus, 1793, editado com STEYES e DUHAMEL, pp. 7, 9-10, respetivamente).

⁶² Para RAWLS, *Justice as Fairness – A Restatement* cit., § 1 (pp. 1-5) é possível atribuir quatro papéis fundamentais à filosofia política: um papel prático de resolução de divisões sociais; um papel de orientação, concebendo os fins da sociedade; um papel de reconciliação a partir da compreensão das instituições sociais constituídas ao longo do tempo; um papel de formulação de uma «utopia realista» que permita a realização de uma sociedade o mais justa possível, nos limites da viabilidade política praticável.

DESAFIOS DA JUSTIÇA JUVENIL – ALGUMAS INQUIETAÇÕES ENTRE A CONTENÇÃO E A INTERVENÇÃO PRECOCE¹

Margarida Santos²

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.4>

I. No âmbito da reflexão em torno dos *múltiplos e diferentes olhares sobre o fenómeno criminal/sancionatório*, gostaríamos de, primeiramente, trazer à colação a principal motivação subjacente à escolha da seara da justiça juvenil/da justiça tutelar educativa.

Confessadamente é um dos temas que mais nos tem desafiado enquanto jurista, desde logo por ser uma área que convoca a interdisciplinaridade por excelência. O fenómeno da delinquência juvenil tem de ser estudado à luz de várias lentes, devendo abraçar-se uma perspetiva que estabeleça pontes entre os vários domínios do saber. Com efeito, desde logo, a pretendida eficácia da justiça juvenil tem de assentar, necessariamente, numa intervenção sistémica, a vários níveis.

¹ Este texto corresponde à versão escrita relativa à intervenção ocorrida no Seminário *Múltiplos e diferentes olhares sobre o fenómeno criminal/sancionatório: das interrogações às inquietações*, que ocorreu na Escola de Direito da Universidade do Minho, nos dias 13 e 14 de outubro de 2021.

² Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho; Membro Integrado do Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov)

No âmbito desta intervenção, pretende-se, sobretudo, enunciar alguns desafios que se colocam no contexto da delinquência juvenil e da intervenção tutelar educativa, sublinhando algumas inquietações, sobre as quais importa refletir.

II. O modelo tutelar educativo português afigura-se um modelo equilibrado, de “terceira via” entre os modelos de proteção e de justiça. Foi apenas objeto de uma revisão legislativa, em 2015, pela Lei nº 4/2015, de 15 de janeiro, que, não obstante ter produzido alguns aditamentos (alguns inovadores), não alterou o modelo traçado, vindo sobretudo colmatar algumas deficiências sentidas na prática³.

Não obstante, têm sido evidenciadas algumas problemáticas práticas que desafiam a própria finalidade educativa, pedagógica das medidas tutelares educativas, inspiradas por uma arquitetura legal que assenta no princípio da necessidade, da atualidade e da contingência⁴.

Cumprе, pois, continuar a reafirmar que “... prosseguir os objectivos da LTE significa uma permanente capacidade para pensar soluções que em cada momento se adequem às necessidades de desenvolvimento pessoal de cada jovem e simultaneamente correspondam a propostas de efectiva integração na comunidade”⁵. É que só assim se alcançará a efetiva “educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade”, como proclama o artº 2º da Lei Tutelar Educativa (LTE).

³ AMÉLIA SINEIRO ANDRADE, MARGARIDA SANTOS, “A Lei nº 4/2015, de 15 de janeiro, e as alterações introduzidas na Lei Tutelar Educativa - uma primeira leitura”, *Scientia Iuridica*, Tomo LXIV, nº 339, 2015, pp. 229-348.

⁴ Para maiores desenvolvimentos ver MARGARIDA SANTOS, “A intervenção tutelar educativa: especificidades, desafios e perspetivas futuras”, in PALMA, Maria Fernanda et. al. (org.), *Livro em Memória do Professor Doutor João Curado das Neves*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 195 e ss..

⁵ Cfr. Relatório da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos – 2014, p. 8. Ou seja, e citando o relatório da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos – 2021 (p. 7), disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a566b786c5a793944543030764d554e425130524d52793942636e463161585a765132397461584e7a5957387656d56735958544473334a7062334d764d693743716955794d464e6c633350446f32386c4d6a424d5a5764706332786864476c32595339535a577868644d4f7a636d6c764a5449774d6a41794d5335775a47593d&fich=Relat%C3%B3rio+2021.pdf&Inline=true>, cujas palavras vale a pena aqui recordar: “A concreta e atual necessidade de educação do jovem para o direito, enquanto princípio essencial à interpretação e aplicação do direito tutelar educativo - um direito especial, material e substancialmente autónomo do direito penal (...) - não pode conduzir à construção de um direito tutelar criminalizador do jovem, perspetivando as medidas educativas (em todas as suas fases aplicação, execução, revisão e extinção) como verdadeiras sanções penais, ideia que afronta a própria razão de ser e fundamento da intervenção tutelar e viola o interesse do jovem e o direito ao seu desenvolvimento integral consagrado na Lei Fundamental”.

III. No momento atual há um sentimento geral de que é necessário potencializar a eficácia da aplicação da LTE, não obstante o investimento que tem sido feito por diversas entidades, já com impacto, como se sublinha no último Relatório da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos (2022)⁶.

Olhando para os números estatísticos de que dispomos - ainda que reveladores de uma realidade limitada e incompleta, sendo “antes um olhar de uma sociedade sobre si própria”⁷ – podemos encarar que, embora o último RASI (2021)⁸ dê conta que a delinquência juvenil participada tenha subido 7,3%, já com repercussões a serem registadas⁹, tem existido nos últimos anos uma redução do número de participações¹⁰, uma diminuição do número de inquiridos tutelares educativos¹¹, uma redução do número de jovens em

⁶ Cf. Relatório da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos - 2022, 2022, disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c63793959566b786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a52573530-615752685a47567a525868305a584a7559584d76596a52684e32526b59546b744f444e684e7930304f5467304c5467344f-546b745a6a55324f544e6a4e7a637759544e694c6e426b5a673d3d&fich=b4a7dda9-83a7-4984-8899-f5693c770a3b.pdf&Inline=true>, p. 21. Ver também, entre outras, pp. 22 e ss. Ver *infra* nota de rodapé 8.

⁷ A expressão é de MARIA JOÃO LEOTE DE CARVALHO, “Uma realidade invisível: os jovens adultos condenados em Tribunais Judiciais de 1.ª Instância em Portugal (1993-2018)”, *Revista do Ministério Público*, 162, abril-junho, 2020, p. 127.

⁸ Ver Relatório Anual de Segurança Interna de 2021, 2022, disponível em <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNLI0NgcAIUgtZwUAAAA%3d>, p. 11.

⁹ Cf. o último Relatório da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos - 2022, 2022, *op cit.*, p. 20. Neste documento (p. 20) dá-se conta do aumento significativo do número de inquiridos tutelares educativos durante o ano de 2021 e 2022 e do número de requerimentos de abertura da fase jurisdicional e de pedidos de medidas cautelares de guarda e de execução de medidas de internamentos em centro e educativo. Na esteira deste Relatório (p. 21), este aumento assenta nos efeitos pós-confinamento e na “atenção e dinamização” levada a cabo por parte das diversas entidades que operam no sistema de justiça juvenil, designadamente da Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, organizações não governamentais, Ministério Público, e sobretudo da Procuradoria-Geral da República.

¹⁰ Ver Relatório Anual de Segurança Interna de 2020, 2021, disponível em <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/documento?i=relatorio-anual-de-seguranca-interna-2021>. Com efeito, como se refere no Relatório (p. 94), “A delinquência juvenil retoma a tendência de descida observada desde 2015, com menos 524 registos, a que corresponde uma variação de - 33,4%”. Assim, com exceção do ano de 2019, em que se verificou um aumento de 5,8% de participações, nos têm-se verificado uma tendência de descida (em 2018 foi de -8,7%) e no ano de 2020 essa descida foi de 33,4%.

¹¹ Ver Relatório Anual de Segurança Interna de 2020, *op cit.*, p. 94. Assim, por exemplo, em 2019, houve 7 132 inquiridos iniciados e em 2020 houve 5 215.

cumprimento de medida de internamento em Centro Educativo¹² e uma prevalência de jovens advindos do sistema protetivo¹³.

Sublinha-se, por exemplo, no Relatório da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos (2021)¹⁴ que o decréscimo do número de processos tutelares educativos assenta, sobretudo, precisamente, na circunstância de a intervenção tutelar educativa “não vir merecendo a atenção e dinamização necessárias pelas diversas instâncias formais de controle da comunidade que são convocadas a intervir na formação, educação e inserção social dos jovens”¹⁵, ao contrário do que vem sucedendo com a intervenção protetiva. Assim, ao contrário do “... aumento exponencial da intervenção protetiva das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens (CPCJ) relacionada com comportamentos de perigo protagonizados por jovens, os quais têm vindo a ganhar importância, de forma gradual e consistente, nas sinalizações e diagnósticos (...), assistiu-se a um decréscimo acentuado da atividade tutelar educativa, em grande medida, relacionada com a falta de comunicação ou a comunicação tardia dos factos ao Ministério Público com competência em matéria de família e crianças, devido ao facto de a intervenção protetiva vir sendo estendida a situações para a qual não foi concebida nem está vocacionada, designadamente a condutas disruptivas protagonizadas por jovens com comportamentos multi-problemáticos”¹⁶.

Além disso, já anteriormente, no mesmo sentido, em outubro de 2020, tinha sido publicado um Guião de Procedimentos de Comunicação pela Procuradoria-Geral da República (Gabinete da Família, da Criança e

¹² Refira-se que, entre 2013 e 2022, registou-se uma diminuição total de 60,06% solicitações para execução de medidas em centro educativo- cf. as estatísticas mensais dos Centros Educativos, nomeadamente a referente a dezembro de 2022, disponível em https://dgrsp.justica.gov.pt/Portals/16/Estatisticas/Centros%20Educativos/ce_12-2022.pdf?ver=eC6aEsc3PuVxZj15X68pcg%3d%3d, p. 4. Aí se sublinha (pp. 4 e 5) que, depois da diminuição acentuada em 2015, entre 2015 e 2019, os números apontaram para uma estabilização, sendo que, em 2020 e 2021, voltou a registar-se uma diminuição mais acentuada, facto relacionado com a situação de pandemia da doença Covid-19, para depois, em 2022, e comparativamente com 2021, se ter verificado um crescimento de 2,94% nas solicitações recebidas para execução de Medida Cautelar de Guarda e uma diminuição de 1,98% relativamente à Medida de Internamento.

¹³ Cf. entre outros documentos, o último Relatório da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos - 2022, 2022, *op cit.*, nomeadamente pp. 30 e 32.

¹⁴ Cf. Relatório da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos – 2021, *op cit.*, p.13.

¹⁵ Ver novamente *supra* nota 8, parte final.

¹⁶ *Idem*, pp.13/14.

do Jovem)¹⁷. Com feito, aí se sublinha que a realidade estatística evidencia que desde 2015/2016 tem vindo a assistir-se a uma significativa diminuição do número de inquéritos instaurados, sendo que, inversamente, assistiu-se a um aumento elevado da intervenção protetiva das comissões de proteção de crianças e jovens (CPCJ) relacionada com comportamentos de perigo protagonizados por jovens (previstos na alínea f), do nº 2, do artigo 3º, da LPCJP); igualmente se destaca que a percentagem de jovens internados em centros educativos com processos de promoção e proteção aquando do início da medida tutelar educativa é elevada, cifrando-se, em setembro de 2019, em 78%, sendo que, destes, 62% tinham em curso medida de acolhimento residencial¹⁸.

IV. Ora, cumpre indagar o que é que estas disparidades nos sugerem, recordando que, com a revisão da LTE, em 2015, passou a valer o princípio da oficialidade, sem restrições.

Um primeiro apontamento que se impõe é relativamente à *oportunidade* da intervenção no jovem até aos 21 anos.

Com efeito, deve existir, para que se alcance um efetivo efeito pedagógico da intervenção tutelar educativa, uma atuação precoce e uma proximidade entre a prática do facto e a aplicação (a ocorrer) da medida tutelar para que a criança/jovem compreenda “a noção de comportamento-consequência e interiorz[e] o desvalor da sua conduta¹⁹.”

A observância do princípio da celeridade afigura-se essencial, atendendo à oportunidade da intervenção tutelar educativa.

Nesta medida, como sublinha Maria João Leote de Carvalho, “um dos maiores desafios que se coloca na administração da justiça é precisamente o desfazamento temporal entre os factos identificados nas vidas de crianças e jovens, tanto no sistema de promoção e proteção como no sistema tutelar

¹⁷ Procuradoria-Geral da República (Gabinete da Família, da Criança e do Jovem), *Educar para o Direito: Uma forma de (também) Proteger - Guião de Procedimentos de Comunicação, 2020*, disponível em <https://gfj.ministeriopublico.pt/pagina/educar-para-o-direito-uma-forma-de-tambem-protoger-guiao-de-procedimentos-de-comunicacao>. Este documento foi elaborado no âmbito do Plano de Ação relativo à Intervenção Tutelar Educativa para o ano 2020.

¹⁸ Procuradoria-Geral da República (Gabinete da Família, da Criança e do Jovem), *Educar para o Direito: Uma forma de (também) Proteger - Guião de Procedimentos de Comunicação, op cit.*, p. 3.

¹⁹ Cf. CELSO BRAZÃO / MAGDA CUNHA / PAULA MESQUITA, “Intervenção tutelar educativa e abordagem multissistémica. Contributos da prática”, (nº 26), pp. 99 e 100.

educativo, e a execução das medidas adequadas”²⁰. Como afirma a Autora, “[o] jovem vive, essencialmente, em função do tempo presente, do que é imediato e visivelmente atingível, situação que se reflete tanto na passagem ao ato delinvente como obriga também a pensar a oportunidade da reação social em relação ao mesmo”²¹.

Ora, de acordo com Guião de Procedimentos de Comunicação²², “A inexpressiva intervenção tutelar educativa verificada nos últimos anos está, em grande medida, relacionada com a falta de comunicação ou a comunicação tardia dos factos ao Ministério Público com competência em matéria de família e crianças...”. Segundo este Guião²³, o principal obstáculo à intervenção tutelar educativa concentra-se na ausência de comunicação dos factos ao Ministério Público do Tribunal de Família e Crianças ou aos órgãos de polícia criminal.

Como se sublinha neste Guião de Procedimentos de Comunicação²⁴, “Participar ao Ministério Público do Tribunal de Família e Crianças factos com relevância tutelar educativa é dever e condição para o eficaz funcionamento da justiça juvenil, ou seja, para educar jovens que o necessitem para o respeito por bens jurídicos fundamentais, podendo representar a derradeira oportunidade para que não se vejam prematuramente confrontados com o sistema de justiça penal”.

E em sequência, na Diretiva 1/2021²⁵, constituem crimes de investigação prioritária aqueles que ocorram *em ambiente escolar* e em ambiente de saúde (I, alínea O), sendo que “ii) Deverão estabelecer -se com as escolas, os estabelecimentos de saúde e os órgãos de polícia criminal, canais de

²⁰MARIA JOÃO LEOTE DE CARVALHO, “Delinquência juvenil: conhecer os jovens e os territórios para situar as intervenções”, in *Revista do Ministério Público*, nº 148, out-dez (2016), p. 89.

²¹ Cfr. MARIA JOÃO LEOTE DE CARVALHO, “A Lei Tutelar Educativa – A criança e o facto qualificado na lei como crime. A medida de internamento – sentido e potencialidades”, in AA. VV., *Intervenção Tutelar Educativa*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2015, p. 231, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Intervencao_Tutelar_Educativa.pdf.

²² Procuradoria-Geral da República (Gabinete da Família, da Criança e do Jovem), *Educar para o Direito: Uma forma de (também) Proteger - Guião de Procedimentos de Comunicação*, op cit., p. 4.

²³ *Idem, ibidem*.

²⁴ *Idem, ibidem*.

²⁵ Diretiva nº 1/2021, de 04-01-2021, da Procuradora-Geral da República, com as Diretivas e Instruções Genéricas para execução da Lei da Política Criminal para o biénio de 2020-2022, Diário da república, 2.ª série, Parte D, publicado no dia 14 de janeiro de 2021.

comunicação e de articulação que agilizem a comunicação ao Ministério Público ou aos órgãos de polícia criminal dos factos que sejam suscetíveis de integrar a prática de crimes, em especial os crimes de natureza pública, praticados em ambiente escolar ou de saúde contra alunos, professores ou outros membros da comunidade escolar, médicos ou outros profissionais da área, de modo a permitir intervenção precoce e célere. iii) Deve proceder-se à comunicação imediata dos factos, se justificado, aos magistrados da jurisdição de família e menores, e devem ser implementados mecanismos de articulação que permitam a promoção das medidas que se mostrarem necessárias e adequadas ao caso”.

Ora, se é certo que, como aponta Maria João Leote de Carvalho²⁶, se afigura “desejável o desenvolvimento de uma intervenção atempada que não desvalorize os primeiros sinais de alerta”, acaba por não ser “consensual” o valor dado à prevenção do envolvimento de crianças na delinquência e “assiste-se por vezes à sua relativização”. Não obstante, não deixa de nos merecer reflexão a ideia – que aqui não vamos fortalecer, mas que esperemos retomar – que, se por um lado, como aponta a Autora, a maioria das crianças e jovens sujeitos a uma medida de proteção não carece de intervenção da justiça tutelar, por outro lado, “...é significativo que a evidência científica internacional aponte que dois em cada três jovens referenciados a sistemas de justiça juvenil tenha sido vítima de abusos e/ou maus tratos, sendo expressivo o número daqueles que tiveram experiências anteriores de acolhimento residencial ou familiar”²⁷.

Cumprido, por isso, perguntar por que motivo muitos dos jovens oriundos do sistema de proteção passam para o sistema tutelar educativo. Acompanhamos, por isso, as dúvidas de Maria João Leote de Carvalho,

²⁶ MARIA JOÃO LEOTE DE CARVALHO, “Delinquência juvenil: um velho problema, novos contornos”, in AAVV, *Jornadas de Direito Criminal da Comarca de Santarém – a Constituição da República Portuguesa e a Delinquência Juvenil*, Centro de Estudos Judiciários, 2019, disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=SCcRGWJ0VdM%3D&portalid=30>, p. 89.

²⁷ MARIA JOÃO LEOTE DE CARVALHO, “Delinquência juvenil: um velho problema, novos contornos”, in Centro de Estudos Judiciários, *Jornadas de Direito Criminal da Comarca de Santarém – a Constituição da República Portuguesa e a Delinquência Juvenil*, p. 90, fazendo referência aos estudos de Herz et al., 2010; Young et al., 2015; HLFPR, 2016; Kolivoski et al., 2017. Aí se destaca (p. 90), socorrendo-se de Young et al., 2015; HLFPR 2016; McFarlane 2017; Wright et al., 2017, que “Em diferentes estudos neste campo, destaca-se que os jovens procedentes de medidas de proteção tendem a entrar em sistemas de justiça juvenil em idades mais novas, a ser condenados/sancionados por delitos menos graves (parte dos quais não seria habitualmente sancionado se ocorresse apenas no seio da família), a apresentar riscos e necessidades mais específicas e complexas no campo do desenvolvimento emocional e da saúde mental, sofrendo traumas resultantes de uma multiplicidade de rejeições que sofreram nos seus quadros de vida na experiência no sistema de proteção”.

inseridas num contexto que entendemos ser urgente compreender: “E a questão que se levanta é a de saber se parte desta população teria, de facto, necessidade de passar a este patamar ou se não é por uma certa inação, incapacidade ou dificuldade dos sistemas de proteção em lidar com a maior diversidade de problemas de comportamento na infância e juventude que isto acontece, muitas vezes, já tardiamente na vida dos jovens”²⁸.

A Autora enfatiza que tem sido sublinhado que “este é um problema sério que tende a decorrer pela desvalorização dos primeiros sinais de alerta a par da falta de preparação, formação e supervisão das equipas e profissionais na comunidade em intervir perante a crescente complexidade nos quadros de vida de crianças e jovens na atualidade”, pelo que “acaba por ser aos sistemas de justiça que é cometida (tardiamente) a resolução dos problemas, muitas vezes resultantes de vulnerabilidades sociais ou de saúde mental na base das práticas delinquentes que deveriam ter sido objeto de intervenção atempada nos sistemas de proteção ou da saúde, com respostas especializadas para uma maior eficácia”²⁹.

No já citado Relatório da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos³⁰ dá-se conta que “[A] semelhança do que sucede com as medidas de promoção e proteção (...) analisadas³¹, a intervenção tutelar educativa em 42 dos 99 jovens internados em CE em 1 de abril de 2021, foi manifestamente insuficiente e/ou desadequada”. Neste relatório destaca-se que “A ausência atempada e eficaz de medidas protetivas e tutelares coloca em causa não só o desenvolvimento integral destes jovens (24 dos quais tem idade igual ou superior a 17 anos), como também a intervenção do Estado”, pelo que “A implementação e o desenvolvimento de uma rede estratégica que concilie os vetores protetivos e tutelares, mediante uma intervenção preventiva e pluridisciplinar entre as várias estruturas e instituições, nas diversas áreas – família, educação, saúde, justiça – que proporcione a adequação das

²⁸ MARIA JOÃO LEOTE DE CARVALHO, “Delinquência juvenil: um velho problema, novos contornos”, *op cit.*, p. 91.

²⁹ *Idem, ibidem.*

³⁰ Cf. Relatório da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos – 2021, *op cit.*, p.27.

³¹ [Dá-se conta, desde logo, da inexistência de estruturas de acolhimento residencial especializadas adequadas às necessidades destes jovens e da falta de condições de um número muito significativo de casas de acolhimento residencial, o que faz com que a medida de acolhimento residencial seja “completamente ineficaz no que concerne a impedir as sucessivas fugas e a escalada, em quantidade e gravidade, dos comportamentos disruptivos destes jovens com idades compreendidas entre os 14 e os 18 anos” (p. 24/25)].

medidas decretadas às necessidades que as mesmas visam suprir de modo eficaz, torna-se cada vez mais urgente, face à complexidade crescente das problemáticas de desproteção e de prevenção da delinquência juvenil”³².

Ou seja, como se sublinha neste relatório, é visível que “continua a inexistir uma estratégia de conciliação dos vetores protetivos e tutelares, uma apreciação global da criança ou jovem, de modo, a que as finalidades de um e outro sejam orientadas pelo seu superior interesse”³³. Numa palavra: “O sistema continua a evidenciar défices de um atempado diagnóstico completo e global que abranja a singularidade do jovem, com as suas especificidades pessoais, de saúde e familiares. A avaliação do grau de necessidade de educação para o direito mostra-se quase sempre tardia e desfasada do historial de vida anterior dos jovens”³⁴.

Este é um tema altamente complexo, sobre o qual importa refletir. Deixamos apenas um apontamento – que esperemos numa outra altura retomar – sobre a necessidade de aprofundamento destas ligações da vertente protetiva e tutelar, que vá para além da existente.

Importa, pois, sublinhar a necessidade de existência de uma perspetiva multidisciplinar e multi-institucional também na intervenção tutelar educativa de forma a obter “um conhecimento global” do jovem³⁵. Nesta perspetiva, sobretudo na execução de medidas tutelares educativas de acompanhamento educativo e de frequência de programas formativos, tem-se sublinhado a necessidade de uma intervenção tutelar educativa que vá de encontro a uma “abordagem multissistémica”, “multimodal”, que considere o comportamento

³² Cf. Relatório da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos – 2021, *op cit.*, p. 27.

³³ *Idem*, p.28.

³⁴ *Idem*, p.28.

³⁵ Como se sublinha nas Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, adotadas pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 17 de novembro de 2010, em especial a Regra nº 16, que vale a pena aqui recordar: “No pleno respeito pelo direito da criança à vida privada e familiar, deve ser encorajada a cooperação estreita entre os diferentes profissionais, com vista a obter um conhecimento global da criança e avaliar a sua situação jurídica, psicológica, social, emocional, física e cognitiva”). A este propósito é importante analisar, entre outros, o ponto 7.1.4.1. do Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre “A Prevenção da delinquência juvenil, as formas de tratamento da mesma e o papel da justiça de menores na União Europeia” (2006/C110/13), onde se sublinha que a intervenção no âmbito da justiça juvenil “não se efectua apenas ao nível jurídico (em que os diferentes modelos e tradições jurídicas podem representar um obstáculo ao dito processo), devendo, pelo contrário, ser multidisciplinar e multi-institucional. Deve, assim, integrar diversos domínios do saber e diferentes instituições, autoridades e organizações (administrações públicas, regionais e locais, serviços sociais de diferentes âmbitos, órgãos de polícia criminal e autoridades judiciárias, organizações sem fins lucrativos, associações de famílias, etc.).

ilícito como o resultado de diferentes fatores e variáveis, intervindo nos vários contextos de inserção do menor, considerando a relação com os seus cuidadores mais próximos, com a escola, grupo de pares e comunidade³⁶. E, nessa medida, revela-se fundamental a realização de um “atento” e completo relatório que auxilie a tomada de decisão judiciária³⁷.

Em sequência, um outro apontamento é devido para acentuar a necessidade de se chegar de forma muito concreta, diferenciada e especializada às necessidades e ao contexto do jovem. Desde logo, é necessário que as medidas e, especialmente a arquitetura e desenvolvimento da sua execução, sejam adequadas a alcançar a essência subjacente à intervenção tutelar educativa. Ora, desde logo, tem-se salientado a existência de algumas dificuldades práticas ou desajustamentos na execução das medidas, acompanhada de uma “exiguidade das respostas educativas e formativas”³⁸, tornando difícil de alcançar a “pedagogia” pretendida com a aplicação da(s) medidas tutelar(es) educativa(s)³⁹.

³⁶ Sobre esta “abordagem multissistémica”, cfr. CELSO BRAZÃO / MAGDA CUNHA / PAULA MESQUITA, “Intervenção tutelar educativa e abordagem multissistémica. Contributos da prática”, (nº 26), pp. 101 e segs.; ver também JÚLIO BARBOSA SILVA e, *Lei Tutelar Educativa Comentada no âmbito das principais orientações internacionais, da jurisprudência nacional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, (nº11), p. 88.

³⁷ No já citado Relatório da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos - 2021, p.15, dá-se conta que “Ao longo dos últimos anos tem-se verificado por parte de algumas das equipas da DGRSP uma tendência para a feitura de relatórios simplificados sobre a ‘(...) personalidade do menor, incluída a sua conduta e inserção socioeconómica, educativa e familiar’, por vezes até constituídos por formulários, com respostas múltiplas pré-definidas, os quais não possuem a virtualidade de permitirem um conhecimento global sobre a situação dos jovens e sobre as suas particulares e específicas necessidades educativas. O cariz minimalista destes relatórios simplificados e a insuficiência de elementos sobre a situação dos jovens visados conduz, normalmente, à aplicação de medidas não institucionais, uma vez que os próprios técnicos que os elaboram não ficam conhecedores das necessidades educativas dos jovens em toda a sua dimensão e, por decorrência, nem sempre as medidas tutelares educativas propostas são as mais adequadas à interiorização pelos jovens das regras e limites de convivência social, à sua reintegração nas atividades escolares e à reestruturação dos seus quotidianos e das suas personalidades”.

³⁸ Cfr., entre outros Relatórios, o Relatório da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos - 2014, apresentado em janeiro de 2018, disponível em pp.parlamento.pt/webutils/docs/doc.PDF?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a45775131525455793942636e463161585a765132397461584e7a59573876556d56735958544473334a7062334d76556d56735958544473334a70627930794d4445304a5449775a47456c4d6a4244623231706333504446f32386c4d6a426b5a5355794d45466a623231775957356f5957316c626e52764a5449775a5355794d455a7063324d754a5449775a47397a4a544977513256756443346c4d6a42465a48566a59585270646d397a4c6c424552673d3d&fich=Relatório-2014+da+Comissão+de+Acompanhamento+e+Fisc.+dos+Cent.+Educativos.PDF&InLine=true, p. 8, onde se sublinha “a necessidade de reflexão sobre a forma de diversificar alternativas que melhor sirvam o propósito de desenvolvimento pessoal e social dos jovens internados e a sua inclusão social”.

³⁹ Ver, por exemplo, DGRSP – Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, “ENCONTRO – Para uma resposta diferenciada na prevenção da reincidência e na educação para o direito”, Novembro 2017, disponível em <https://www.csm.org.pt/wp-content/uploads/2017/12/DSJJ-ppt-Reuni%C3%A3o-Magistrados-NOV2017.pdf>: “As Equipas de Reinserção Social deparam-se com alguma frequência com a aplicação de medidas não exequíveis na área de residência dos jovens, ou cuja execução implica custos para as famílias assim como despesas de deslocação inoportáveis. (...) A colocação em cursos desajustados das características dos jovens e a falta de cursos na

Ou seja, no Relatório da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos⁴⁰, em linha já com outros relatórios e estudos anteriores⁴¹, sublinha-se a necessidade de uma “ atuação precoce no diagnóstico e na intervenção com o reforço das Equipas de Reinserção Social que trabalham no terreno”; “a elaboração de relatórios pré-sentenciais que contenham informação global sobre a situação dos jovens e sobre as suas necessidades educativas”; “a articulação entre os sistemas protetivo e tutelar educativo”; “a atribuição de um único técnico de referência para a criança e jovem, que o acompanhe e seja responsável por todas as fases do respetivo processo”.

V. O que anotar, em tom de apontamentos finais?

Quanto ao alegado número reduzido de denúncias, que eventualmente agora subiu, importa sublinhar que a deteção precoce é fundamental e o cumprimento da lei (da obrigatoriedade de denúncia) também, mas centrado na realidade existente⁴².

Não podemos deixar de elencar, no entanto, uma dúvida que em nós tem entoadado e que se centra na ideia de que deve existir uma primeira linha de controlo informal capaz (ainda que auxiliada) de analisar o facto ilícito praticado por *determinado* jovem, pertencente a *determinada* comunidade escolar. Estamos a pensar, muito especialmente, nas situações, que aqui poderemos enquadrar no termo amplo de *violência escolar*. Como proceder à adequada articulação/harmonização das intervenções – intervenção na comunidade educativa, no contexto da LPCJP e no contexto da LTE, numa lógica de intervenção contida, que atrás enunciamos?

comunidade, como os CEF / PIEF nem sempre permite dar resposta à escolaridade de jovens mais velhos e com nível habilitacional muito baixo”.

⁴⁰ Cf. Relatório da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos - 2021, *op cit.*, p.65.

⁴¹ Cf., em certa medida, BOAVENTURA SOUSA SANTOS (Dir. científica), *Entre a Lei e a Prática. Subsídios para uma Reforma da Lei Tutelar Educativa, Relatório do Observatório Permanente da Justiça*, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 2010.

⁴² Como bem sintetiza ANA TERESA LEAL a propósito da denúncia, “...os dados apontam no sentido de que a direção das escolas e os próprios professores evitam participar casos de violência que ali ocorrem, apenas o fazendo por iniciativa própria quando a gravidade das mesmas atinge uma dimensão que não pode ser ignorada” - Cf. ANA TERESA LEAL, “Violência no Meio Escolar - O bullying e as novas formas de violência entre os jovens”, in A.A.V.V., *O Bullying e as novas formas de violência entre os jovens - indisciplina e delitos em ambiente escolar*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2013, *ebook*, disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=aPicNfITEzw%3d&portalid=30>, p. 87.

Ora, os comportamentos dos alunos maiores de 12 anos que possam ser qualificados pela lei penal como crime são de denúncia obrigatória nos termos do artigo 38º, nº 2, do Estatuto do Aluno e da Ética Escolar (Lei nº 51/2012, de 5 de setembro), em linha com o n.º 1 do artigo 73º da LTE (ou do artigo 242º do CPP no caso de aluno que já tenha completado 16 anos)⁴³. Ou seja, “... quando o comportamento do aluno maior de 12 anos e menor de 16 anos puder constituir facto qualificado como crime, deve a direção da escola comunicar o facto ao Ministério Público junto do tribunal competente em matéria de menores” (artigo 38º, nº 2, do Estatuto do Aluno e da Ética Escolar). Ou seja, “A aplicação de medida corretiva ou medida disciplinar sancionatória não isenta o aluno e o respetivo representante legal da responsabilidade civil e criminal a que, nos termos gerais de direito, haja lugar” (artigo 38º, nº 2, do Estatuto do Aluno e da Ética Escolar).

Apesar de o artigo 38º, nº 4, do Estatuto do Aluno e da Ética Escolar apontar à direção da escola a legitimidade para desencadear o procedimento criminal, concorrente com a de concreto membro da comunidade educativa que eventualmente seja também ofendido, o certo é que, face à nova versão do artigo 73.º, basta a aquisição da notícia do facto pelo Ministério Público (nomeadamente pela via do cumprimento do dever de denúncia obrigatório), para, em qualquer caso, independentemente da natureza do crime, ser aberto inquérito e desencadeado o procedimento tutelar educativo.

Neste contexto, e olhando para a prática, deixamos algumas inquietações, que esperemos tratar numa futura oportunidade.

Não devemos pensar nas implicações, também neste sistema tutelar educativo, da aplicação dos princípios orientadores definidos no artigo 4º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, que devem irradiar para todas as outras áreas de intervenção do direito da família e das crianças, como aponta Rui do Carmo⁴⁴? Em concreto, o princípio da subsidiariedade, segundo

⁴³ Quanto ao procedimento tutelar educativo, desde a revisão de 2015 da LTE, não é relevante a natureza do crime para o início do procedimento tutelar educativo, na medida em que foi revogado o artigo 72º, nº 2, da LTE, sendo de referir que foi incluída a possibilidade do artº 87º, nº 2: “...quando, tratando-se de facto qualificado pela lei como crime de natureza semipública ou particular, o ofendido manifeste no processo oposição ao seu prosseguimento, invocando fundamento especialmente relevante”.

⁴⁴ Como reflete Rui do Carmo, “Os princípios orientadores hoje definidos na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo – que irradiaram para todas as outras áreas de intervenção do direito da família e das crianças, as informam e se lhes aplicam – deverão ser respeitados pela escola na resolução dos problemas que nela surjam ou nela sejam conhecidos. Problemas que podem ser do domínio disciplinar, podem ser expressão de uma situação que ponha ou

o qual “a intervenção deve ser efetuada sucessivamente pelas entidades com competência em matéria de infância e juventude, pelas comissões de proteção de crianças e jovens e, em última instância, pelos tribunais” (artigo 4º, alínea K, da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo). Ou seja, isto implica, “... no caso, que só depois de esgotada a capacidade de resolução do problema em tempo útil pela escola com o envolvimento da comunidade educativa (...) se deve procurar outro patamar da intervenção”, como reflete Rui do Carmo. É certo que vigora na LTE um princípio de oficialidade, sem restrições, como evidenciámos. Não obstante, estamos com o Autor⁴⁵ quando defende que, perante a frequente dúvida de saber se os funcionários estão obrigados a denunciar “quaisquer suspeitas” da prática de factos ilícitos, “Não é esta, manifestamente, a intenção do legislador”, referindo, desde logo, que “...quando estiverem em causa factos de pequena gravidade (suscetíveis de integrarem a prática de crime não punível com pena de prisão superior a 3 anos) e o funcionário dispuser de informação suficiente e estiver em condições, nomeadamente pela sua formação e contexto profissional e institucional, de avaliar as necessidades educativas do menor, concluindo seguramente pela desnecessidade da intervenção, não lhe é exigido que formalize a denúncia”. Parece-nos um caminho a ser trilhado, eventualmente à luz de uma alteração legislativa no artigo 73º, da LTE.

Aliás, a propósito do dever de participação de “praticamente todos os conflitos entre membros da comunidade escolar suscetíveis de gerar moléstias psíquicas”, lembramos um parecer da Procuradoria Geral da República, num outro contexto, onde se destacava que “... os conflitos em ambiente escolar não poderão converter-se, por excelência, em *casos de polícia*, devendo ser o sistema educativo a desenvolver primariamente respostas a eventos no âmbito

possa vir a por em perigo o bem estar e o desenvolvimento integral do aluno, mas podem também exigir intervenção tutelar educativa ou mesmo intervenção criminal” - cfr. RUI DO CARMO, “Indisciplina e delitos em ambiente escolar – enquadramento jurídico e respostas judiciais”, in AAVV, *O Bullying e as novas formas de violência entre os jovens - indisciplina e delitos em ambiente escolar*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2013, *ebook*, disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=aPicNf1TEzw%3d&portalid=30>, p. 28.

⁴⁵ Cf., RUI DO CARMO, “Anotação ao artigo 2º da Lei Tutelar Educativa Anotada”, in CRISTINA DIAS, MARGARIDA SANTOS, RUI DO CARMO (coord.), *Lei Tutelar Educativa Anotada*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 261/262.

escolar que não extravasem determinados patamares de ofensa à integridade física ou psíquica das vítimas⁴⁶.

Terminamos deixando um apontamento final sobre a necessidade de se aprofundarem os dados estatísticos, combinando fontes e metodologias. Como se tem vindo a alertar é fundamental a produção de dados oficiais sobre a delinquência juvenil, nas suas múltiplas formas, bem como sobre a intervenção dos diversos tipos de operadores no sistema de justiça juvenil.

Claro que há necessidade de se procederem a ajustamentos, como temos vindo a evidenciar, porventura através de uma nova revisão da LTE. Na nossa perspetiva, não obstante, continuamos no campo das necessidades pontuais, mais relacionadas com a especialização, diferenciação, com o ir ao encontro efetivo das necessidades dos jovens, onde deve existir um maior investimento no sistema de proteção e se necessário de articulação entre ambos os sistemas.

Mais do que pensarmos em soluções mais duras e eficazes no imediato, no sentido do controlo, importa continuarmos a pensar na forma de intervir nestes diferentes fatores que dão mote ao desencadear da delinquência juvenil, num período fundamental de desenvolvimento do ser humano, onde a mudança se pode perfilhar no horizonte.

⁴⁶ Parecer da Procuradoria Geral da República sobre a Proposta de Lei nº 165/2010 que procede à alteração do Código Penal estabelecendo o crime de violência escolar, pp. 14/15. Aí se dizia que “...a respectiva tutela penal ou tutelar-educativa afigura-se desproporcional, no caso de eventos esporádicos não subsumíveis a outros tipos (para além do risco de se contribuir para a conversão do ambiente escolar num contexto de intervenção frequente dos sistemas de justiça penal e tutelar educativa)” (p. 17).

AS ALTERAÇÕES DO TELETRABALHO À LUZ DA LEI Nº 13/2023, DE 3 DE ABRIL (AGENDA DO TRABALHO DIGNO) UM PASSO NO SENTIDO DE UMA MAIOR OPERACIONALIDADE DO REGIME?¹

Maria Irene Gomes²

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.5>

Sumário: 1. Lei nº 13/2023, de 3 de abril, e o regime do teletrabalho – notas de enquadramento. 2. Artigo 166º-A do Código do Trabalho e os casos de direito ao teletrabalho. 3. Artigo 168º do Código do Trabalho e o modo de apuramento da compensação das despesas adicionais. 4. Considerações finais.

Palavras-chave: Teletrabalho / Direito ao teletrabalho / Compensação das despesas adicionais

¹ O presente texto foi apresentado para publicação num número especial da revista *Questões Laborais*, dedicado às alterações laborais decorrentes da Agenda do Trabalho Digno.

² Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora integrada do E-TEC Estado, Empresa e Tecnologia, grupo do JUSGOV – Centro de Investigação em Justiça e Governação, migomes@direito.uminho.pt Id. <https://orcid.org/0000-0001-9645-7352>.

1. Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, e o regime do teletrabalho – notas de enquadramento

1. É sabido que o regime do teletrabalho foi profundamente modificado com a Lei n.º 83/2021, de 6 de dezembro, diploma que procurou dar novas respostas a este modo de prestar atividade num contexto de normalidade, uma vez ultrapassado o seu recurso excecional em pleno período pandémico³.

Entre muitos outros aspetos importa assinalar que a Lei n.º 83/2021: alterou o próprio recorte de teletrabalho enquanto fator desencadeante da aplicação do regime jurídico subsequente, abandonando a exigência que o trabalho prestado através dos meios informáticos e telemáticos em lugares não organizados pelo empregador tivesse de revestir um carácter de habitualidade, promovendo o recurso ao trabalho híbrido; ampliou os casos em que a implementação deste modo de prestar atividade resulta do exercício de um direito do trabalhador ao teletrabalho, e não de um acordo; reforçou o dever de os equipamentos e os sistemas necessários à realização do teletrabalho e à interação trabalhador-empregador serem disponibilizados pelo empregador, diretamente ou custeando-os posteriormente; e impôs ao empregador o dever de compensar as despesas adicionais suportadas pelo trabalhador como direta consequência da aquisição ou do uso dos equipamentos e sistemas informáticos ou telemáticos necessários à realização do trabalho⁴.

2. Em face dessa significativa alteração do regime ocorrida em finais de 2021, compreende-se que a Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, que introduziu inúmeras e importantes modificações à legislação laboral e conexas no âmbito da chamada Agenda do Trabalho Digno, se tenha restringido, no que à regulamentação do teletrabalho diz respeito, a alterações cirúrgicas operadas em duas das suas normas: o artigo 166º-A do Código do Trabalho, relativo

³ Recurso excecional e massivo que pôs a descoberto diversas das suas insuficiências regulatórias. A este propósito, entre outros, JOÃO LEAL AMADO, «Teletrabalho: o ‘novo normal’ dos tempos pós-pandémicos e a sua nova lei», in *Observatório Almedina* (texto disponível em https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/12/29/teletrabalho-o-novo-normal-dos-tempos-pos-pandemicos-e-a-sua-nova-lei/#_ftn2), e JÚLIO GOMES, «O teletrabalho obrigatório em tempos de covid-19 e algumas insuficiências do regime jurídico português», in AAVV, *Trabalho na Era Digital: que Direito?* Estudos APODIT 9, sob coordenação de MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO e JOANA NUNES VICENTE, AAFDL Editora, Lisboa, 2022, pp. 179-205.

⁴ Para uma visão dos diferentes aspetos de alteração introduzidos ao regime jurídico do teletrabalho pela Lei n.º 83/2021, de 6 de dezembro, AAVV, *Questões Laborais* (2022), n.º 60, número especial *O teletrabalho*, Almedina, Coimbra.

aos casos de direito ao teletrabalho; e o artigo 168º do Código do Trabalho, na parte respeitante ao modo de apuramento da compensação das despesas adicionais.

Dar nota das alterações introduzidas nesses dois normativos é o objetivo do presente texto⁵.

2. Artigo 166.º-A do Código do Trabalho e os casos de direito ao teletrabalho

1. A primeira nota que se impõe assinalar, a propósito do artigo 166º-A do Código do Trabalho, relaciona-se com a sua especialidade, em face da regra geral quanto ao modo de implementação de prestar atividade em teletrabalho.

De facto, o modelo regra de implementação do teletrabalho subordinado é o acordo das partes, podendo este ser celebrado, nos termos do nº 1 do artigo 166º, quer com um trabalhador da empresa, revestindo a modalidade de teletrabalho *interno*, quer com um trabalhador admitido para o efeito, assumindo, neste último caso, a modalidade de teletrabalho *externo*. Trata-se da manifestação do princípio da voluntariedade na adoção deste modo de prestar trabalho assumido como uma das preocupações nucleares da regulamentação da figura, quer em termos internacionais, quer, entre nós, desde o Código do Trabalho de 2003 e que, ultrapassado o regime obrigatório da adoção da figura durante a pandemia COVID-19, a Lei nº 83/2021, de 6 de dezembro, não só o reafirmou como até o acentuou, pelo menos na ótica do trabalhador, nos termos dos atuais números 6 e 7 do mesmo artigo 166º do Código do Trabalho. E trata-se de um princípio que se compreende, dada a composição de interesses particulares subjacente, em regra, ao acordo de prestação de atividade em regime de teletrabalho.

Em todo o caso, o que as vantagens normalmente associadas ao teletrabalho foram revelando é que o recurso a esta forma de prestar atividade pode também satisfazer outro tipo de interesses, designadamente interesses

⁵ Para uma visão do regime do teletrabalho, após a Lei nº 13/2023, de 3 de abril, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte IV – Contratos e Regimes Especiais*, 2.ª edição revista e atualizada à Lei nº 13/2023, de 3 de abril, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 179-235.

comuns à vivência em coletividade, tais como: a proteção de trabalhador vítima de violência doméstica, permitindo-lhe a continuação da prestação de atividade em local mais resguardado do agressor; a conciliação da vida profissional e da vida familiar do trabalhador, particularmente daquele que tem responsabilidades parentais; a manutenção do emprego em caso de certo tipo de doenças ou incapacidades do próprio trabalhador.

E para dar resposta a este tipo de situações o legislador foi paulatinamente consagrando casos em que o trabalhador passa a ser titular de um direito a teletrabalar: desde o trabalhador vítima de violência doméstica, previsto na versão original do Código de Trabalho de 2009, até o trabalhador com responsabilidades parentais, primeiramente introduzido pela Lei nº 120/2015, de 1 de setembro, e posteriormente ampliado pela Lei nº 83/2021, de 6 de dezembro, diploma que também passou a contemplar a categoria do trabalhador cuidador informal não principal.

Ora, com a Lei nº 13/2023, de 3 de abril, alarga-se novamente um dos casos de direito ao regime de teletrabalho já previsto, passando a incluir também o trabalhador com filho que, independentemente da idade, sofra de deficiência, doença crónica ou doença oncológica que com ele viva em comunhão de mesa e habitação, e desde que o teletrabalho seja compatível com a atividade em causa e o empregador disponha de recursos e meios para o efeito.

2. Quanto ao direito ao teletrabalho do trabalhador vítima de violência doméstica, a sua consagração ocorreu com o Código de Trabalho de 2009, nos n.ºs 2 e 3 do artigo 166º, tendo-se mantido idêntica a sua regulamentação nas posteriores alterações ao regime do teletrabalho, ainda que passando a estar contemplado, com a Lei nº 83/2021, de 6 de dezembro, no artigo 166º-A, nº 1, preceito que reúne atualmente todos os casos previstos de direito a teletrabalar.

Ora, não tendo sido esta situação alterada pela Lei nº 13/2023, de 3 de abril, e tendo sido já tratada com desenvolvimento pela doutrina⁶, não

⁶ Ainda que em estudos alargados às diversas manifestações da tutela da proteção laboral concedida ao trabalhador vítima de violência doméstica, que não apenas o recurso ao teletrabalho. Veja-se, por exemplo, JOANA VASCONCELOS, «Sobre a proteção da vítima de violência doméstica no Direito do Trabalho português», *Revista de Direito e de Estudos Sociais* (2010), Ano LI (XXIV da 2.ª Série), n.ºs 1-4, pp. 103-134 (pp. 131-132), PEDRO FREITAS PINTO, «A proteção da vítima de violência doméstica no foro laboral», *Prontuário de Direito do Trabalho* (2010), nº 85, pp. 123-147 (pp. 139-142), e CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, «Reflexões sobre a proteção laboral das víti-

nos debruçaremos sobre ela, ainda que deixemos aqui apenas três notas em jeito de reflexão.

2.1. A primeira observação prende-se com algumas críticas que têm sido lançadas a este propósito, pelo facto de o legislador nunca se ter pronunciado sobre aspetos procedimentais que poderiam tornar mais operacional o exercício deste direito a teletrabalar, tais como o tipo de requerimento a apresentar pelo trabalhador a solicitar o regime de teletrabalho e o prazo a conceder ao empregador para analisar o pedido e transmitir a sua decisão.

Ora, não obstante se compreenderem tais críticas, nas quais também nos revíamos, talvez se possa, porventura, sustentar que a ausência de previsão de um procedimento para este caso concreto, ausência em que o legislador continua a insistir não obstante as alterações ao regime⁷, resulta do facto de esta ser a situação em que existe um verdadeiro direito potestativo do trabalhador a teletrabalar⁸. Assim, desde que reunidas as condições para o trabalhador vítima de violência doméstica passar a ser titular do direito ao teletrabalho, e sendo a atividade suscetível de ser realizada desse modo – condição objetiva que não deve ficar *à mercê* de um qualquer juízo de mera oportunidade⁹ –, o trabalhador pode prestar atividade em teletrabalho apenas pela manifestação da sua vontade, que, inelutavelmente, se impõe ao empregador, não podendo este opor-se a tal exercício¹⁰.

mas de violência doméstica. Breve análise comparativa entre os regimes português e espanhol», in *Para Jorge Leite Escritos Jurídico-Laborais*, vol. I, sob coordenação de JOÃO REIS, LEAL AMADO, LIBERAL FERNANDES e REGINA REDINHA, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 143-169 (pp. 162-164).

⁷ De facto, nem a Lei nº 83/2021, de 6 de dezembro, nem agora a Lei nº 13/2023, de 3 de abril, esclarecem quaisquer dúvidas procedimentais que a doutrina tem levantado a propósito do direito a teletrabalar previsto para o trabalhador vítima de violência doméstica. Em que prazo deve o trabalhador formular o pedido e qual o prazo de que dispõe o empregador para analisar o pedido e transmitir a sua decisão? Há algum período máximo para o exercício do direito ao teletrabalho para este caso? E quais as repercussões de um eventual desfecho do processo-crime, como o seu arquivamento?

⁸ Afirma-o CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, *ob. cit.*, p. 163, e MARIA EUNICE LOPES DE ALMEIDA, «O Teletrabalho e o Direito a Teletrabalar», *Questões Laborais* (2020), Ano XXVII, nº 56, pp. 81-123 (pp. 109-112).

⁹ A este propósito, MILENA ROUXINOL, referindo que “muito embora esta avaliação seja levada a cabo, em primeira linha, pelo empregador”, sustenta que “este requisito, naturalmente passível de sindicância externa, tem um carácter eminentemente objetivo, ao invés de depender de uma apreciação puramente discricionária da entidade empregadora” [«O direito ao teletrabalho após a Lei nº 83/2021, de 6/12», *Questões Laborais* (2022), nº 60, número especial *O teletrabalho*, Almedina, Coimbra, pp. 79-97 (p. 85)].

¹⁰ E parece-nos que é neste *ponto de partida*, e no subsequente *ponto de chegada*, que o direito a teletrabalar do trabalhador vítima de violência doméstica se distingue do regime regra de implementação do teletrabalho previsto no artigo 166º do Código do Trabalho e até dos restantes casos de direito a teletrabalar. Distingue-se do regime

No âmbito do exercício deste direito as partes devem, em todo o caso, como em qualquer outro, proceder de boa-fé, nos termos gerais do nº 1 do artigo 126º do Código do Trabalho. Assim, o trabalhador tem o dever de comunicar ao empregador, logo que possível, a intenção de passar a realizar a atividade em teletrabalho¹¹, provando ser titular do estatuto de vítima de violência doméstica, nos termos previstos na Lei nº 112/2009, de 16 de setembro¹². Já o empregador não deve colocar qualquer entrave ao exercício desse direito, parecendo inclusivamente ter a obrigação legal de disponibilizar ao trabalhador os meios instrumentais de que este necessite para realizar o teletrabalho, à luz do artigo 168º, nº 1, do Código do Trabalho, sendo já mais discutível se também tem a obrigação de compensação de despesas adicionais que possam, porventura, ocorrer por realização do teletrabalho, de acordo com o nº 2 do mesmo preceito¹³.

regra, dado que aí o trabalhador tem de efetuar uma proposta solicitando a realização da atividade em teletrabalho, no caso de esta “ser, pela forma como se insere no funcionamento da empresa, e tendo em conta os recursos de que esta dispõe, compatível com o regime de teletrabalho”, à qual o empregador pode recusar por escrito, devendo indicar o seu fundamento à luz, parece-nos, de um *largo espectro* de motivos gestionários. E distingue-se dos restantes casos de direito a teletrabalhar, uma vez que aqui não há a possibilidade apriorística de oposição do empregador, designadamente invocando a ausência de recursos e meios para o efeito. Daí que nos pareça que nestes casos, diferentemente de qualquer outro, tendo em conta os bens jurídicos que aqui se pretendem tutelar, a avaliação é feita, em primeira linha, pelo trabalhador com o estatuto de vítima, que fica sujeito, em todo o caso, ao risco de ter de regressar à empresa, sob pena de violação do dever de obediência, caso o empregador fundamentadamente prove que a sua presença é imprescindível à realização das específicas funções em concreto.

¹¹ É que no caso do trabalhador vítima de violência doméstica parece-nos que o seu direito a teletrabalhar é, efetivamente, mais *robusto* do que os restantes casos contemplados no artigo 166º-A do Código do Trabalho, não estando previsto qualquer tipo de oposição do empregador ao seu pedido. Assim, aqui o pedido reveste mais o caráter de uma comunicação efetuada pelo trabalhador de que vai passar a realizar a atividade em teletrabalho, uma vez provado, naturalmente, o seu estatuto de vítima e a suscetibilidade da atividade ser realizada em teletrabalho. Num sentido mais exigente, JOANA VASCONCELOS assinala que não é demais insistir, que o trabalhador “tem de apresentar um pedido, melhor dizendo, uma “proposta”, que concretize os termos em que pretende exercer a sua atividade em regime de teletrabalho e que será apreciada pelo empregador, que só a poderá recusar nos limitados termos referidos” [«Os regimes especiais de teletrabalho no Código do Trabalho», *Revista Internacional de Direito do Trabalho* (2023), Ano III, nº 4, páginas 221-235 (página 229)]. E afirmando mesmo a “necessária cooperação do empregador”, configurando-se aqui, afinal, um *direito subjetivo propriamente dito* e não um *direito potestativo*, MILENA ROUXINOL, *ob. cit.*, pp. 95-97.

¹² Diploma que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica e à proteção e assistência das suas vítimas. Para ser beneficiário deste regime exige-se, todavia, que, seja apresentada a denúncia da prática do crime de violência doméstica. Nesse caso, e não existindo fortes indícios de que a mesma é infundada, as autoridades judiciárias ou os órgãos de polícia criminal competentes atribuem à vítima, para todos os efeitos legais, o estatuto de vítima, entregando-lhe um documento comprovativo do referido estatuto (artigo 14º da Lei nº 112/2009, de 16 de setembro).

¹³ A questão também se coloca em Espanha, uma vez que o regime previsto na *Lei 10/2021, de 9 de julho*, que regula o trabalho à distância, assenta no pressuposto que tal forma de prestar trabalho é implementada por acordo entre as partes. Assim, também a doutrina se interroga se o regime do trabalho à distância contido na nova lei é aplicável aos casos em que o teletrabalho resulta do exercício de um direito do trabalhador, contemplado, em traços gerais, para os casos de trabalhador estudante para obtenção de título académico ou profissional [artigo 23, nº 1, alínea a),

Aliás, tendo em conta uma ideia de responsabilidade social que aqui também se pretende impor, ao empregador e à comunidade em geral, parecem-nos que se poderia configurar, para estes casos de trabalhador vítima de violência doméstica, que a disponibilização dos equipamentos e sistemas necessários e a compensação de eventuais despesas adicionais ficasse a cargo do Estado, na linha de outras medidas de apoio social já contempladas na Lei nº 112/2009, de 16 de setembro¹⁴.

2.2. Uma segunda observação, relacionada também com o regime de proteção de trabalhador vítima de violência doméstica, prende-se com a questão de saber se não seria igualmente de prever o direito ao trabalho presencial relativamente a alguém que tenha sido contratado em teletrabalho¹⁵. É que a possibilidade inversa – a passagem de um regime de teletrabalho *recatado*

do *Estatuto dos Trabalhadores*], trabalhador vítima de violência de género ou vítima de terrorismo (artigo 37, nº 8, do *Estatuto dos Trabalhadores*) e trabalhador com responsabilidades familiares (artigo 34, nº 8, do *Estatuto dos Trabalhadores*). É que se tem entendido que, para estes casos, não é aplicável o acordo previsto nos artigos 6 a 8, e não é aplicável a ideia de reversibilidade empresarial contemplada no artigo 5, nº 3, da *Lei 10/2021*, sob pena de esvaziamento do conteúdo do direito a teletrabalhar. Mas, precisamente a propósito da dotação dos equipamentos e sistemas para realização do teletrabalho e sua manutenção a cargo do empregador, a questão tem-se colocado. E há quem sustente que se tais aspetos não estiverem contemplados nas disposições que preveem os casos de titularidade do direito a teletrabalhar, que, em regra, remetem a regulamentação para a contratação coletiva, há um vazio normativo que pode impedir o exercício real e efetivo de tal direito. Nesse sentido, MARÍA ARETA MARTÍNEZ, «El ámbito de aplicación de la normativa que regula el trabajo a distancia», in AAVV, *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, sob coordenação de ICÍAR ALZAGA RUIZ, CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS e FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, páginas 115-159 (páginas 153-156).

¹⁴ É que a Lei nº 112/2009, de 16 de setembro, além de estabelecer outras medidas que visam tutelar os direitos dos trabalhadores vítimas de violência doméstica [como: a maior facilidade na mudança do trabalhador a tempo completo para um trabalho a tempo parcial e vice-versa (artigo 41º); o direito, verificadas determinadas circunstâncias, à transferência do local de trabalho (artigo 42º); a qualificação das faltas como justificadas, quando motivadas por impossibilidade de prestar trabalho em razão da prática do crime de violência doméstica (artigo 43º); o direito, a quem tenha sido atribuído o respetivo estatuto e se veja obrigado a sair da sua residência, em razão da prática do crime de violência doméstica, a uma licença de reestruturação familiar pelo período máximo de 10 dias seguidos, com perda de retribuição mas conferindo o direito a um subsídio de reestruturação familiar (artigos 43º-A a 43º-C aditado pela Decreto-Lei nº 101/2020, de 26 de novembro); e a indicação aos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho para estabelecerem preferências, sempre que possível, à admissão em regime de tempo parcial e à mobilidade geográfica, em favor dos trabalhadores que beneficiem do estatuto de vítima (artigo 44º)], prevê ainda outras medidas de tutela social, para além da matéria laboral, como, por exemplo: o apoio ao arrendamento (artigo 45º); a titularidade do direito ao rendimento social de inserção (artigo 46º); a perceção do abono de família (artigo 47º), etc.

¹⁵ Uma vez que o direito ao (regresso) trabalho presencial, decorrente dos n.ºs 3 e 5 do artigo 167º do Código do Trabalho, relativo à duração e cessação do acordo de teletrabalho, é, a nosso ver, exclusivo da titularidade de um teletrabalhador *interno* e não de um teletrabalhador *externo*. A este propósito, MARIA IRENE GOMES, «Trabalho à distância: em particular o regime *nebuloso* do teletrabalho», in *Futuro do Direito do Trabalho: a constante refundação. Diálogos entre Portugal e Espanha*, Estudos APODIT 10, sob coordenação de MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO e JOANA NUNES VICENTE, Lisboa, AAFDL, 2023, pp. 119-136 (pp. 125-133).

para um trabalho presencial, bem mais exposto aos *olhos de outros* – pode revelar-se uma resposta adequada para este tipo de situação¹⁶.

2.3. A terceira observação respeita à possibilidade de se alargar este direito a teletrabalar, de *iure condendo*, a situações em que o trabalhador é vítima de assédio em contexto laboral presencial, caso, naturalmente, a atividade por ele desenvolvida seja suscetível de ser realizada em teletrabalho. É que também neste tipo de situação, a prestação de atividade em local mais resguardado do agressor, caso se trate de um outro trabalhador e/ou superior hierárquico da empresa¹⁷, pode, porventura, revelar-se uma resposta adequada^{18,19}.

3. Quanto ao direito a teletrabalar do trabalhador com responsabilidades parentais, a sua consagração ocorreu em 2015, com a Lei nº 120/2015, de 1 de setembro, diploma que reforçou os direitos de maternidade e paternidade, tendo posteriormente sofrido alterações com a Lei nº 83/2021, de 6 de dezembro.

¹⁶ Resposta prevista, por exemplo, no ordenamento espanhol, em que a Disposição Final 3.3. da *Lei 10/2021, de 9 de julho*, sobre trabalho à distância, adiciona um parágrafo ao artigo 37.8 do *Estatuto dos Trabalhadores*, cuja redação é a seguinte: “Os trabalhadores considerados vítimas de violência de género ou vítimas de terrorismo [...] têm também o direito de exercer o seu trabalho, no todo ou em parte, à distância, ou de deixar de o fazer, se este tiver sido o regime estabelecido, desde que, em ambos os casos, este modo de prestação de atividade seja compatível com o cargo e as funções por eles exercidas. Estes direitos podem ser exercidos nas condições em que, para estes casos específicos, estejam previstos em convenções coletivas ou acordos celebrados entre a empresa e os representantes legais dos trabalhadores, ou em conformidade com o acordo celebrado entre a empresa e os trabalhadores em causa” [sublinhado e tradução nossa]. De todo o modo, a norma não é isenta de crítica pela doutrina, pelo facto de não tornar claro se este direito a trabalhar à distância e, particularmente, o direito à reversão a trabalho presencial se assumem como direitos de exercício individual ou se a sua operacionalidade fica dependente dos termos previstos na contratação coletiva. Assim, ANNA GINÈS I FABRELLAS, MANUEL LUQUE PARRA, e JUAN PEÑA MONCHO, *Teletrabajo. Estudio jurídico desde la perspectiva de la seguridad y salud laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 141-143.

¹⁷ Independentemente, naturalmente, das medidas de reação contra o agressor, designadamente em termos disciplinares, até porque o empregador, sempre que tiver conhecimento de alegadas situações de assédio no trabalho, tem o dever de instaurar procedimento disciplinar, nos termos do artigo 127.º, nº 1, alínea l), do Código do Trabalho.

¹⁸ Porventura, pois não deixa de ser associado ao teletrabalho a ameaça do *bullying* cibernético que, ainda que também ocorra no trabalho presencial, é exponencialmente potenciado, designadamente fora do tempo e do lugar de trabalho, pelo tipo de instrumentos tecnológicos utilizado no teletrabalho, que o permitem manifestar-se em textos e imagens de forma imediata e instantânea, mas simultaneamente tendencialmente continuada e persistente, anónima e não testemunhada – cfr. ANNA GINÈS I FABRELLAS, MANUEL LUQUE PARRA, e JUAN PEÑA MONCHO, *ob. cit.*, pp. 140-141.

¹⁹ Defendendo, já em 2010, a necessidade de o regime previsto para os trabalhadores vítimas de violência doméstica estender-se igualmente aos trabalhadores vítimas de assédio moral e sexual na própria empresa, PEDRO FREITAS PINTO, *ob. cit.*, pp.144-147.

Assim, e até 2021, o direito a teletrabalhar estava previsto relativo a trabalhadores com filhos até três anos de idade, desde que a atividade fosse suscetível de ser realizada em teletrabalho e desde que o empregador tivesse a existência de recursos e meios para o efeito.

Com a Lei nº 83/2021, de 6 de dezembro, permitiu-se prolongar este direito ao teletrabalho dos trabalhadores com filhos até os oito anos de idade, exigindo-se, todavia, os seguintes requisitos adicionais: um primeiro, relacionado com a dimensão da empresa, não se incluindo no âmbito deste direito os trabalhadores pertencentes a microempresas; e um segundo, relacionado com situação familiar do próprio trabalhador, exigindo-se que se trate ou de uma família monoparental ou, tratando-se de uma família tradicional, exigindo-se que ambos os progenitores partilhem esta prerrogativa, exceto se apenas um deles reunir condições para o exercício da atividade em regime de teletrabalho. Trata-se de uma boa opção pois, para que esta forma de prestar trabalho não se converta num fator de discriminação, particularmente em função do género, é crucial que o valor da conciliação seja associado a políticas de corresponsabilidade familiar entre homens e mulheres. É que uma das grandes ameaças ao recurso a formas flexíveis de trabalho, como é o caso do teletrabalho, é ser sobretudo utilizado pelas mulheres, produzindo uma espécie de efeito “boomerang” de regresso da mulher a casa e de a converter ao papel de principal cuidadora²⁰.

4. Quanto ao direito a teletrabalhar do trabalhador cuidador informal não principal²¹, tratou-se de uma outra novidade introduzida pela Lei nº 83/2021, de 6 de dezembro, que, verificado um determinado circunstancialismo, passou a consagrar tal situação, por um período máximo de quatro anos, seguidos ou interpolados²².

²⁰ E trata-se de uma exigência em sintonia com os objetivos de promoção da igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho de que a Diretiva (UE) 2019/1158 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de junho de 2019, relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores, elege como objetivo principal. Sobre o assunto, MILENA ROUXINOL, *ob. cit.*, pp. 81-84.

²¹ Cujas identificação tem de ser aferida à luz do Estatuto do Cuidador Informal, aprovado pela Lei nº 100/2019, de 6 de setembro. Sobre o assunto, MILENA ROUXINOL, *ob. cit.*, pp. 91-95.

²² Alterações estas, quer a dos trabalhadores com filhos até uma determinada idade, de, pelo menos, oito anos, quer a dos trabalhadores cuidadores, consagrando o direito a solicitar regimes de trabalho flexíveis para poderem ocupar-se da prestação desses cuidados, entre os quais o direito a teletrabalhar, que tiveram por objetivo conformar o ordenamento jurídico português com a já referida Diretiva (UE) 2019/1158 do Parlamento Europeu e do Conselho de

5. Ora, como já enunciado, com a Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, os casos de direito a teletrabalhar do trabalhador com responsabilidades parentais passam a incluir o trabalhador com filho que, independentemente da idade, sofra de deficiência, doença crónica ou doença oncológica que com ele viva em comunhão de mesa e habitação, e desde que o teletrabalho seja compatível com a atividade em causa e o empregador disponha de recursos e meios para o efeito.

Trata-se de uma medida que nos merece os maiores aplausos até porque a conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores ganha, nestas particulares situações, uma dimensão acrescida²³.

Aliás, parece-nos que o legislador poderia ter ido mais longe e ter também contemplado, no âmbito do artigo 166º-A, caso a atividade em causa seja suscetível de ser prestada nesses moldes, um direito ao regime de teletrabalho relativamente ao próprio trabalhador que sofra de deficiência, doença crónica ou doença oncológica^{24,25}.

20 de junho de 2019, relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores, cuja data de transposição era até 2 de agosto de 2022.

²³ Mesmo que sujeita a crítica quanto à forma como foi regulamentada. Neste sentido, JOANA VASCONCELOS, «Os regimes especiais de teletrabalho»..., cit., em particular, pp. 234-235.

²⁴ Situação que foi, aliás, prevista no âmbito da pandemia da doença COVID-19, quanto a trabalhador com deficiência, com grau de incapacidade igual ou superior a 60 %, no quadro do n.º 2, alínea b), do artigo 4º do Anexo da Resolução do Conselho de Ministros n.º 70-A/2020, de 11 de setembro, e que poderia ter permanecido como uma medida de ação positiva. E há exemplos de contratação coletiva a consagrar este tipo de situações, mesmo que apenas sob a forma de um direito de preferência. Veja-se o caso do Acordo de empresa entre a CP - Comboios de Portugal, EPE e o Sindicato Ferroviário da Revisão e Comercial Itinerante - SFRCI - Revisão global (*Boletim do Trabalho e Emprego*, n.º 44, de 29/11/2022, página 4398), em cuja cláusula 17.ª, n.º 7, se determina que: “Sem prejuízo do regime legal previsto, têm direito de preferência ao exercício de funções em regime de teletrabalho ou de trabalho à distância os trabalhadores portadores de deficiência (60 % atestada por certificado multiusos) ou de doença crónica, nos termos da Portaria n.º 349/1996, de 8 de agosto, ou que tenham a cargo filhos com idade até 12 anos, ou independentemente da idade que sejam portadores de deficiência ou doença crónica, ou cônjuges ou ascendentes que careçam de especial assistência em razão de doença ou idade avançada, desde que estes tenham funções compatíveis e condições adequadas a este tipo de prestação de trabalho nomeadamente as que garantem que o teletrabalho é em quantidade e qualidade igual ao prestado presencialmente”. Também sobre a possibilidade de ampliação deste tipo de direito a teletrabalhar a outras categorias de trabalhadores, como o trabalhador cuidador (antes da sua previsão ocorrida com a Lei n.º 83/2021, de 6 de dezembro), o trabalhador com idade avançada e o trabalhador portador de deficiência, MARIA EUNICE LOPES DE ALMEIDA, *ob. cit.*, pp. 120-123.

²⁵ De todo o modo, desde que compatível com a natureza das funções e inserido nos processos de funcionamento da empresa, e desde que não implique um encargo desproporcionado para o empregador, o direito do trabalhador com deficiência, doença crónica ou doença oncológica a exercer atividade em teletrabalho pode corresponder a uma das “adaptações razoáveis” impostas ao empregador, nos termos do n.º 1 do artigo 86º do Código do Trabalho e à luz do direito europeu.

3. Artigo 168.º do Código do Trabalho e o modo de apuramento da compensação das despesas adicionais

1. A primeira nota que se impõe assinalar, a propósito do artigo 168.º do Código do Trabalho, desde a sua alteração introduzida pela Lei nº 83/2021, de 6 de dezembro, é o conjunto de problemas interpretativos que se levantou de imediato quer quanto aos contornos das obrigações a cargo do empregador nele previstas de disponibilização de equipamentos e sistemas e de compensação das despesas adicionais, quer quanto aos destinatários de tais obrigações, designadamente se elas seriam aplicáveis a todas as modalidades de teletrabalho ou apenas a algumas delas²⁶.

2. De todo o modo, foi no quadro da obrigação a cargo do empregador de compensação das despesas adicionais que as dificuldades interpretativas se agudizaram, em face dos critérios apresentados pelo legislador para concretização da referida compensação.

É que, mesmo que ultrapassado o problema de determinar o tipo de despesa aqui subjacente, a sua exata quantificação cedo revelou-se ser muitíssimo difícil, no caso da modalidade de teletrabalho no domicílio, pois consumos como a *eletricidade* e a *internet* tanto ocorrem em tempos de trabalho como em tempos de ócio e de descanso, em tempos, afinal, que correspondem à habitual vivência do trabalhador no seu domicílio, sendo que o empregador apenas é responsável pelo pagamento dos gastos profissionais.

Em face do exposto, o legislador, com a Lei nº 83/2021, de 6 de dezembro, considerou que o critério a utilizar, para esse fim, era o de efetuar uma comparação entre os custos usuais/comuns inerentes à vivência no domicílio, custos já existentes antes de se realizar o teletrabalho, e os custos adicionais posteriores ocorridos como consequência da aquisição, utilização e manutenção dos instrumentos de trabalho necessários à realização do teletrabalho. E no caso de essa comparação ser efetuada relativamente

²⁶ Sobre o assunto, MARIA IRENE GOMES, «Disponibilização de equipamentos e sistemas e compensação das despesas adicionais. Um exemplo do intrincado *puzzle* em que se converteu o regime jurídico do teletrabalho?», *Questões Laborais* (2022), nº 60, número especial *O teletrabalho*, Almedina, Coimbra, pp. 99-125.

a despesas já existentes no domicílio, o legislador indicava como forma do seu apuramento proceder à comparação com as “despesas homólogas do trabalhador no mesmo mês do último ano anterior” à aplicação do acordo de teletrabalho.

Acontece que, como foi sendo assinalado, esse critério adotado pelo legislador partia de pressupostos que nem sempre se verificavam e não atendia às muito prováveis oscilações que poderiam ocorrer no domicílio do teletrabalhador por força de um conjunto heterogêneo de variáveis²⁷.

3. É neste contexto que a Lei nº 13/2023, de 3 de abril, introduz alterações ao artigo 168º do Código do Trabalho.

3.1. Em primeiro lugar, passa, então, a eleger como critério preferencial para o apuramento da compensação pelas despesas adicionais a fixação antecipada de um montante para esse efeito, determinado por acordo das partes ou por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho aplicável. Assim, à luz do atual nº 3 do artigo 168º do Código do Trabalho, “o contrato individual de trabalho e o instrumento de regulamentação coletiva de trabalho aplicável devem fixar na celebração do acordo para prestação de teletrabalho o valor da compensação devida ao trabalhador pelas despesas adicionais”²⁸.

Trata-se de uma resposta adequada pois sempre nos pareceu que, perante a complexidade do apuramento de um *quantum* de despesas que têm uma origem mista, doméstica e profissional, a melhor solução seria a determinação antecipada de um montante razoável para esse efeito, apurado com base em meras estimativas, e revisto com alguma periodicidade, a fixar por negociação coletiva ou por acordo entre as partes²⁹.

²⁷ MARIA IRENE GOMES, «Disponibilização de equipamentos...», cit., pp. 120-121.

²⁸ Redação de acordo com a Declaração de Retificação nº 13/2023, de 29 de maio, que retifica a Lei nº 13/2023, de 3 de abril.

²⁹ Aliás, mesmo antes da introdução das alterações nesta matéria efetuadas pela Lei nº 13/2023, de 3 de abril, há exemplos de contratos coletivos de trabalho a adotar este tipo de solução. Veja-se o caso do Acordo de empresa entre a Imprensa Nacional - Casa da Moeda, SA - INCM, SA e o Sindicato Nacional dos Trabalhadores das Telecomunicações e Audiovisual - SINTTAV - Alteração salarial e outras (*Boletim do Trabalho e Emprego*, nº 46, de 15/12/2022, página 4613), em cuja cláusula 11.ª, com a epígrafe “Compensação mensal por despesas adicionais em teletrabalho”, se determina, no seu nº 1, que “os trabalhadores que exerçam funções remotamente, em regime de teletrabalho, têm direito a um montante de 40,00 € para compensação de despesas adicionais que suportem como

E só na ausência de acordo entre as partes sobre esse valor fixo, é que o legislador recorre ao critério da comparação entre os custos usuais/comuns inerentes à vivência no domicílio, custos já existentes antes de se realizar o teletrabalho, e os custos adicionais posteriores ocorridos como consequência da aquisição, utilização e manutenção dos instrumentos de trabalho necessários à realização do teletrabalho. E no caso de essa comparação ser efetuada relativamente a despesas já existentes no domicílio, o legislador indica agora que ela é feita com as “despesas homólogas do trabalhador no último mês de trabalho em regime presencial” reduzindo algumas das dúvidas anteriormente suscitadas³⁰.

3.2. Em segundo lugar, procura-se também clarificar alguns dos problemas interpretativos levantados aquando da Lei nº 83/2021, de 6 de dezembro, relacionados sobretudo com aspetos fiscais e de segurança social. Assim, à luz do atual nº 6 do art. 168º do Código do Trabalho, esta compensação de despesas adicionais, quer resultante de um montante fixado antecipadamente³¹, quer resultante de um montante concreto apurado posteriormente por comparação³², “é considerada, para efeitos fiscais, custo para o empregador e não constitui rendimento do trabalhador até ao limite do valor definido por portaria dos membros do governo responsáveis pelas áreas dos assuntos fiscais e segurança social”.

direta consequência do uso ou manutenção dos equipamentos e sistemas informáticos ou telemáticos necessários à realização do trabalho” [sendo que os restantes números da referida cláusula também apresentam outros critérios que operacionalizam a referida compensação].

³⁰ É que não sendo agora a comparação efetuada relativamente às “despesas homólogas do trabalhador no mesmo mês do último ano anterior” à aplicação do acordo de teletrabalho, como se determinava na redação introduzida pela Lei nº 83/2021, de 6 de dezembro, mas antes relativamente às “despesas homólogas do trabalhador no último mês de trabalho em regime presencial” não se corre o risco de “no mesmo mês do último ano anterior” o trabalhador ter, estado, porventura, em teletrabalho com aquele empregador ou até com um outro empregador anterior cujo contrato de trabalho tenha, entretanto, cessado. E se é verdade que ficam por resolver, pela natureza das coisas, as muito prováveis oscilações de despesas no domicílio que podem ocorrer por força de um conjunto heterogéneo de circunstâncias variáveis e totalmente imprevisíveis – número de pessoas a prestar atividade em teletrabalho no mesmo domicílio, aquisição de aparelhos domésticos que se traduzam em consumos significativos de energia, *etc.* – o certo é que este critério comparativo passou a ter um papel secundário e supletivo, só se aplicando na ausência de acordo das partes quanto à determinação prévia de um montante fixo para compensação das despesas adicionais, reduzindo-se, assim, o seu âmbito de aplicação.

³¹ Sendo processado o seu pagamento sem necessidade de junção de qualquer comprovativo.

³² Sendo processado o seu pagamento contra apresentação de fatura(s).

Deste modo, caberá ao executivo definir qual será o limite até ao qual haverá isenção de IRS e de Segurança Social, adotando-se um procedimento similar ao previsto para o subsídio de refeição, que não está sujeito nem a IRS, nem a Segurança Social até um determinado valor, sendo apenas tributado pelo excedente se ultrapassar esse valor.

4. Considerações finais

1. Em face do exposto consideramos positivas as alterações introduzidas à regulamentação do teletrabalho efetuadas à luz da Lei nº 13/2023, de 3 de abril, traduzindo-se em medidas que contribuem para uma maior operacionalidade do regime.

2. Em todo o caso, mesmo sem querermos assumir o papel de *Velho do Restelo*, consideramos que o nó górdio interpretativo que perpassa o atual regime do teletrabalho continua a ser o de saber se a aplicação dos artigos 165º e seguintes do Código do Trabalho depende unicamente da identificação da figura do teletrabalho, enquanto fator desencadeante do subsequente regime, ou se é também determinante para esse efeito a identificação da modalidade de teletrabalho em causa. É que as alterações introduzidas pela Lei nº 13/2023, de 3 de abril, embora representem esclarecimentos de regime que o tornam mais operacional, não resolvem, todavia, a questão em apreço.

Aliás, poder-se-á até dizer, em jeito de conclusão, que a própria articulação entre os artigos 166º-A e 168º do Código do Trabalho é um claro exemplo da dificuldade interpretativa a que nos referimos.

É que permanece por esclarecer, entre outros preceitos, se o artigo 168º do Código do Trabalho é apenas aplicável à modalidade regra de teletrabalho resultante de acordo, ou abrange também as situações legais excecionais de implementação do teletrabalho decorrentes do exercício de um direito do trabalhador contempladas no artigo 166º-A.

E continua por saber se uma eventual resposta afirmativa à questão colocada é a mesma quer se trate da obrigação de disponibilização de equipamentos e sistemas, quer se trate da obrigação de compensação das despesas adicionais decorrentes da utilização de tais meios. Ainda que sempre se possa

dizer que a atribuição de uma quantia fixa determinada antecipadamente para efeitos de compensação das despesas adicionais, introduzida agora com a nova redação do artigo 168º, nº 3 do Código do Trabalho, facilita a sua aplicação a outras modalidades de teletrabalho, além da do teletrabalho no domicílio, caso seja essa, porventura, a sua *ratio legis*³³...

³³ Neste sentido parece apontar a cláusula 13.ª, nº 2, do Contrato coletivo entre a Associação Portuguesa de Editores e Livreiros e a FEPCES – Federação Portuguesa dos Sindicatos do Comércio, Escritórios e Serviços e outros - Revisão global (*Boletim do Trabalho e Emprego*, nº 41, de 8/11/2022, página 4196), que, não efetuando qualquer distinção [pelo menos à primeira vista pois, em todo o caso, o nº 1 aponta como pressuposto de aplicação o regime de teletrabalho resultante de “acordo escrito”], estabelece que “cabe à entidade empregadora facultar os meios adequados para o exercício de teletrabalho”, determinando, no seu nº 3, que: “A entidade empregadora assegurará sempre o seguinte: *a)* Material de escritório; *b)* Ajuda de custo para fazer face ao acréscimo de custos de energia e da rede instalada no local de trabalho em condições de velocidade compatível com as necessidades de comunicação de serviço, assim como os custos de manutenção dos mesmos equipamentos e sistemas”.

DO PASSADO AO PRESENTE E DO PRESENTE AO FUTURO: APELO À INTERDISCIPLINARIDADE E AO REFORÇO DA FORMAÇÃO NAS CIÊNCIAS FORENSES¹

Maria João Lourenço²
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.6>

Do passado ao presente: a marca distintiva da EDUM

Uma palavra inicial de felicitações se impõe à Escola de Direito da Universidade do Minho por estes 30 anos de ensino de excelência.

Uma segunda palavra se impõe também, desta feita de agradecimento à mesma Escola de Direito, nas pessoas dos seus Presidentes, Docentes e Funcionários, que, desde o ano letivo de 2006/2007, ano em que ingressei na Licenciatura em Direito, foi a instituição que me acolheu no meu

¹ Este texto que aqui apresentamos teve por base alguns dos pontos que integram a nossa investigação de Doutoramento em curso que se intitula “Cruzamentos entre Direito e Ciência: pensando o regime da prova pericial no ordenamento jurídico português”.

² Mestre em Direito/Assistente Convidada na Escola de Direito da Universidade do Minho/ Investigadora do JusGov (Universidade do Minho).

percurso académico e, desde o ano letivo 2016/2017, me acolheu no meu percurso profissional.

Destes 30 anos gostaria de salientar todos os esforços encetados na interdisciplinaridade transversal a toda a oferta educativa oferecida pela Escola, que é hoje vasta e rica. Não me refiro apenas à perspetiva interdisciplinar adotada na Licenciatura de Direito, com unidades curriculares como Filosofia, Economia e Finanças, ou à aposta interdisciplinar que naturalmente comporta a licenciatura em Criminologia e Justiça Criminal, mas também aos planos de estudos dos vários Mestrados e Doutoramentos oferecidos que não raro são compostos por unidades curriculares que pertencem a outras áreas de conhecimento mas que permitem aos estudantes um enriquecimento da sua bagagem intelectual e maior capacidade e competência para encararem os desafios com que se deparam depois da sua passagem pela Escola. Não é certamente por acaso que, particularmente ao longo dos últimos anos, esta Escola de Direito da Universidade do Minho tenha vindo a merecer destaque nacional e internacional pela qualidade do seu ensino e tenha visto os seus estudantes alcançarem merecido sucesso nas suas mais diversas áreas de atuação. Tal deve-se ao esforço e visão de todos aqueles que, ao longo destes 30 anos, colaboraram com esta Escola de Direito e que sempre tiveram como desígnio maior a busca incansável pela justiça, pilar que une todos aqueles que passaram por essa Escola.

Apesar disso, estou em crer que a complexidade que marca os nossos dias impõe um reforço da interdisciplinaridade nos planos de estudos das diversas ofertas da Escola. Já não é novo o brocardo que os juristas terão adaptado das palavras de Abel Salazar a respeito da Medicina, segundo o qual «quem só de Direito sabe, nem de Direito sabe», mas cremos que com o continuum desenvolvimento de novos saberes (muito particularmente nas ciências forenses) e da cada vez mais presente produção de saber especializado em contexto judicial, uma abertura na oferta educativa às ciências forenses seria, para nós, um marco de excelência e necessário não só face à já rica e interdisciplinar oferta assegurada pela Escola, mas também em face da crescente importância que estas têm vindo a conhecer no contexto judicial. Uma abertura que será tanto necessária por se denotar, na prática judiciária, alguma incompreensão e mau uso das suas potencialidades e dos seus saberes. É este o apelo que fazemos para o futuro e para o qual pretendemos por aqui

começar a contribuir, chamando a atenção para a difícil articulação entre estes diferentes saberes.

Do presente ao futuro: apelo à interdisciplinaridade e ao reforço da formação nas ciências forenses como marca distintiva da EDUM

Tradicionalmente, o ensino do Direito centra-se sobretudo em disciplinas do foro processual, limitando-se a dar por assente que o processo deve perseguir a verdade sobre os factos, mas sem dar especial atenção à prova dos factos.

É certo que hoje se vai reconhecendo que o julgamento dos factos é, regra geral, do tipo indutivo e que, conseqüentemente, os resultados devem ser avaliados em termos de probabilidade. Este reconhecimento é deveras importante não só porque tem implicações no modelo epistemológico judicial, mas também (indiretamente) no sistema de garantias por que se deve pautar a aplicação do Direito³.

Porém, a ideia de que o conhecimento dos factos obtidos no processo é frágil, relativo e falível não se mostra transversal a todos os factos. Com efeito, ainda hoje os factos que decorrem da aplicação da chamada *prova científica*⁴ (e muito concretamente das ciências forenses) parecem ser tomados como epistemologicamente superiores aos demais. Tal sucede porque a aplicação de *saber científico* foi sendo acompanhado de uma aura de infabilidade que

³ Como explicam MARINA GASCÓN ABELLÁN, JOSÉ JUAN LUCENA MOLINA e JOAQUÍN GONZÁLEZ RODRÍGUEZ a razão para que assim seja compreende-se facilmente porque só quando questionamos a infalibilidade dos resultados alcançados tomamos atenção às garantias necessárias para uma decisão mais próxima da verdade, enquanto quando partimos do pressuposto de que a decisão ou as provas são irrefutáveis, são menores as preocupações com tais garantias - dos autores, «Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinar», in *La ley*, Año XXXI, nº 7481, 2010, pp. 1-9, disponível em https://www.academia.edu/27079041/Razones_cient%C3%ADfico_jur%C3%ADdicas_para_valorar_la_prueba_cient%C3%ADfica_una_argumentaci%C3%B3n_multidisciplinar [11.05.2023], p. 1.

⁴ Pese embora na doutrina possam ser colhidas diferentes interpretações sobre o que seja a *prova científica*, com reflexos não apenas teóricos ou doutrinas mas atinentes à sua própria natureza, utilizamos esta expressão no seu sentido mais comum, i. e., associada às situações em que se recorre a operações probatórias nas quais são utilizados instrumentos de conhecimento, princípios e/ou metodologias que são fruto da ciência e da tecnologia e que requerem o uso de saber e competência especializada. Para uma compilação de diferentes propostas de definição de *prova científica* pode ler-se LEANDRO GIANNINI, «La prueba científica (Relato General)», *XXIV° Congreso Nacional de Derecho Procesal Mar del Plata*. Argentina, Noviembre de 2007, disponível em https://www.academia.edu/4982456/La_prueba_cient%C3%ADfica_relato_general?auto=download&email_work_card=download-paper [12.06.2023].

ocultou as necessidades de uma reflexão crítica em torno das mesmas, emergindo a sua validade e o seu valor probatório assumidos como dogmas de fé e os seus resultados como irrefutáveis⁵.

Assim é porque, ao longo das últimas décadas, os avanços em algumas das disciplinas das ciências forenses prestaram valiosos contributos para o sucesso da investigação criminal. Pensemos, p. ex., no número imensurável de casos em que foram as ciências forenses que permitiram a identificação de infratores que, de outra forma, não poderiam ter sido identificados; ou na análise de vestígios das quais resultaram informações pertinentes à melhor compreensão dos factos juridicamente relevantes; ou ainda, mais recentemente, os importantes contributos da tecnologia de ADN que já permitiu a exoneração de quase duas centenas de pessoas inocentes condenadas por crimes que não cometeram⁶. A história da prova e dos processos judiciais permitem-nos então concluir que as ciências forenses demonstraram já um grande potencial adicional para ajudar na realização da justiça e por isso se compreende que em seu redor seja criada uma imagem idealizada como meio altamente fidedigno e capaz de revelar a verdade quando as partes e o tribunal não são capazes de o fazer.

Essa confiança transbordante nas potencialidades e infalibilidade das ciências forenses foi reforçada nas últimas décadas pelo impacto que tiveram populares séries de televisão que apresentam um retrato exagerado do funcionamento e das potencialidades das ciências forenses no contexto da investigação criminal. O *CSI effect*, como foi designado pela literatura, influenciou a perceção do público sobre o funcionamento da investigação criminal, sendo amplamente notado nos estudos empíricos um aumento de expectativas na produção, em contexto judicial, de *prova científica* como reflexo dos avanços e progressos nas tecnologias e na difusão de informação. Os estudos apontam, em geral, como principal problema o facto de essas séries promoverem uma ideia sacralizada das ciências forenses que contrasta com o

⁵ Cf. MARINA GASCÓN ABELLÁN, «Prueba Científica: un mapa de retos», in CARMEN VÁZQUEZ – *Estándares de Prueba y Prueba Científica*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 181-201, p. 182.

⁶ Apenas nos EUA e nos casos reanalisados pelo Innocent Project a tecnologia de ADN já possibilitou a exoneração de trezentas e setenta e cinco pessoas condenadas injustamente, das quais vinte e uma haviam sido condenadas a pena de morte. Os números que apresentamos reportam-se à data da nossa última consulta do *site* <https://innocenceproject.org/exonerate/> [13.07.2023].

mundo real porque nelas são criadas expectativas irreais e uma crença desmedida não só na capacidade dos profissionais forenses, mas também nos meios e métodos colocados à sua disposição, bem como no desenvolvimento do conhecimento de que podem fazer uso na investigação, difundindo um imaginário em que a materialidade da prova se apresenta como verdade absoluta⁷.

Esta incompreensão em torno da operacionalização e funcionamento da ciência forenses é, também para nós, mesmo quando afastados do referidos *CSI effect*, um ponto nevrálgico do estado da sacralização da ciência entre os juristas. É que é inegável a existência de um distanciamento epistemológico entre o mundo do Direito e o mundo da Ciência, sendo que para os primeiros a ciência desenvolve-se numa espécie de “caixa negra” que se mostra inacessível e que vai criando nos juristas um efeito simbólico de purificação do conhecimento de tal forma que tomam a informação prestada pelos cientistas como um conhecimento objetivo, esclarecido, fruto de aplicação de um método confiável, adequado e potenciador de resultados infalíveis. Assim é porque para os juristas o método utilizado nas ciências forenses, por oposição ao juízo indutivo resultante da aplicação de máximas de experiência ou de leis probabilísticas de fraca base epistémica, que frequentemente utilizam no processo judicial, assenta num processo de aquisição de conhecimento que se desenrola através de uma série de etapas durante as quais o conhecimento é acumulado metodicamente, validado e inferido por meio de reações causais e de uma cuidada e sistemática comparação de dados e informações. Neste

⁷ A popularização desta expressão é referida por N. J. SCHWEITZER; M. J. SAKS, «The *CSI effect*: popular fiction about forensic science affects the public’s expectations about real forensic science», in *Jurimetrics*, nº 47, 2007, pp. 357-364, disponível em <http://www.public.asu.edu/~nschwei/archive/csieffect.pdf> [11.05.2023], pp. 358ss. O termo terá surgido nos meios de comunicação norte-americanos em 2002, pouco tempo após a estreia da série nos EUA quando advogados de defesa e procuradores encarregues das acusações em processos criminais denunciaram um potencial efeito do consumo destas séries nos jurados. Curiosamente os efeitos denunciados manifestavam-se distintamente: os advogados de defesa diziam-se prejudicados pelo excessivo valor depositado na *prova científica* por parte dos jurados e os procuradores encarregues da acusação relatavam ser mais difícil obter uma condenação quando a *prova científica* fosse irrelevante ou ausente (cf. RICHARD WILLING, «*CSI effect*” has juries wanting more evidence», in *USA Today* (05.08.2004), disponível em http://usatoday30.usatoday.com/news/nation/2004-08-05-csi-effect_x.htm. [01-06.2022]). Foram precisamente as preocupações de que os veredictos do júri pudessem estar a ser enviadas por expectativas exageradas relativamente à *prova científica* que se mostrou crescente o estudo académico sobre o fenómeno, sobretudo nos EUA, desde logo pela importância que aí assume o tribunal de júri. Pode também ler-se SIMON COLE; RACHEL DIOSO, «Law and the lab: do tv shows really affect how juries vote? Let’s look at the evidence», in *The Wall Street Journal* (13.05.2000), disponível em <https://web.archive.org/web/20130928024803/http://truthinjustice.org/law-lab.htm> [11.06.2023], e CORINNA KRUSE, «Producing absolute truth: *CSI science as wishful thinking*», in *American Anthropologist*, v 112, 2010, pp. 79-91, disponível em <https://anthrosource.onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1548-1433.2009.01198.x> [11.06.2023].

processo, os cientistas também desenvolvem uma compreensão dos limites desse conhecimento e as hipóteses são desenvolvidas, medidas e apoiadas ou refutadas. Os cientistas continuamente observam, testam e modificam o corpo de conhecimento e fazem-no procurando desenvolver métodos para reduzir os erros, detetar e limitar vieses e tirar conclusões com alto nível de confiança. Todo este processo é sujeito a constante revisão por pares e tudo isto cria confiança na precisão das técnicas e conhecimentos previamente adquiridos e, pois, nos resultados obtidos mediante a sua aplicação.

Compreende-se assim que, seja pelos contributos já prestados ou pelas suas potencialidades, seja pela sua visão idealizada perpassada para a comunidade, ou pelo facto de tradicionalmente se perpetuar a ideia de que a ciência, sendo sustentada por um raciocínio dedutivo com base em leis que são consideradas universais e que são aplicados dentro de uma metodologia científica, os seus resultados sejam na prática judiciária tomados inquestionavelmente como verdadeiros.

Por isso também não se estranha que hoje seja frequente um apelo no discurso judicial à ciência como forma de conferir maior autoridade à decisão judicial e se reconheça uma certa rotinização do uso da ciência forenses em auxílio do Direito, num processo que frequentemente se intitula como “cientifização” do Direito⁸.

Sucedede que à medida que cresce o espaço para produção da *prova científica*, reduz-se a margem do exercício exclusivo da atividade jurisdicional pelo juiz. Efetivamente, por força do que descrevemos e da crescente importância que a ciência tem vindo a assumir no contexto judicial, a literatura tem chamado atenção para uma reconfiguração do modelo tradicional da função jurisdicional, marcada por um crescente risco de substituição da função do juiz pelos peritos. A consequência direta será a afetação das bases sobre as quais se assegura a legitimidade das decisões judiciais, com sérias implicações no sistema de garantias porque num quadro que se move numa crença de que as decisões apoiadas por *provas científicas* são dificilmente contestáveis, denota-se um afrouxamento no esforço argumentativo dos tribunais para justificar racionalmente a decisão relativamente aos factos que passaram

⁸ Veja-se, p. ex., HELENA MACHADO, «Genética e cidadania no século XXI: uma breve porém crítica revisitação», in HELENA MACHADO, *Genética e Cidadania*, Porto, Afrontamento, 2017, pp. 7-11.

pelo crivo da ciência. Neste cenário, a doutrina tem vindo a alertar para uma certa “delegação de competências” da função jurisdicional a favor dos peritos ou, no mínimo, uma atitude deferencial para com o conhecimento produzido sob a veste de científico por ser o mesmo comumente aceite de forma acrítica pelos tribunais porque se acredita (ou se espera) que este seja conhecimento infalível.

Mas esta é uma convicção perigosa porque a ciência não funciona assim.

Em 2006 o Congresso dos EUA instruiu a National Academy of Sciences a desenvolver um estudo sobre o desenvolvimento das ciências forenses e a forma como as mesmas são empregues no contexto judicial. O estudo viria a ser desenvolvido nos anos seguintes junto de diversos laboratórios e profissionais forenses em diversas áreas das ciências forenses e originaria a publicação, no ano de 2009, do relatório intitulado «Strengthening Forensic Science in the United States: a path forward»⁹. Pese embora o relatório já tenha sido publicado há cerca de catorze anos, na sua essência, as suas conclusões mantêm-se atuais e pertinentes. Aliás, um novo estudo que teve lugar na sequência desse relatório, realizado pelo President’s Council of Advisors in Science and Technology dos EUA com resultados publicados em 2016 no «Forensic Science in Criminal Courts: Ensuring Scientific Validity of Feature-Comparison Methods» confirmou e reforçou as conclusões do relatório anterior, no fundo dizendo que é necessário mais ciência nas ciências forenses.

Em traços gerais o relatório de 2009 denunciou também (como temos vindo a fazer) uma sobrevalorização da ciência nos processos judiciais e recomendou um maior cuidado na admissibilidade e valoração das ditas *provas científicas*.

Não podendo aqui referir todas as suas conclusões, julgamos pertinente destacar que ao longo do relatório é sublinhado por diversas vezes que as ciências forenses abrangem uma ampla gama de disciplinas entre as quais se denota uma larga variabilidade de técnicas, metodologias, mas também de diferentes níveis de investigação e distintos graus de aceitabilidade.

⁹ O relatório com mais de trezentas páginas surge após a entidade analisar doze diferentes tipos de ciências forenses e ter identificado inúmeros problemas na fundamentação científica dessas disciplinas forenses analisadas (disponível em <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf> [11.05.2023]).

Debruçando-se sobre estes aspetos é de relevo notar que, como descrito no relatório, se algumas das disciplinas são desenvolvidas em laboratório (p. ex., a análise de DNA, a toxicologia e a análise de drogas), a sua maioria é baseada numa comparação de elementos que envolve uma componente subjetiva e humana (é o caso, p. ex., da análise de impressões digitais, reconhecimento de letra e marcas de ferramentas) e por isso especialmente vulneráveis a erros humanos e enviesamento cognitivo.

Além disso, como destacado no relatório, a diversidade entre as ciências forenses também se verifica em relação aos seus fundamentos de pesquisa e graus de confiabilidade e tal dificulta a realização de investigações empíricas que permitam aferir a validade e fiabilidade dos métodos utilizados. Aliás, a diversidade é tal que somos tentados a concluir que em determinadas áreas existem tantos métodos e técnicas quanto o número de especialistas. Por isso, é notado no relatório que as diferentes técnicas usadas nas ciências forenses conhecem diferentes estádios de pesquisa, de aceitabilidade geral e graus de fiabilidade¹⁰. Aliás, aí se refere que, com exceção da tecnologia de DNA, as demais disciplinas das ciências forenses (em campos tão vastos como impressões digitais, balística, escrita e muitas outras) carecem de validade científica e, apesar disso, os juízes mostram-se “totalmente ineficientes” no controlo de confiabilidade deste tipo de provas por julgarem mostrarem-se cientificamente validadas¹¹.

A conclusão geral desse relatório é alarmante: o estado atual de produção de muitas das ciências forenses representa uma ameaça tanto para a aplicação eficaz da lei, como para uma eficiente investigação. Por isso o relatório recomenda uma reforma generalizada, extensível não apenas ao recorte

¹⁰ *Idem, passim* e, em especial, pp. 4-8.

¹¹ No relatório apontam-se como exemplos as análises de escrita manual, referindo que nestas o resultado se baseia essencialmente numa comparação subjetiva dos elementos de prova que, por essa natureza subjetiva, não obsta a que o resultado seja substancialmente distinto em função do perito que proceda à respetiva análise e sem que exista forma de estabelecer qual das comparações é a correta simplesmente porque ambas são subjetivas e não se apoiam em nenhuma base científica objetiva - *op. cit.*, p. 4. A título exemplificativo será de mencionar um estudo que tendo observado a atuação de cinco peritos forenses aferiu que quatro dos cinco especialistas em impressões digitais que anteriormente haviam identificado duas impressões como correspondentes chegaram a diferentes conclusões numa perícia posterior, depois de saberem que as impressões eram de pessoas diferentes - estudo descrito em MICHAEL J. SAKS; JONATHAN J. KOEHLER, «The individualization fallacy in forensic science evidence», in *Vanderbilt Law Review*, v 61, 2008, pp. 199-219, disponível em <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1492&context=vlr> [11.05.2023], pp. 200-203.

legal da forma como a ciência entra nos tribunais, mas também da forma como se empregam as ciências forenses e como são comunicados os seus resultados.

Esta segunda recomendação é, para nós, de especial relevo porque a forma como tradicionalmente várias das disciplinas das ciências forenses (especialmente as tradicionais ciências forenses de identificação) comunicam os seus resultados faz crer que estas podem oferecer mais certezas do que aquelas que, efetivamente, podem assegurar e por isso esta forma de comunicar contribui também para a denunciada idealização da ciência como meio mais capaz para a descoberta da verdade.

Pensemos em casos típicos: quando se recolhe esperma no corpo de uma vítima de violação espera-se que a prova por ADN seja conclusiva sobre se o vestígio recolhido (não) corresponde ao suspeito; ou quando se recolhe uma bala no local de um crime de homicídio espera-se que a perícia de balística conclua que o invólucro (não) saiu da arma que pertence ao suspeito; ou quando é necessário aferir a identidade de uma impressão digital espera-se que a perícia lofoscópica seja conclusiva quanto à (não) correspondência dessa impressão digital com a do suspeito, etc. O que todos estes casos têm em comum, e que são meramente elucidativos e em número insignificante face a todos os que se vão sucedendo em contexto judicial, é que em todos eles esperamos que as ciências forenses possam (com certeza) estabelecer uma comparação entre um vestígio (p. ex. encontrado num local de crime) e uma amostra de origem (p. ex. um suspeito) em termos de correspondência ou não correspondência.

Esta nossa expectativa surge acoplada ao paradigma da individualização utilizado pelas tradicionais ciências forenses de identificação para comunicar, que assenta numa ideia de singularidade que enraíza a fundamentação da noção de individualização e que justifica a crença na capacidade da ciência para singularizar os indivíduos e, por conseguinte, na sua capacidade de apresentação de resultados de forma categórica e binária (em termos de correspondência ou não-correspondência)¹². Ora, esta forma de comunicação,

¹² Esta ideia de singularidade («uniqueness») terá sido desenvolvida por Lambert Adolphe Jacques Quételet no séc. XIX com a hipótese por si levantada de que «a natureza nunca se repete». Partindo deste raciocínio, foi-se desenvolvendo a ideia de uma (suposta) capacidade de se alcançar uma identificação plena de um indivíduo ou de um objeto a partir de vestígios e as tradicionais ciências forenses de identificação foram assim identificando nas suas conclusões a «fonte» que originou o vestígio. Para maiores desenvolvimentos *vide* MICHAEL J. SAKS; JONATHAN J. KOEHLER, «The individualization fallacy in forensic science evidence», *op. cit.*, p. 207.

como se compreende, revelou-se num contributo extraordinário na tomada de decisões em contextos de prova difíceis e por isso compreende-se porque a ciência também tenha deslumbrado os juristas. Sucede, no entanto, que com exceção da análise de ADN nuclear, nenhum método forense mostrou ainda ter a capacidade de, de forma consistente e com alto grau de certeza, demonstrar uma correspondência entre factos/vestígios e um indivíduo/fonte específica.

Esse é, por isso, um problema sério e embora existam pesquisas de grande envergadura em algumas disciplinas, há uma notável escassez de estudos publicados e revistos por pares que estabeleçam as bases científicas e validade de muitos dos métodos utilizados nas ciências forenses. É por isso que este paradigma tem sido nos últimos anos objeto de duras críticas pela comunidade científica que clama que a tese da possibilidade de se relacionar um vestígio de origem desconhecida com uma única fonte pode gerar uma falsa intuição probabilística que identifica *infrequência* com *singularidade*. Na base destas críticas lembra-se que o conceito de *individualização* não encontra apoio em qualquer base científica e apenas existe num sentido metafísico ou retórico e, por conseguinte, perde assim razão de ser o mito da crença nas potencialidades de individualização dos resultados e, pois, o paradigma através da qual os resultados são apresentados¹³. Prefere-se agora uma conceção da *individualização* num sentido probabilista, associado a rácios de probabilidade que conferem certo grau de verosimilhança aos resultados forenses. Em termos de resultados, a repercussão é evidente: afastamo-nos de uma comunicação assente na forma categórica e binária de correspondência ou não-correspondência, preferindo-se a verosimilhança como expressão de uma correspondência fundamentada em dados empíricos conhecidos de

¹³ Dos autores mais críticos, MICHAEL J. SAKS; JONATHAN J. KOEHLER referem-se mesmo a uma «falácia do paradigma da individualização» pelo facto de a alegação de individualidade única não poder ser provada com amostras, especialmente amostras que apenas representam uma pequena fração da população. Subjacente a este pensamento uma constatação mais ou menos óbvia: a de que é impossível provar que qualquer característica humana é distinta em cada indivíduo sem verificar cada indivíduo (e isso não sucedeu) - cf. MICHAEL J. SAKS; JONATHAN J. KOEHLER, «The individualization fallacy in forensic science evidence», *op. cit.*, pp. 208ss. Neste artigo encontramos várias referências a cientistas que reconheceram o problema da individualização na ciência forenses, referindo-se a ele como uma crença baseada em «anedota» («anecdote»), «intuição» («intuition») e «especulação» («speculation») sem base científica - *idem*, p. 216. Os autores concluem inclusivamente que o «paradigma da individualização» implica um injustificado «salto de fé» («leap of faith») por se encontrar fora das possibilidades da ciência - *idem*, p. 216.

probabilidade de identificação a partir de um conjunto de observações empíricas numa dada população.

Aqui chegados, afigurar-se-ia que a comunicação de resultados por via da apresentação do cálculo da probabilidade, tal nos casos de perfis de ADN, constituiria boa prática por não implicar uma individualização. Todavia, o uso de métodos estatísticos para comunicação dos resultados pelas ciências forenses tem surtido um efeito contrário porque os valores mostram-se difíceis de interpretar e até passíveis de introduzir alguma confusão entre os juristas. A literatura tem chamado atenção exatamente para isso: os resultados estatísticos são muitas vezes interpretados de forma deturpada pelos juristas que ora lhe atribuem peso a mais, ora lhe atribuem peso a menos, ora consideram que os dados estatísticos suportam uma hipótese sobre outra quando na realidade acontece exatamente o contrário¹⁴. A falta de consciência desta realidade, que faz acreditar que os resultados dizem coisas distintas daquelas que na realidade dizem, é causa para interpretações erradas da ciência em contexto judicial.

Dada a principal descoberta da inexistência de uma base de pesquisa adequada para as reivindicações feitas nas ciências forenses, não surpreenderá que a maioria das recomendações do relatório que temos vindo a seguir se tenham focado em medidas a adotar nas suas várias disciplinas. De entre essas consta o apelo ao desenvolvimento de estudos que investiguem e estabeleçam as bases científicas que demonstrem a validade e a confiabilidade dos métodos usados nas ciências forenses; estudos que estabeleçam não só medidas quantificáveis dessa validade e confiabilidade, mas também os limites dessa validade e confiabilidade e o desenvolvimento de medidas quantificáveis de incerteza relativamente aos métodos utilizados. Igualmente relevante é a recomendação para realização de estudos relacionados com os vieses cognitivos e os seus efeitos na tomada de decisão pelo perito (aqui especificando as necessidades de conhecimento de taxas de erro na realização das atividades forenses e a influência dos vieses contextuais na prática dessas atividades),

¹⁴ Os problemas decorrentes do uso de estatística em contexto judicial conheceram ampla investigação. Por ser inviável qualquer pretensão de aqui apresentarmos uma lista significativa, sugerimos a leitura de JONATHAN J. KOEHLER, «The psychology of numbers in the courtroom: how to make DNA-match statistics seem impressive or insufficient», in *Southern California Law Review*, v 74, 2000, pp. 1275-1305, disponível em <https://silio.tips/download/the-psychology-of-numbers-in-the-courtroom-how-to-make-dna-match-statistics-seem>.

mas também para elaboração de procedimentos operacionais padrão para minimizar, na medida do possível, que esses possíveis vieses sejam fonte de erro na prática forense¹⁵.

Neste ponto afigura-se muito pertinente referirmos que o relatório apresentado em 2016 é fruto desta recomendação, já que surge como resultado de uma meta-análise da literatura existente sobre os estudos empíricos então realizados em torno do funcionamento das ciências forenses. O estudo desenvolvido que suportou este relatório concluiu que, salvo a tecnologia de ADN, não há estudos que comprovem a validade de muitas das outras técnicas e métodos utilizados nas ciências forenses (é o caso, p. ex., das técnicas de comparação de marcas de mordedura, impressões digitais latentes, marcas de calçado, armas de fogo e cabelo).

Por isso mesmo, e com particular relevância, o estudo procura salientar a necessidade de avaliarmos os métodos usados nas ciências forenses para determinar se foram cientificamente declarados como válidos. Perante a conclusão de que não existem estudos empíricos suficientes e/ou conclusivos sobre a validade de muitos destes métodos, aí se refere ser urgente a realização de mais e novos estudos desta índole por entidades independentes que visem demonstrar, entre o mais, se esses métodos são repetíveis e reproduzíveis e procurem fornecer estimativas válidas da sua precisão porque sem estimativas apropriadas de precisão, a afirmação de que duas amostras são semelhantes - ou mesmo indistinguíveis - não tem fundamento científico válido (falta de fundamento que, como sublinhado no estudo, que não pode ser substituída pela experiência do perito).

Mas as mudanças nas ciências forenses não serão por si só suficientes. Será necessário que quem valora os seus contributos, como autoridades judiciais, sejam capazes de compreender as potencialidades e limitações de cada uma das suas disciplinas. E igualmente capazes de reconhecer que a

¹⁵ Partindo destas recomendações, na literatura fala-se da necessidade de criação de uma cultura de investigação (*research culture*) que permeie todo o campo da ciência forense, fundamentada nos valores do empirismo, transparência e compromisso com uma perspectiva crítica baseada em pesquisa sólida por referência a dados, estudos publicados e materiais acessíveis ao público, em vez da referência à experiência ou conhecimento de ofício, ou simplesmente presumindo a validade dos métodos e técnicas porque há muito se assumem como tal - cf. JENNIFER L. MNOOKIN *et al.*, «The need for a research culture in the forensic sciences», in *Northwestern University School of Law Scholarly Commons: Faculty Working Papers*, 2011, disponível em <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1025&context=facultyworkingpapers> [02.06.2023], *passim* e, em especial, pp. 17-19.

confiabilidade das provas delas resultantes e, portanto, seu valor probatório, é um fator que depende de mais variáveis do que do seu *status científico*.

Em primeiro lugar a qualidade epistémica das *provas científicas* depende da sua validade científica e/ou metodológica. Muitas das provas deste tipo podem ser realizadas por diferentes métodos científicos e nem todos gozam do mesmo crédito na comunidade científica, de modo que a validade científica do método utilizado, e com ele a qualidade dos resultados alcançados, poderá ser objeto de discussão. Mesmo em relação à tecnologia de ADN a que nos referimos, p. ex., existem diversas técnicas ou métodos utilizados no laboratório para a análise da amostra e nem todas oferecem o mesmo desempenho para diferentes tipos de amostras (p. ex. sangue, saliva, cabelos, etc.). Portanto, dependendo do tipo de amostra e até mesmo do suporte de onde for retirada (p. ex. pedra, madeira, vidro, fibras, etc.) pode ser mais adequado usar uma ou outra técnica. Como temos vindo a referir, para que um método seja cientificamente válido e fiável, os procedimentos que o compõem devem ser demonstrados, com base em estudos empíricos, como repetíveis, reprodutíveis e exatos, a níveis que tenham sido medidos e sejam adequados à aplicação pretendida. Por isso devemos exigir que o perito, no seu relatório, comunique os resultados de uma identificação proposta com clareza e contenção, explicando em cada caso que o facto de duas amostras satisfazerem os critérios de um método para uma correspondência proposta não implica necessariamente que as amostras provenham de uma fonte comum porque o paradigma da singularidade não tem fundamentação científica válida. É, por isso para nós preocupante o facto de os peritos, por vezes, afirmarem além das provas empíricas sobre a frequência das características - chegando mesmo a afirmar ou insinuar que uma amostra provém de uma fonte específica com quase certeza ou mesmo certeza absoluta, apesar de não terem qualquer base científica para essas opiniões. Efetivamente, do ponto de vista da validade científica, os peritos nunca devem ser autorizados a declarar ou insinuar em tribunal que podem tirar conclusões com certeza ou quase certeza ou até com um grau razoável de certeza científica já que não há estudos que assim os legitimem a concluir e que a sua experiência ou opinião não podem ser utilizados para estabelecer a validade científica e a fiabilidade de um método de comparação de características forenses. Como resulta bem patente do relatório de 2016 que temos vindo a seguir, a frequência com que um determinado padrão ou

conjunto de características é observado em diferentes amostras, que é um elemento essencial para tirar conclusões, não é uma questão de experiência ou opinião. Trata-se de uma questão empírica para a qual apenas as provas empíricas são relevantes. Além disso, a experiência de um perito nem sempre é informativa porque na ausência de estudos não é possível estabelecer com exatidão a frequência com que declara erradamente correspondências e por isso não pode aperfeiçoar prontamente a sua precisão aprendendo com os seus erros no decurso do trabalho. É importante salientar que as boas práticas profissionais - como a existência de sociedades profissionais, programas de certificação, programas de acreditação, artigos revistos por pares, protocolos normalizados, testes de proficiência e códigos de ética - não podem substituir os estudos empíricos realizados de forma independente sobre a validade e fiabilidade dos métodos das ciências forenses.

Em segundo lugar, a confiabilidade e o valor probatório a atribuir a uma *prova científica* também depende da sua qualidade técnica, i. e., da sua correta execução na prática. É a este propósito importante que os laboratórios tenham a infraestrutura apropriada e o pessoal seja adequadamente treinado, como é também importante que sejam seguidos protocolos rigorosos na realização de análises e estudos. É note-se que não se pode falar apenas de qualidade técnico-científica (do seu correto desempenho no laboratório por pessoal qualificado, seguindo as protocolos apropriados), mas também de qualidade técnico-procedimental, já que o que aqui dissemos será válido para todo o processo que conduz a atuação desde a descoberta de um vestígio até à sua análise e apresentação de resultados (p. ex., para atribuir confiabilidade ao resultado de uma perícia datiloscópica não será suficiente assegurar a qualidade técnica da metodologia empregue, mas é também necessário saber quem é que recolheu a impressão digital, de que forma a recolheu, de onde é que foi recolhida, como a acondicionou, etc.).

Em terceiro lugar, não podemos esquecer que a produção deste tipo de conhecimento será sempre feita por pessoas e que essa condição é inarredável. E se o método científico é uma forma de garantir a objetividade, não será *per se* garantia de objetividade: o método desenrola-se sob julgamentos subjetivos que não se revelam simples nem desinteressados. E como tal as *provas científicas* não são imunes a erros nem a sua *cientificidade* é suficiente para evitar que certos vieses cognitivos e motivacionais possam condicionar

o seu resultado. E, pois, o seu valor probatório. Nessa medida, será necessário procurar conhecer o grau de subjetividade que comporta o método aplicado pelo perito e os erros e enviesamentos mais comuns e estabelecer estratégias para os evitar ou, pelo menos, os considerar aquando da atribuição do respetivo valor probatório.

Por último, é importante adiantarmos que pese embora as *provas científicas* constituam em regra um tipo de raciocínio dedutivo, na maior parte das vezes são baseadas em padrões de natureza probabilística, cujos resultados muitas vezes ainda não foram interpretados por meio de estatísticas. Por outras palavras, o resultado de uma *prova científica* é sempre apenas a simples probabilidade, não importa o quão alta possa ser. Por isso, como vimos, a forma de comunicação dos seus resultados é ponto particularmente relevante, pois existe o risco de lhes ser atribuído valor probatório inadequado.

Creemos ter demonstrado que as nossas preocupações não são meramente teóricas, mas se for necessário convencer o leitor de que há reflexos reais do cenário que descrevemos julgamos ser bastante apelar para a história da prática do uso da *prova científica* que está repleta de exemplos de conhecimento não confiável produzido e aceite como *científico* e ainda hoje nas salas dos tribunais esses exemplos vão-se repetindo. P. ex. os dados mais recentes do Innocent Project são inquietantes: a utilização incorreta da ciência forense contribuiu para 52% das condenações que vieram a ser revogadas após reanálise dos casos pelo projeto¹⁶.

Tudo isto leva-nos a concluir então que os paradigmas da ciência são como os paradigmas do sistema judicial: socialmente construídos através de um processo de discussão e construção de consenso sobre teorias, métodos experimentais e validação¹⁷. Isso não torna a ciência menos confiável, mas

¹⁶ De acordo com a informação que tem sido veiculada pelo projeto, este número inclui tanto as condenações baseadas em *prova científica* não confiável como também as condenações baseadas em depoimento das *expert witnesses* que, intencionalmente, deturparam os resultados da *prova científica*, mas também os casos em que os profissionais incorreram em erro. Igualmente aqui se incluem as situações em que a *prova científica* produzida e aceite aquando da condenação viria depois a ser invalidada por posteriores avanços científicos. A título exemplificativo será o caso da análise microscópica de cabelo que envolve a comparação de cabelo encontrado na cena do crime com o cabelo do suspeito que viria apenas em 2009 a ser afastada pela National Academy of Sciences que no seu relatório concluiu pela impossibilidade de estabelecer esta correspondência (e em 2015 o FBI anunciou que os seus especialistas em microscopia capilar exageraram a probabilidade de uma correspondência em 95% dos 268 casos analisados).

¹⁷ Cf. ERICA BEECHER-MONAS, «The heuristics of intellectual due process: a primer for triers of science», in *New York University Law Review*, n.º 75, 2000, pp. 1563-1657, disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/212888257.pdf> [11.05.2023], pp. 1575 e ss.

permite-nos desconstruir o mito da sua infabilidade e, pois, estarmos mais conscientes dos riscos que fomos descrevendo.

E é precisamente aqui que julgamos que no futuro esta lacuna deva ser preenchida para que os juristas se tornem consumidores mais exigentes da ciência. Com isto não defendemos que os juristas se tornem «cientistas amadores» como muitas vezes vamos lendo na literatura, mas mais conscientes das fragilidades e limitações das ciências forenses e dos perigos da atitude deferencial relativamente aos resultados das *provas científicas*. Julgamos que essa lacuna deverá ser preenchida na formação de base dos juristas já que a ciência invadiu todas as esferas das suas mais diversas áreas de atuação e é neste ponto que fazemos um apelo à Escola de Direito da Universidade do Minho para integrar na sua oferta educativa unidades curriculares inovadoras abarcando esta temática. Seria este um caminho que lhe permitiria estar na vanguarda e, para além de manter a excelência da sua oferta educativa, lhe permitiria contribuir para a sociedade civil ao assegurar a formação de profissionais mais capazes de contribuir para uma melhor administração da justiça.

AS MARCAS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM COR-DE-ROSA

Maria Miguel Carvalho¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.7>

Sumário: Nota introdutória. 1. O caso «Mattel v. Aqua/MCA». 2. A compatibilização do Direito de Marca com a liberdade de expressão. 2.1. A violação do direito de marca. 2.2. Os limites aos direitos conferidos pelo registo de marcas. 2.3. A liberdade de expressão. 2.4. O direito de marca como direito fundamental e a conciliação com outros direitos fundamentais.

¹ Professora Associada com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho e Investigadora integrada do Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov).

Nota introdutória

Na obra comemorativa do 20.º aniversário da Escola de Direito da Universidade do Minho (EDUM) escrevemos sobre as marcas de cor (*per se*)². Agora que celebramos os 30 anos desta Escola, decidimos manter a alusão no título deste texto à cor – cor-de-rosa – com o que, simbolicamente, pretendemos refletir a imagem de sucesso desta Casa: uma Escola/Faculdade consistente e constante em termos de excelência da qualidade de ensino e investigação, sem prescindir de sinalizar, igualmente, outras das suas características: a inovação e a atualidade. A «febre» *Barbie*, gerada pelo recente filme cinematográfico homónimo, pareceu-nos especialmente adequada para este efeito, permitindo recordar o litígio, que teve lugar nos primeiros anos de vida da EDUM, e que marcou a compatibilização de dois *direitos fundamentais* – a liberdade de expressão e o direito de propriedade (intelectual, no caso), tema que se espera ser em breve analisado (uma vez mais³) pelo TJUE, no caso «Ikea-Plan»⁴.

A abordagem que aqui fazemos deste tema, apesar de partir de um caso julgado nos EUA, é feita, por razões de economia, exclusivamente, pelo

² MARIA MIGUEL CARVALHO, «A possibilidade de registo como marca da cor per se», in: AA. VV., Estudos em comemoração dos 20 anos da Escola de Direito da Universidade do Minho (orgs. Mário Ferreira Monte/Joaquim Freitas da Rocha/Joana Aguiar e Silva/Elizabeth Fernandez), Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 469-487.

³ Anteriormente, o TJUE já teve ocasião de se pronunciar sobre este tema. V., entre outros, o Ac. de 27/2/2020, Constantin Film Produktion/EUIPO (C-240/18, EU:C:2020:118) e Ac. de 23/3/2010, Google France e Google (C-236/08 - C-238/08, EU:C:2010:159).

⁴ Em 14/11/2022 o partido político Vlaams Belang apresentou o seu «IKEA-PLAN» (recorrendo a uma representação correspondente à da marca de prestígio registada, na Bélgica e na UE, *inter alia*, para mobiliário, pela IKEA): propôs um pacote de medidas, utilizando a expressão IKEA – que significaria «Immigratie Kan Echt Anders» (em tradução livre: a imigração pode ser realmente diferente) – e apresentou as 15 propostas no estilo dos conhecidos manuais de instruções do IKEA. A IKEA intentou no *Nederlandstalige Ondernemingsrechtbank Brussel* (Bélgica) uma ação, invocando a violação do seu direito de marca. Porém, este tribunal decidiu colocar, em sede de reenvio prejudicial, algumas questões ao TJUE. Está fundamentalmente em causa determinar se a liberdade de expressão política, incluindo a paródia política, integra o conceito de «justo motivo», previsto no art. 5º, nº3, al.ª a) da DM e que limita os direitos do titular de uma marca de prestígio. Em caso afirmativo, é ainda pedido ao TJUE que determine os critérios para se aferir o equilíbrio entre estes direitos fundamentais (como teremos oportunidade de afirmar adiante, o direito de marca é também um direito fundamental – v. art. 17º, nº2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia). O sumário deste pedido está disponível para consulta em: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=274922&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&id=2111162> e corresponde ao proc. C-298/23.

prisma do Direito Europeu de Marcas⁵ e sem cuidar da análise do regime específico das marcas de prestígio⁶.

1. O caso «Mattel v. Aqua/MCA»

A *Mattel, Inc.*, titular da marca «Barbie», intentou uma ação, em 1997, nos EUA, por violação dos seus direitos de marca contra um grupo musical dinamarquês – *Aqua* e contra as editoras e distribuidoras discográficas envolvidas na criação, produção e distribuição de uma música – intitulada «Barbie Girl» – e do correspondente *videoclip*, cujas letras e imagens, segundo a *Mattel*, prejudicavam a imagem que esta promovia da boneca «Barbie»⁷. Todavia, o *United States District Court for the Central District of California*⁸, que considerou que a letra da música era uma paródia da boneca e dos valores que esta passou a representar, sublinhou que os direitos de marca não são ilimitados e que – apesar de poder existir alguma confusão por causa da paródia – os interesses da *First Amendment* prevaleciam. Esta decisão foi, de resto, confirmada, já em 2002, pelo *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*^{9/10} e o *Supreme Court* recusou o recurso apresentado desta decisão pela *Mattel*.

Curiosamente (ou talvez nem tanto¹¹), a banda sonora do filme «Barbie» integra uma música – «Barbie world»¹² – que adapta a música

⁵ Directiva (UE) 2015/2436, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2015) [DM] e Regulamento (UE) 2017/1001, de 14 de junho de 2017 [RMUE].

⁶ Este regime já foi por nós analisado em *Quo vadis Direito de Marcas? Reflexão sobre a necessidade de redimensionamento do seu alcance a partir da tutela da marca de prestígio*, Almedina, Coimbra, 2023.

⁷ Alguns versos dessa música perduram na memória «coletiva» até hoje (“I’m a Barbie girl, in the Barbie world/ Life in plastic, it’s fantastic/You can brush my hair, undress me everywhere/Imagination, life is your creation/I’m a blonde bimbo girl in a fantasy world/Dress me up, make it tight, I’m your dolly/You’re my doll, rock’n’roll, feel the glamour in pink/Kiss me here, touch me there, hanky panky”...).

⁸ *Mattel, Inc. v. MCA Records, Inc.*, 28 F. Supp. 2d 1120 - Dist. Court, CD California 1998.

⁹ *Mattel, Inc. v. MCA Records, Inc.*, 296 F. 3d 894 - Court of Appeals, 9th Circuit 2002.

¹⁰ Sobre este caso, cfr., entre outros, JANE C. GINSBURG, “Intellectual property as seen by Barbie and Mickey: the reciprocal relationship of copyright and trademark law”, *Journal of the Copyright Society of the USA*, 65 (2018), pp. 245 (= *Columbia Public Law Research Paper No. 14-567* (2017)).

¹¹ Já que a *Mattel* terá invertido, nos últimos anos, a política de *marketing* e, após anos de conflito, terá usado, com a devida autorização, parte da música dos *Aqua* e com a letra adaptada num vídeo publicitário. V. «The Barbie® Official Music Video 2009», <https://www.youtube.com/watch?v=hwu6NrxVVFk>.

¹² *Nicki Minaj & Ice Spice* com a participação de *Aqua*.

original dos Aqua e cuja letra¹³, «noutros tempos», teria motivado mais uma ação judicial. Agora, porém, a própria Mattel foi uma das produtoras deste filme...

2. A compatibilização do Direito de Marca com a liberdade de expressão¹⁴

2.1. A violação do direito de marca

Sem prejuízo dos direitos adquiridos pelo titular antes da data da apresentação do pedido de registo ou da data da prioridade reivindicada, o registo da marca confere um direito exclusivo ao seu titular que lhe permite impedir que terceiros, sem o seu consentimento, usem, na vida comercial, relativamente a produtos e serviços, sinais que sejam: i) idênticos à marca e utilizados relativamente a produtos ou serviços idênticos àqueles para os quais a marca foi registada (casos de dupla identidade); ii) idênticos ou semelhantes à marca e utilizados relativamente a produtos ou serviços idênticos ou afins aos produtos ou serviços para os quais a marca foi registada, se existir risco de confusão ou associação no espírito do público e iii) idênticos ou semelhantes à marca, independentemente de serem utilizados relativamente a produtos ou serviços que sejam idênticos, afins ou não afins àqueles para os quais a marca foi registada, caso esta seja uma marca de prestígio, se a utilização desses sinais, sem justo motivo, tirar partido indevido do seu carácter distintivo ou do prestígio ou puder prejudicá-los (arts. 10º, n.ºs 1 e 2 da DM e 9º, n.ºs 1 e 2 do RMUE).

O titular de qualquer marca registada apenas se poderá opor ao uso de um sinal idêntico ou semelhante ao seu se este uso ocorrer «na vida

¹³ V. <https://genius.com/Ice-spice-and-nicki-minaj-barbie-world-lyrics>

¹⁴ Este texto segue, de muito perto, ainda que com atualizações o que escrevemos em *Quo vadis...*, cit., esp. pp. 51 e ss.

comercial»^{15/16}. Segundo a jurisprudência do TJUE, o uso ocorre efetivamente na “vida comercial” quando integre uma *atividade* qualificada, em termos substantivos, como *comercial*¹⁷, que vise um *proveito económico*¹⁸, incluindo os atos preparatórios. Além disso, tem-se exigido que o terceiro que pratica o ato assuma um comportamento *ativo* e um *domínio*, direto ou indireto, daquele¹⁹.

Exemplos clássicos de *uso fora da vida comercial* são, para além do uso na esfera privada, a utilização de uma marca alheia com fins pedagógicos ou científicos; informativos; artísticos; de crítica e de paródia²⁰. Estes atos não podem, por isso, ser proibidos pelo titular da marca com fundamento *no Direito de Marcas*²¹.

Além destes, existem casos – “mistos” – em que usos, aparentemente não comerciais, podem, afinal, vir a ser qualificados como usos na “vida comercial”, se os usuários puderem – como sucede, com alguma frequência, nos casos de paródia e usos artísticos – retirar proveito económico desta atividade, como se verifica no caso referido *supra* da «Barbie». Porém, mesmo em tais situações, poderá acontecer que tais usos não sejam abarcados pelo *ius prohibendi* conferido ao titular da marca, pois este cingir-se-á aos casos em

¹⁵ V. art. 10º, nº 2 DM e art. 9º, nº2 do RMUE. Nos EUA também se verifica esta limitação, pois o *Lanham Act* exige o *use in commerce* nos §§ 32 e 43 (15 U.S.C. §§ 1114, 1125(a)). Destacando que também tem sido esta a orientação jurisprudencial no ordenamento jurídico estado-unidense, Cfr. NARI LEE, “Public domain at the interface of Trade Mark and Unfair Competition Law – the case of referential use of trade marks”, in: *Intellectual Property, Unfair Competition and Publicity - Convergences and Developments* (eds. Nari Lee/Guido Westkamp/Annette Kur/Ansgar Ohly), Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 309 e ss. (disponível para consulta em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2057604, pp. 14 e s.).

¹⁶ Sem prejuízo dos casos em que se verifiquem limites a esses direitos. Nesses casos, mesmo verificando-se o uso na vida comercial (e a título de marca) este não poderá ser proibido pelo titular da marca.

¹⁷ Não releva, por conseguinte, em termos absolutos a qualificação formal do sujeito que pratica o ato. V. nº 55 do Ac. TJUE (Grande Secção), de 12/7/11, proferido no proc. C-324-09, no caso “L’Oreal/eBay” (ECLI:EU:C:2011:474) e o Ac. TJUE, de 30/4/20, proferido no proc. C-772/18, no caso “INA” (ECLI:EU:C:2020:341).

¹⁸ V., entre outros, o nº 40 do Ac. TJUE, de 12/11/2022, proferido no proc. C-206/01, no caso “Arsenal” (EU:C:2002:651).

¹⁹ V., entre outros, os n.ºs 39 e 40 do Ac. TJUE, de 3/3/16, proferido no proc. C-179/15, no caso “Daimler”, (ECLI:EU:C:2016:134).

²⁰ Para alguns exemplos destes usos, cfr. MARIA MIGUEL CARVALHO, *Quo vadis...*, cit., p. 56.

²¹ O que não significa que não possam ser impedidos com base noutros fundamentos. Como MICHAL BOHACZEWSKI (“Conflicts between trade mark rights and freedom of expression under EU Trade Mark Law: reality or illusion?”, *IIC*, 51 (2020), p. 867) refere, tais usos podem constituir abuso da liberdade de expressão ou denegrir e, por conseguinte, o seu autor pode incorrer em responsabilidade civil.

que o terceiro use o sinal conflituante com o do primeiro *a título de marca*, i.e., para distinguir os seus próprios produtos/serviços²².

Esta exigência, que não decorre, habitualmente, de forma expressa da legislação e suscita controvérsia, compreende-se à luz do conceito e da função principal da marca. Todavia, de acordo com a jurisprudência do TJUE, o leque de usos não consentidos que podem ser proibidos pelo titular da marca alheia é particularmente amplo nos casos de dupla identidade, pois o *ius prohibendi* pode ser exercido mesmo que não exista suscetibilidade de confusão dos consumidores quanto à proveniência empresarial dos produtos ou serviços marcados, desde que se verifique a violação de *uma das outras funções* da marca.

Apesar de, na atual DM, o Considerando 18 estabelecer que “é conveniente prever que as violações de direitos conferidos pelas marcas só podem ser determinadas se se concluir que a marca ou o sinal do infrator é utilizado na vida comercial *para efeitos de distinção de produtos ou serviços*” (itálicos nossos), continua a não ser esclarecido se tal uso visa os produtos ou serviços do alegado infrator ou do titular da marca, pelo que nos parece ser ainda prematura qualquer conclusão relativamente ao posicionamento do TJUE, face à clarificação que “apenas” consta de um Considerando.

2.2. Os limites aos direitos conferidos pelo registo de marcas

Para além de não poder proibir utilizações da sua marca que ocorram fora da vida comercial, o titular da marca registada também não se pode opor a *determinadas* utilizações, *mesmo quando ocorram no âmbito da vida comercial*. Referimo-nos, especificamente, ao uso descritivo de marca alheia em sentido amplo, i.e., aos casos de uso por terceiro de uma marca alheia com finalidade descritiva, *desde que em conformidade com as normas e os usos honestos em matéria industrial e comercial*, enunciados taxativamente no art. 14º, nº2 da DM e do RMUE²³.

Estes incluem, para além da utilização de um sinal igual ou semelhante a uma marca alheia por coincidir com o nome ou domicílio de uma pessoa

²² Para maiores desenvolvimentos, cfr. MARIA MIGUEL CARVALHO, *Quo vadis...*, cit., pp. 57 e ss.

²³ V. ainda o Considerando 27 da DM.

singular (al. a)) ou com uma indicação descritiva do produto ou serviço (al. b)), o uso descritivo da marca em sentido estrito (*referential use*), i.e., o uso da marca para efeitos de *identificação ou referência* a produtos ou serviços *como sendo os do titular dessa marca*, em especial nos casos em que a utilização da marca seja necessária para indicar o destino de um bem ou serviço, nomeadamente enquanto acessório ou peça sobressalente (al.ª c)), como sucede, p.e., quando uma empresa comercializa cápsulas de café, apondo na respetiva embalagem, para além da sua eventual própria marca, a indicação dos modelos e marcas de máquinas de café a que aquelas se destinam, usando as respetivas marcas (alheias), *v.g.*, «Nespresso».

O titular da marca anterior não poderá proibir estes usos se, como referimos, estes estiverem em conformidade com as «práticas honestas em matéria industrial ou comercial» (arts. 14º, nº2 da DM e do RMC). Esta expressão é muito semelhante à que consta, em matéria de concorrência desleal, do art. 10º *bis* CUP (“usos honestos em matéria industrial ou comercial”), servindo – tal como naquele instituto – para a valoração da licitude das condutas, com base num critério *ético comercial* (“em matéria industrial e comercial”).

O TJUE tem-na entendido como “expressão de uma obrigação de *lealdade* em relação aos *interesses legítimos do titular de uma marca*” (itálicos nossos)²⁴, e já considerou que serão desconformes com as práticas e os usos honestos em matéria industrial e comercial, por exemplo: (i) a utilização da marca que cause a impressão no público interessado de que existe uma relação comercial entre quem a usa e os seus produtos/serviços e o titular da marca ou a pessoa autorizada a usá-la; (ii) o uso que suponha um aproveitamento indevido do carácter distintivo ou do prestígio da marca alheia; (iii) o uso

²⁴ Acs. TJUE, de 23/2/99, proferido no proc. C-63/97, no caso “BMW”, nº 61 (ECLI:EU:C:1999:82); de 7/1/04, proferido no proc. C-100/02, no caso “Gerolsteiner Brunnen”, nº 24 (ECLI:EU:C:2004:11) e 17/3/05, proferido no proc. C-228/03, no caso “Gillette”, nº 41 (ECLI:EU:C:2005:177). A verificação da conformidade com as práticas e os usos honestos em matéria industrial e comercial implica a apreciação global de todas as circunstâncias pertinentes (v. nº 26 do Ac. “Gerolsteiner Brunnen”); da (in)existência de uma ligação pelo público visado (ou por uma parte significativa deste) entre os produtos do terceiro e o titular da marca ou de uma pessoa habilitada a utilizar a marca; da (falta de) consciência, pelo terceiro, da existência de tal ligação e, se se tratar de uma marca com uma certa fama, da (im)possibilidade de o terceiro poder beneficiar desta na comercialização dos seus produtos (v. nº 83 do Ac. TJUE (Grande Secção), de 16/11/04, proferido no proc. C-245/02, no caso «Anheuser-Busch» – ECLI:EU:C:2004:717).

que denigra ou desacredite a marca e (iv) a apresentação dos produtos como imitação ou reprodução dos produtos de cuja marca não é o titular²⁵.

A atual DM estabelece um *princípio geral de admissibilidade do uso referencial da marca*, desde que em conformidade com as práticas honestas em matéria industrial e comercial²⁶ e ampliou, pelo menos teoricamente, o alcance da norma, pois optou por um elenco *exemplificativo* de uso referencial – referindo o caso de a utilização da marca ser necessária para indicar o destino de um bem ou serviço (nomeadamente enquanto acessório ou peça sobressalente) –, o que indicia que podem existir, em concreto, *outros casos de uso referencial*, desde que em conformidade com as práticas honestas em matéria industrial e comercial²⁷. Mas quais? E, entre esses, encontrar-se-á a liberdade de expressão?

A análise dos trabalhos preparatórios da atual legislação de marcas europeia e, em particular, das propostas de alterações apresentadas no *Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System*²⁸, revela que muito poucas foram acolhidas no art. 14º da DM aprovado e, designadamente, não constam desta *norma legal* outros exemplos, para além do que já referimos. Não obstante, as hipóteses exemplificativamente propostas pelo Parlamento Europeu²⁹ – que incluíam a limitação do direito de marca quando estivessem em causa utilizações da marca por terceiros *em certos contextos comerciais*, acrescentando à hipótese de utilização necessária para indicar o destino de um produto/serviço; o uso no âmbito da publicidade comparativa com observância da Diretiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho,

²⁵ V. nº 49 do Ac. TJUE proferido no caso “Gillette”.

²⁶ No texto da Primeira Diretiva de Marcas, nº 89/104/CEE estabelecia-se que o direito conferido pela marca não permitia ao seu titular proibir o uso da marca, na vida comercial, por terceiros, sempre que tal fosse *necessário* para indicar o destino de um produto ou serviço (nomeadamente sob a forma de acessórios ou de peças sobressalentes) e desde que esse uso fosse feito em conformidade com as práticas honestas em matéria industrial ou comercial. V. art. 6º, nº 1, al. c), art. 12º Regulamento (CE) nº 40/94, de 20 de dezembro de 1993.

²⁷ No mesmo sentido, cfr. Ł. ZELECHOWSKI, “Invoking freedom of expression and freedom of competition in trade mark infringement disputes: legal mechanisms for striking a balance”, *ERA Forum*, 19 (2018), p. 127.

²⁸ V. *Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System*, apresentado pelo Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law – Munich, em 15/2/11 (disponível para consulta em: https://www.ip.mpg.de/fileadmin/IP/pdf2/mpi_final_report_with_synopsis.pdf). Para maiores desenvolvimentos, cfr. MARIA MIGUEL CARVALHO, *Quo vadis...*, cit., pp. 71 e s.

²⁹ Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 25 de fevereiro de 2014, sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que aproxima as legislações dos Estados-membros em matéria de marcas (reformulação) – COM (2013) 0162 – C7-0088/2013 – 2013/0089 (COD), P7_TA (2014) 0119, *JO C* 285, de 29/8/17.

de 12 de dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa; com vista a chamar a atenção dos consumidores para a revenda de produtos genuínos, inicialmente vendidos pelo titular da marca ou por terceiro com o seu consentimento; para fins de paródia, expressão artística, crítica ou comentário e para apresentar uma alternativa legítima aos produtos/serviços do titular da marca – acabaram, com exceção da última hipótese referida, por serem previstas nos Considerandos 20 e 27 da DM.

Porém, e dado que o art. 14º, nº 1, al. c) da DM estabelece um princípio geral, seguindo-se um *exemplo* de uso referencial, impõe-se determinar se, apesar de o Conselho ter querido referir aqueles outros casos *apenas nos Considerandos*, os mesmos integram o conceito de uso referencial daquela alínea. Atento o objeto deste estudo, focar-nos-emos nos casos de utilização de uma marca por terceiros no âmbito da liberdade de expressão.

2.3. A liberdade de expressão

Como é sabido, a liberdade de expressão, incluindo a liberdade artística, está consagrada no art. 19º da Declaração Universal dos Direitos do Homem³⁰, no art.10º da Convenção Europeia de Direitos do Homen [CEDH]³¹ e no art. 19º da Convenção Internacional em Direitos Cíveis e Políticos³². E também a Constituição da República Portuguesa e a CDFUE contemplam previsões legais destas liberdades, embora de forma autonomizada (arts. 37º e 42º da CRP e arts. 11º e 13º da CDFUE), expressando, desta forma, “a relevância atribuída (...) ao direito subjetivo de criação artística”, que se traduz num “espaço substancialmente mais alargado em comparação com a liberdade de expressão do pensamento/opinião”³³, como parece ser confirmado pelo

³⁰ Adotada e proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 10/12/48.

³¹ Modificada nos termos das disposições dos Protocolos n.ºs 11 e 14, adotada em Roma, a 4/11/50. Portugal assinou-a em 22/9/76 e aprovou-a para ratificação pela Lei nº 65/78, de 13/10 (DR, I Série, nº 236/78 e retificada por Declaração da Assembleia da República, DR, I Série, nº 286, de 14/12/78). Entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa em 9/11/78.

³² Adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16/12/66.

³³ ALESSANDRA SILVEIRA/JOANA COVELO ABREU, “Artigo 13º - liberdade das artes e das ciências”, in: *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada* (coords. Alessandra Silveira/Mariana Canotilho), Almedina, Coimbra, 2013, p.182. As autoras citadas revelam, porém, alguma perplexidade pelo facto de decorrer do nº 2 do

Considerando 27 da DM, que refere a liberdade artística em primeiro lugar e de forma, aparentemente, mais incisiva.

As normas da Carta têm por destinatários as instituições, os órgãos e os organismos da União, bem como os Estados-membros, quando apliquem o Direito da União (art. 51º CDFUE). Não obstante, verifica-se, pelo menos³⁴, um efeito horizontal indireto, na medida em que “os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica europeia são habitualmente concretizados através de directivas (...)”³⁵ e da interpretação destas e das normas que as transpõem no direito nacional dos Estados-membros em conformidade com a CDFUE resulta a aplicação destes direitos fundamentais em conflitos horizontais, i.e., em litígios entre particulares.

A menção à liberdade artística e à liberdade de expressão, ainda que num «mero» Considerando da DM, tem sido entendida por alguma doutrina como uma manifestação da tendência para a *constitucionalização* do Direito de Marca³⁶, que sustenta que tais usos são, por conseguinte, admissíveis, de forma a garantir que a aplicação da DM respeite plenamente os direitos e liberdades fundamentais.

No entanto, esta não é uma opinião unânime. De facto, para outra parte da doutrina, o facto de a inclusão *expressa* no art. 14º da DM daqueles direitos fundamentais ter sido rejeitada pelo legislador deve ser devidamente valorado³⁷, porque o interesse dos terceiros, que poderia legitimar o uso de marca alheia com base na liberdade de expressão comercial, já foi tido em

art. 10º da CEDH que a liberdade artística pode ser sujeita aos limites da liberdade de expressão do pensamento (*op. cit.*, pp. 184 e s.).

³⁴ Defendendo que da atribuição de força juridicamente vinculativa à CDFUE pelo Tratado de Lisboa resulta que “os particulares podem invocar as disposições da Carta junto dos tribunais nacionais para fazerem valer os seus direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica europeia” e também o reequacionamento da “ausência de efeito directo horizontal de normas constantes de directivas que concretizam direitos fundamentais”, cfr. ALESSANDRA SILVEIRA, “Implicações nos litígios entre particulares resultantes da horizontalidade dos princípios gerais/direitos fundamentais protegidos pela União Europeia”, *CDP*, 32 (2010), pp.3-21 (p.3).

³⁵ ALESSANDRA SILVEIRA, “Artigo 51º – Âmbito de aplicação”, in: *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada* (coords. Alessandra Silveira/Mariana Canotilho), Almedina, Coimbra, 2013, pp.572-589 (p. 582).

³⁶ C. GEIGER, “‘Constitutionalizing’ Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in Europe”, *IIC*, 37 (2006), pp. 371-385; TUOMAS MYLLY, “The Constitutionalization of the European Legal Order: Impact of Human Rights on Intellectual Property in the EU”, in: *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property* (ed. Christophe Geiger), Edward Elgar, 2015, pp. 103-131; M. SENFTLEBEN, “Free Signs...”, *cit.*, pp. 354-376 e LISA RAMSEY/JENS SCHOVSO, “Mechanisms for limiting trademark rights to further competition and free speech”, *IIC*, 44 (2013), pp. 671-700.

³⁷ MICHAL BOHACZEWSKI, *op. cit.*, pp. 871 e s.

consideração pelo legislador nas normas relativas aos requisitos para a violação da marca e aos limites ao exercício do direito exclusivo (v. arts. 10º e 14º da DM) e, mesmo que certas formas de uso de marca possam ser cobertas pela liberdade de expressão, as expressões *comerciais* devem gozar de uma *liberdade mais restrita* do que as expressões feitas para fins públicos ou artísticos, já que servem interesses económicos privados e não os interesses da sociedade como um todo, acrescentando ainda que, tendo em conta a completa harmonização das regras relativas aos *direitos* conferidos pelo registo da marca e a jurisprudência do TJUE (que, na vigência da DM-08, sustentou que “um órgão jurisdicional nacional não pode (...) limitar esse direito exclusivo de uma maneira que ultrapasse as limitações decorrentes dos referidos artigos 5.º a 7.º [que correspondem, *grosso modo*, aos atuais arts. 10º, 14º e 15º]³⁸), um terceiro não deveria ter de confiar num fundamento *externo* ao direito de marcas para a sua defesa.

2.4. O direito de marca como direito fundamental e a conciliação com outros direitos fundamentais

É ainda indispensável ter presente que também o direito de marca é um direito fundamental. Com efeito, o art. 17º, nº 2 da CDFUE reconhece a proteção da propriedade intelectual³⁹ e a inclusão dos direitos de propriedade intelectual na Carta assume uma importância inegável⁴⁰, pois o respeito por estes direitos – que não foram *expressamente* contemplados no TFUE (apesar de estarem consagrados como direitos fundamentais em diversa legislação

³⁸ V. o nº 55 do Ac. TJUE, de 19/9/13, proferido no proc. C-661/11, caso «Nathan» (ECLI:EU:C:2013:577). V. também o Despacho do TJUE, de 6/10/15, proferido no proc. C-500/14, no caso «Ford» (ECLI:EU:C:2015:680).

³⁹ Este preceito corresponde ao art. 1º do Protocolo adicional nº 1 à CEDH que, de acordo com a interpretação defendida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem [TEDH], compreende a propriedade intelectual, entendida em sentido amplo, i.e., abrangendo o direito de autor e os direitos conexos – propriedade intelectual em sentido restrito – e os direitos privativos industriais (propriedade industrial) incluindo, por conseguinte, a marca. Sobre esta, v. a decisão de 11/1/07, proferida no litígio que opôs a Anheuser-Bush Inc. a Portugal no proc. 73049/01, in: *Direito Industrial*, vol. VI, APDI/Almedina, 2009, pp. 391 e ss. e ainda a decisão de 16/4/19, proferida no litígio que opôs Kamoy Radyo Televizyon Yayincılık ve Organizasyon A.Ş. à Turquia, no proc. 19965/06 (disponível para consulta em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-192458%22%5D%7D>).

⁴⁰ Embora criticada por alguma doutrina. Cfr., por todos, C. GEIGER, “Implementing intellectual property provisions in human rights instruments: towards a new social contract for the protection of intangibles”, in: *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property* (ed. Christophe Geiger), Edward Elgar, Cheltenham, UK; Northampton, MA, 2015, pp. 661 e ss. (= Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 14-10, pp. 12 e ss.).

internacional)⁴¹ e que não constavam do projeto inicial da Carta⁴² – constitui um princípio orientador para a jurisprudência, justificado pela teleologia inerente à sua tutela jurídica.

Do reconhecimento que um direito de marca constitui uma *exceção à liberdade de uso* de um sinal decorre que a interpretação das normas que conferem direitos de marca e das que lhes estabelecem limites deve lograr um resultado *adequado, necessário e proporcional* à prossecução dos objetivos do correspondente regime jurídico, exigindo a ponderação dos vários interesses em jogo⁴³, orientação que será, em princípio, suficiente para evitar a colisão com outros direitos fundamentais. Porém, tal poderá não bastar relativamente a alguns casos de «usos mistos» – como a utilização de uma marca alheia como manifestação da liberdade de expressão, que pode, eventualmente, ser qualificada como «uso na vida comercial», por importar um proveito económico para o seu autor –, podendo conduzir à colisão entre os direitos fundamentais à propriedade, por um lado, e à liberdade de expressão, por outro.

O Considerando 27 *in fine* estabelece que a Diretiva deve ser aplicada de forma a garantir o *pleno respeito dos direitos e liberdades fundamentais, em especial a liberdade de expressão*, pelo que parece implicar a sua aplicação a *todas* as normas da DM e não apenas às que se referem aos *limites* aos direitos conferidos pela marca⁴⁴.

Registe-se ainda que, apesar de esta afirmação ser feita, de forma expressa e pela primeira vez, na DM em vigor, não é propriamente revolucionária⁴⁵, já que, como é evidente, mesmo antes desta previsão, a DM devia ser interpretada e aplicada em conformidade com a CDFUE, tal como, de resto, já sucedia, anteriormente à Carta, relativamente aos direitos e liberdades fundamentais protegidos constitucionalmente. Porém, é possível que a sua

⁴¹ Para maiores desenvolvimentos sobre esta previsão, cfr. MARIA MIGUEL CARVALHO, “Anotação do nº2 do art. 17º”, in: AA. Vv., *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada* (coords. Alessandra Silveira/Mariana Canotilho), Almedina, 2013, pp.226-231 e, mais recentemente, “A tutela da propriedade intelectual na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, *JURISMAT*, 16 (2023), <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/jurimat/article/view/8856>.

⁴² Mais especificamente, foi introduzida na versão de setembro de 2000 com o apoio da Comissão (v. COM (2000) 559 final, de 13/9/00, p.7).

⁴³ J. P. REMÉDIO MARQUES, “Propriedade intelectual – tendências globais”, *BFDUC*, LXXXIV (2008), pp. 269 e ss.

⁴⁴ No mesmo sentido, cfr. ŁUKASZ ZELECHOWSKI, *op. cit.*, pp. 117 e J. SCHOVSBO, «“Mark my words” – trademarks and fundamental rights in the EU», *UC Irvine Law Review*, 8 (2018), pp. 555-581 (p.562).

⁴⁵ J. SCHOVSBO, *op. cit.*, p. 557 e esp. pp. 574 e s.

assunção expressa fomenta a alteração da forma como os tribunais interpretam as normas do Direito de Marcas, em especial – mas não só⁴⁶ – no que respeita aos limites⁴⁷. Aliás, esta mudança pode, inclusivamente, já ter tido início, como parece resultar de duas decisões judiciais, incluindo uma do TJUE⁴⁸.

Referimo-nos ao Acórdão, de 27/2/20, proferido no caso «Fack Ju Göhte»⁴⁹, respeitante à interpretação do impedimento de registo como marca de sinais contrários à ordem pública ou aos bons costumes.

Os factos subjacentes a este litígio eram os seguintes: em 21/4/15, a Constantin Film Produktion GmbH, produtora de uma comédia alemã, que conheceu um grande êxito, intitulada «Fack Ju Göhte», apresentou ao IPIUE um pedido de registo daquele sinal como marca da União Europeia. O pedido, apresentado para as classes 3, 9, 14, 16, 18, 21, 25, 28, 30, 32, 33, 38 e 41, foi recusado com fundamento nos arts. 7º, nº 1, al.ª f) e nº 2 do RMC (vigente à data). A requerente recorreu desta decisão, tendo o recurso sido julgado improcedente pela Câmara de Recurso (proc. R-2205/2015-5) e o mesmo sucedeu no âmbito do recurso para o TG.

Neste caso – contrariando o TG, que sustentara que «no domínio da arte, da cultura e da literatura, há uma preocupação permanente com a

⁴⁶ J. SCHOVSBO (*op. cit.*, pp. 561 e 562) defende que os tribunais vão recorrer aos direitos fundamentais não só nos casos excecionais em que os instrumentos internos de equilíbrio não sejam suficientes, mas em todas as instâncias.

⁴⁷ J. SCHOVSBO, *op. cit.*, p. 563, afirma mesmo que esta pode funcionar como um «cavalo de troia» relativamente aos direitos e liberdades fundamentais.

⁴⁸ A outra é a decisão proferida no caso «Damn Pérignon». V. Decisão da *Cour de Justice Benelux*, de 14/10/19, proferida no proc. A 2018/1/8, entre Moët Hennessy Champagne Services e Cedric Art (https://www.courbeneluxhof.be/arresten/FR/A/A_18_1_1528.pdf). Os factos subjacentes ao litígio foram, resumidamente, os seguintes: A Moët Hennessy Champagne Services produz e comercializa champanhes, sendo titular de várias marcas (nominativas, figurativas, mistas) «Dom Pérignon». Cédric Peers é um artista que incorporou várias marcas «Dom Pérignon» numa coleção de pinturas – «Damn Pérignon Collection» [que se poderá traduzir por «Maldita Coleção Pérignon»] – que criou, expõe e vende na *Internet*. A Moët Hennessy Champagne Services intentou uma ação, no *Tribunal de Commerce de Bruxelles*, para proibir o uso daqueles sinais. Todavia, este tribunal submeteu duas questões prejudiciais à *Cour de Justice Benelux*, consistindo a primeira em determinar se a liberdade de expressão, e em particular a liberdade artística, tal como garantida pelo art. 10º da CEDH e pelo art. 11º da CDFUE, pode constituir um “justo motivo” no sentido do art. 2.20.1.d da *Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle* [CBPI].

A *Cour de Justice Benelux* acabou por não responder à segunda questão prejudicial, que respeitava aos critérios para apreciar o equilíbrio entre esses direitos fundamentais, por ter respondido afirmativamente à primeira como é referido em *Quo vadis...*, cit., p.97. Sublinha-se ainda que, apesar de a questão prejudicial respeitar à interpretação do disposto no art. 2.20.1.d, a *Cour de Justice Benelux* referiu-se à norma que atualmente lhe corresponde (sem alterações) – o art. 2.20.2.d, explicitando ainda que, apesar de o conceito em apreciação estar incluído numa norma que acolheu a faculdade prevista no art. 10º, nº 6 da DM (a proteção da marca de prestígio relativamente a usos *com outras finalidades que não a distintiva*), o iria interpretar em sintonia com o conceito que surge no art. 2.20.2.c (sobre a proteção da marca de prestígio face a utilizações por terceiros *com finalidade distintiva*), que transpôs o disposto no art. 10º, nº 2, al. c) DM e, como tal, tendo em conta a jurisprudência do TJUE nesta matéria (nº6 do Acórdão citado).

⁴⁹ Proc. C-240/18p (ECLI:EU:C:2020:118).

preservação da liberdade de expressão que não existe no domínio das marcas»⁵⁰ e aderindo à tese sustentada pelo Advogado-Geral⁵¹ – o TJUE afirmou, sem margem para dúvidas, que a liberdade de expressão, consagrada no artigo 11º CDFUE deve ser tomada em consideração na aplicação da norma correspondente ao atual art. 7º, nº 1, al. f) do RMUE, invocando em apoio do seu entendimento o Considerando 21 do RMUE [equivalente ao Considerando 27 da DM].

Por outro lado, no que respeita especificamente à interpretação e aplicação da norma referente aos *limites* aos direitos conferidos ao titular da marca, suscita-se a questão de saber se as liberdades fundamentais constituem “novos” limites.

Da jurisprudência do TJUE no que respeita ao conflito entre a liberdade de expressão e artística e o direito de autor, precisamente a propósito da interpretação do art. 5º da Diretiva 2001/29⁵² que estabelece «Exceções e limitações» àquele direito⁵³, resultou que não existem *outras* exceções ou limites não previstos na legislação referente ao direito de autor, mas que sejam indispensáveis para assegurar o respeito pelos direitos fundamentais⁵⁴

⁵⁰ V. nº 29 do Ac. TG, de 24/1/18, proferido no proc. T-69/17 (ECLI:EU:T:2018:27), tal como o fizera previamente o IPIUE no mesmo caso, apesar de na audiência ter reconhecido a aplicação da CDFUE.

⁵¹ V. n.ºs 47-57 das Conclusões apresentadas, no mesmo caso, pelo Advogado-Geral MICHAL BOBEK, em 2/7/19 (ECLI:EU:C:2019:553).

⁵² Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação (*JO L* 167, 22/6/01, pp. 10-19). Esta Diretiva foi alterada, designadamente, pela Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital (*JO L* 130, de 17/5/19, pp. 92-125) que, no Considerando 70, estabelece que “as medidas adotadas pelos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha em cooperação com os titulares de direitos *não deverão prejudicar a aplicação de exceções ou limitações aos direitos de autor, em particular no que se refere à garantia da liberdade de expressão dos utilizadores*. Os utilizadores deverão ter a possibilidade de carregar e disponibilizar conteúdos gerados pelos utilizadores *para fins específicos de citação, crítica, análise, caricatura, paródia ou pastiche*. Esse aspeto é *particularmente importante para garantir um equilíbrio entre os direitos fundamentais consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (...)*, nomeadamente a liberdade de expressão e a liberdade das artes, e o direito à propriedade, incluindo a propriedade intelectual (...)” *italicos* nossos].

⁵³ V. Acs. TJUE (Grande Secção), de 29/7/19, proferido nos procs. C-469/17, no caso “Funke Medien”, nº64 e C-516/17, no caso “Spiegel Online”, nº 49 – ECLI:EU:C:2019:623, ECLI:EU:C:2019:625 respetivamente. Com interesse, cfr. CHRISTOPHE GEIGER/ELENA IZYUMENKO, “The constitutionalization of intellectual property law in the EU and the Funke Medien, Pelham and Spiegel Online decisions of the CJEU: Progress, but still some way to go!”, *IIC*, 51 (2020), pp.282-306.

⁵⁴ V. o nº 64 do Ac. “Funke Medien”, nº 49 do Ac. “Spiegel Online”. Apesar de o TJUE ter recusado que dos direitos fundamentais resultem novos limites ao direito de autor, como é referido no texto, admitiu que estes desempenham um papel relevante no que respeita à interpretação das exceções e limitações consagradas na lei, o que para KAISER/SCHUEERER significa que ficou aberta a porta para que os direitos fundamentais tenham relevância direta em circunstâncias excecionais (“The Impact of Fundamental Rights on European Copyright Law – Opinion on the

e, partindo do princípio que as derrogações das regras gerais devem ser interpretadas estritamente e que visam salvaguardar um justo equilíbrio entre, por um lado, os direitos e interesses dos titulares de direitos e, por outro, os direitos e interesses dos utilizadores de obras ou outros materiais protegidos, considerou que a interpretação daquelas exceções e limitações deve permitir *salvaguardar o seu efeito útil e respeitar a sua finalidade*, salientando a sua “*importância especial* quando estas exceções e limitações visem garantir o respeito de *liberdades fundamentais*” e também que, quando for necessário compatibilizá-las com o direito de propriedade intelectual – que se encontra igualmente consagrado na CDFUE –, é preciso não esquecer que não existe nenhuma disposição legal, nem decorre da jurisprudência deste Tribunal que o direito de propriedade intelectual tenha de ser assegurado de maneira absoluta, concluindo que “o juiz nacional, no âmbito da ponderação que lhe incumbe efetuar, à luz de todas as circunstâncias do caso concreto”, dos direitos conflitantes deve basear-se “numa interpretação destas disposições que, embora respeite a sua redação e preserve o seu efeito útil, *seja plenamente conforme com os direitos fundamentais garantidos pela Carta*”⁵⁵ (itálicos nossos).

Refletindo sobre a possível “transposição” do sentido desta decisão para o direito de marcas, devemos dizer que concordarmos com a necessidade de o equilíbrio entre os interesses conflitantes ser feito casuisticamente⁵⁶ e que tal implica a interpretação dos direitos conferidos ao titular da marca e dos seus limites, que sal guarde o respetivo efeito útil e finalidade. Consideramos também que não deve existir um juízo *ex ante* de prevalência de qualquer dos direitos fundamentais envolvidos, já que *nenhum* deles é *absoluto*⁵⁷: nem

CJEU Decisions C-516/17 ‘Spiegel Online’ and C-469/17 ‘Funke Medien’, *GRUR Int.*, (2019), pp. 1153 – 1160 (*Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 21-03*, p. 18)). No entanto, esta posição não é consensual, em sentido diferente (e de acordo com o que referimos no texto), cfr., por todos, BERND JUSTIN JÜTTE/ JOÃO QUINTAIS, “The Pelham Chronicles: Sampling, Copyright and Fundamental Rights”, *JIPLP*, 16 (2021), pp. 213-225 (= https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3775599, esp. pp. 16 e ss.).

⁵⁵ V. n.ºs 69-72 e 76 do Ac. “Funke Medien”. V. também os n.ºs 54-55 e 59 do Ac. “Spiegel Online” e os n.ºs 33 e 34 do Ac. TJUE, de 29/7/19, proferido no caso “Pelham”, ECLI:EU:C:2019:624.

⁵⁶ V. ainda o nº 31 das Conclusões do Advogado-Geral no caso “Funke Medien”, onde sublinha que “qualquer ponderação do direito de autor pelos direitos fundamentais que vá além da simples interpretação das disposições do referido direito, exercício que se situa na fronteira entre interpretação e aplicação da lei, deve (...) ser efetuada à luz das circunstâncias de cada caso concreto. Esta abordagem casuística permite aplicar com maior rigor o princípio da proporcionalidade, evitando assim que tanto o direito de autor como os direitos fundamentais sejam injustificadamente afetados”.

⁵⁷ Neste sentido, cfr. o nº 19 das Conclusões, apresentadas pelo Advogado-Geral Dirk Thijss, à *Cour de Justice Benelux*, em 12/2/19, no proc. A 2018/1/4 (https://www.courbeneluxhof.be/arresten/FR/A/A_18_1_1531.pdf), no caso “Damn Pérignon”.

o direito de propriedade da marca, nem o direito à liberdade de expressão e/ou artística.

Importa ainda recordar que, para além dos limites já referidos relativamente ao direito de marca, o art. 10º, nº2 CEDH⁵⁸, que abarca a liberdade de expressão, incluindo a liberdade artística, estabelece que “o exercício desta liberdade, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para (...) a protecção da honra ou dos direitos de outrem (...)”. Por isso, pensamos que pode acontecer que, à luz das condições específicas do caso *sub judice*, o interesse prevalecente possa ser o do titular da marca.

Porém, da afirmação do TEDH de que a liberdade de expressão e artística constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e uma das condições primordiais para o seu progresso e para o desenvolvimento dos homens, aplicando-se não apenas às informações ou ideias que são favoravelmente recebidas ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também àquelas que chocam, inquietam ou ofendem o Estado ou uma parte da população, pois são essas as demandas do pluralismo, da tolerância e do espírito de abertura, sem as quais não existe sociedade democrática⁵⁹, tem resultado, na prática, a prevalência deste direito fundamental sobre outros, entendendo-se que apenas poderá ser restringido se existir uma “necessidade social imperiosa” e se for respeitada a proporcionalidade entre o meio utilizado e o objetivo legítimo perseguido.

Dito isto, e se a introdução na parte final do Considerando 27 da DM já referida parece poder implicar uma alteração à interpretação restritiva que o TJUE tem efetuado⁶⁰, convém não perder de vista os riscos que também esta pode envolver, nomeadamente a de poder gerar um desequilíbrio em

⁵⁸ E que é aplicável no âmbito da interpretação dos arts. 11º e 13º da CDFUE – v. anotações elaboradas sob a autoridade do *Praesidium* da Convenção que redigiu a Carta e atualizadas sob a responsabilidade do *Praesidium* da Convenção Europeia, cit. Criticamente sobre a sua aplicação à liberdade artística, cfr. ALESSANDRA SILVEIRA/JOANA COVELO DE ABREU, *op. cit.*, pp. 185 e s., uma vez que esta “goza de um espaço substancialmente mais alargado em comparação com a liberdade de expressão do pensamento/opinião” na doutrina constitucional dos Estados-membros da UE.

⁵⁹ V., por todos, a Sentença, de 7/12/76, proferida no proc. 5493/72, caso “Handyside” (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165143>).

⁶⁰ ŁUKASZ ZELECHOWSKI conclui que essa alteração pode passar por evitar a consideração privilegiada do interesse de uma das partes (o titular da marca registada) e ter em conta todos os interesses envolvidos (*op. cit.*, p. 134), mas, como referimos no texto, pode, afinal, resultar daqui um desequilíbrio em sentido inverso.

sentido inverso⁶¹, porque: i) os requisitos para conferir proteção à liberdade de expressão e/ou artística podem ser excessivamente leves – bastará a inexistência de um “mero/puro propósito comercial”, ainda que o uso artístico ou no âmbito da liberdade de expressão comporte uma dimensão económica e que a utilização da marca (de prestígio) seja, claramente, um «chamariz»; ii) não está definido, nem é objetivo quando é que um uso artístico deixa de ser puramente artístico e passa a ser também comercial; iii) gerar-se-á incerteza e insegurança jurídica e iv) na prática, tal pode levar à exclusão do âmbito do *ius prohibendi* do titular da marca de certas “categorias pré-determinadas de usos na vida comercial”⁶² e, eventualmente, a título de marca⁶³, esvaziando-se significativamente este direito que também é, como se disse, um direito fundamental.

Pensamos, por estes motivos, que só uma interpretação do alcance dos direitos do titular da marca nos moldes referidos anteriormente permitirá chegar a uma solução justa, fomentando a coerência, a unidade do sistema e a segurança jurídica, sem prejuízo de se considerar os direitos fundamentais, embora sem juízos apriorísticos de prevalência absoluta de uns sobre os outros.

⁶¹ E potencialmente mais acentuado atendendo à interpretação jurisprudencial do conceito de «justo motivo» que funciona também como um limite aos direitos conferidos aos titulares das marcas de prestígio, como referimos em “*Quo vadis...*”, cit., pp. 92 e ss.

⁶² No mesmo sentido, cfr. R. BURREL/D. GANGJEE, “Trade marks and freedom of expression...”, cit., p. 2.

⁶³ No mesmo sentido, cfr. MICHAL BOHACZEWSKI, *op. cit.*, pp. 873 e s.

SALGADO ZENHA E O NOVO DESENHO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEMOCRACIA PORTUGUESA

Maria Clara Calheiros
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.8>

Nota prévia

O ponto de partida da minha reflexão e, na verdade, a minha hipótese exploratória para este artigo consiste na existência de um particular e mais expressivo impacto das transformações políticas no desenho das profissões jurídicas em geral e, mais em particular, na concepção da figura do Ministério Público. Com efeito, ao contrário de outras profissões, como as dos médicos, engenheiros, arquitectos, etc., que ficam mais ou menos incólumes perante as transformações políticas, as profissões do mundo jurídico tendem a ser, justificadamente, reconfiguradas pelas alterações de regime político. Assim, consoante o perfil democrático ou autoritário que assume o Estado, vamos identificando alterações na configuração do exercício das profissões de juiz, procurador ou advogado. Não é por acaso que, por exemplo, em anos recentes, o caminho que alguns Estados europeus fizeram para se assumirem como democracias iliberais, levou a consequências visíveis no exercício das funções de magistrado nesses países.

Aliás, verificamos também que outros domínios profissionais específicos são usualmente afectados por essas mesmas transformações políticas, como sejam os relacionados com o sector da criação artística (escritores, pintores, músicos, realizadores de cinema, dramaturgos, actores), da comunicação social e da educação. O que têm eles em comum com as profissões jurídicas? À primeira vista nada, mas eu defenderia a ideia de que todas estas profissões têm a uni-las um denominador comum chamado liberdade. As artes permitem-nos expressar livremente o nosso pensamento (são talvez o veículo último dessa liberdade), tal como a comunicação social, e a educação deve fornecer-nos as condições para que esse pensamento seja verdadeiramente livre.

Ora, cabe às profissões jurídicas - a todas elas, sem excepção - defender essa liberdade (a que se expressa e a que se forma) e permitir o seu exercício até às últimas consequências, ainda que não ilimitadamente, como sabemos.

O meu interesse pelo desenho histórico da figura do Ministério Público tem a ver com o facto de a configuração desta profissão legal ser particularmente reveladora do modelo de Justiça e de Estado que queremos ter. Mais do que acontece com a figura do Juiz ou com a figura do Advogado, afigura-se-nos que a definição institucional das funções do Ministério Público, bem como das condições de que goza para o seu desempenho, são o resultado de escolhas ideológicas sobre as grandes finalidades do Estado e, ao mesmo tempo, transformam-se num instrumento essencial para moldar a sociedade.

Parece-nos ainda que há uma maior plasticidade na construção do Ministério Público, como o comprova a história e o direito comparado e a história do direito comparado, do que aquela que existe nas figuras do Juiz ou do Advogado. Por outro lado, o surgimento em anos recentes da figura do Procurador Europeu, no contexto do projecto da União Europeia torna mais visível, por um lado, a existência de diferenças relevantes na concepção do Ministério Público em cada Estado Membro, ao mesmo tempo que nos estimula a comparar e compreender estas diferenças dentro das coordenadas fornecidas pela história e pela cultura.

Por razões de concisão, limitaremos o teste da nossa proposta exploratória ao caso português, com breves alusões comparativas a realidades de países que exerceram influência sobre as soluções adoptadas em Portugal, e a uma época histórica precisa: a transição de regime político operada com a revolução de 25 de Abril de 1974, cujos 50 anos esperamos poder celebrar em breve.

Sucedem também que esta análise se cruza com a oportunidade de poder analisar o contributo particular que Francisco Salgado Zenha deu para a transição de um modelo de Ministério Público próprio de uma democracia. Desta forma, este artigo servirá também ao propósito de homenagear o advogado e político bracarense, tornando mais conhecido o alcance de algumas das suas decisivas acções.

Antecedentes históricos da figura do Ministério Público¹

Em Portugal, o aparecimento do Ministério Público com carácter permanente e estável é habitualmente atribuído ao tempo de Afonso III (1210-1279). Antes, já depois de fundado o Reino de Portugal, há menções documentais à existência e atuação de procuradores e advogados do rei, mas sem que tal se referisse a um cargo ou função permanente. Tratava-se de nomeações ad hoc para resolver casos específicos.

No tempo de D. João I (1357-1433) encontramos a figura de procurador de justiça, cuja disciplina jurídica consta do título VIII do livro I das Ordenações Afonsinas (1446 ou 1447) onde se diz sobre a sua função “E veja, e procure bem todos os feitos da Justiça, e das Viúvas, e dos Orphãos, e miseráveis pessoas, que aa Nossa Corte vierem”.

Outros antecedentes históricos que podem ser identificados são encontrados:

- a) No alvará de 28 de Março de 1514 referido ao procurador do rei;
- b) Na ordenação Manuelina, nos títulos XI e XII do livro I, referidos às funções de procurador dos feitos do rei, promotor de Justiça da Casa da Suplicação, promotores de justiça da Casa do Cível;

¹ Não se pretendeu aqui fazer um estudo histórico sobre as origens e o desenvolvimento do Ministério Público em Portugal. Assim, valemo-nos essencialmente das leituras que contêm alguns apontamentos históricos, que citamos de seguida: CUNHA RODRIGUES, “Em nome do povo”, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 46 e ss; DIAS, João Paulo, FERNANDO, Paula e LIMA, Teresa Maneca, “O Ministério Público em Portugal” in *O papel do Ministério Público. Estudo comparado dos países latino-americanos*, DIAS e AZEVEDO coord., Coimbra: Almedina, 2008, pp. 27-69.

- c) Na ordenação filipina o procurador dos feitos da Coroa, o promotor de justiça e solicitador de justiça junto da Casa da Suplicação, o promotor de justiça e solicitador de justiça junto da Casa Cível da Relação do Porto.

Deve notar-se que a evolução destas figuras que podem configurar antecedentes históricos do Ministério Público foi-se fazendo a *par i passu* da configuração do poder judicial e das instituições que o integravam e sempre na dependência das transformações do poder político no país.

Não pode deixar de se fazer notar o paralelismo da institucionalização do papel do Ministério Público em Portugal com o que se passou em outros países da Europa Continental (já que a Grã Bretanha fez um caminho diverso), coincidindo com as mesmas tendências de centralização da administração de justiça.

É apenas com o advir do século XIX e as profundas transformações políticas dessa época, marcada pelas invasões francesas, pela fuga da família real para o Brasil e a instituição do regime liberal após a fratricida guerra civil, que o Ministério Público surge claramente delineado, através do Decreto nº 24 de 16 de Maio de 1832, assinado por D. Pedro, em nome de D. Maria II.

Esta lei, impulsionada por Mouzinho da Silveira, Ministro da Justiça, procedeu a uma reforma judiciária que criou o Supremo Tribunal de Justiça, e junto dele o cargo de procurador-geral da Coroa. Ao mesmo tempo, surgem cargos de procurador régio junto de cada tribunal de 2.ª instância. Nos tribunais de 1.ª instância previa-se o delegado de procurador régio (que faria aí carreira para juiz de direito) e cada julgado teria um subdelegado de procurador régio. Nova intervenção legislativa, de Maio desse mesmo ano (decreto nº 27) vem regular a função de procurador-geral da Coroa junto da Casa da Suplicação. Os principais traços definidores das funções dos procuradores, incluindo aqui os procuradores régios e o procurador geral, são a hierarquização e também a inclusão entre as suas funções da de consulta em benefício do governo, mas também dos órgãos legislativos.

Resulta claro, já desde este momento um conjunto de características que prevalecerão no Ministério Público português, desde a hierarquização total da estrutura (de subdelegados até procurador geral), à existência de

funções consultivas e ao ingresso na carreira de juiz por via do exercício da função de delegado do procurador.

As reformas sucessivas do século XIX (Decreto de 15 de Dezembro de 1835, Novíssima Reforma Judiciária – Decreto de 21 de Maio de 1841) levam à consagração do princípio de unidade, determinando a exigência de os procuradores régios se reunirem mensalmente, podendo convocar os delegados do distrito para fixar a posição do Ministério Público em certas matérias controversas, bem como estabelecem claramente os poderes directivos do Procurador geral e a responsabilização dos magistrados. Por outro lado, são também estabilizadas as principais competências do Ministério Público: promoção da legalidade, defesa da independência dos tribunais, exercício da acção penal, fiscalização dos funcionários da justiça e exercício de funções consultivas.

O início do século ficou marcado por uma iniciativa legislativa (Decreto de 24 de Outubro de 1901) preocupada com a dignificação das funções, consagrando taxativamente os casos de demissão e suspensão e as garantias relativas à defesa nesses casos, bem como com a exigência de uma preparação adequada dos agentes do Ministério Público, determinando que os cargos de Procurador régio, ajudante do procurador geral fossem preenchidos obrigatoriamente por magistrados judiciais ou do Ministério Público. Outras matérias então reguladas diziam respeito à classificação dos magistrados e ao regime disciplinar a que ficavam submetidos.

A República virá apenas a adaptar a nomenclatura ao novo regime político do país, passando a Procuradoria Geral da Coroa e Fazenda a designar-se por Procuradoria Geral da República (nome que ainda hoje retém). Mas ter-se-ia de esperar pelos Estatutos Judiciários de 1927 (Decreto nº 13 809 de 22 de Junho) para que se realizassem revisões de vulto. A grande novidade consiste no facto de este instrumento normativo procurar condensar toda a regulamentação até aí dispersa sobre a organização judicial do território, o estatuto das magistraturas judicial e do Ministério Público, o exercício do mandato judicial, a organização da Ordem dos Advogados.

Apenas com o Decreto Lei 33 547 de 23 de Fevereiro de 1944 é que houve inovações maiores introduzidas ao nível do Ministério Público. Contudo, mesmo nessa altura manteve-se a indefinição na separação entre magistraturas judicial e do Ministério Público.

A revolução de 1974 e a reconfiguração do papel do Ministério Público em Portugal. A acção de Francisco Salgado Zenha

Entremos agora na análise do momento de transição de modelos do Ministério Público no século XX, em Portugal.²

Em 1962 o Decreto Lei 44 278 de 14 de Abril amplia as atribuições consultivas do Ministério Público mas mantém a sua estrutura hierarquizada na dependência do Ministro da Justiça. Em tempo de regime autoritário, esta vincada pirâmide hierárquica é o veículo instrumental para garantir a subordinação funcional e política do Ministério Público.

Embora a nível disciplinar os agentes do Ministério Público estivessem submetidos ao Conselho Superior do Ministério Público, mitigando assim a possibilidade de exercício de represálias, a verdade é que a nomeação para os cargos superiores do Ministério Público estava associada a uma subordinação expressa ao regime político.

Por outro lado, a menorização do Ministério Público acabava reforçada pelo facto de, ao nível da primeira instância, se manter o ingresso nas funções de agente do Ministério Público como uma via de acesso à magistratura judicial.

Os anos 70 são, desde o seu início, o prenúncio daquilo que olhando retrospectivamente, e parafraseando Gabriel Garcia Marquez, seria uma revolução anunciada. O clima de contestação existente em vários sectores da sociedade civil portuguesa teve expressão, no domínio da Justiça, em vários artigos de opinião, em conferências e também através de um projecto de Sá Carneiro para reformar a Justiça, extinguindo os Tribunais Plenários e garantindo a independência e auto-governo das magistraturas.

Com a Revolução de 25 de Abril de 1974 iniciou-se a mudança de regime político, através da implementação do programa definido pelo Movimento das Forças Armadas (MFA). Na área da Justiça as propostas apresentadas

² Estas transformações, que neste ponto resumimos, são objecto de extensa bibliografia, que manejamos para dela poder retirar uma síntese conclusiva. Não sendo possível indicar aqui todos os trabalhos que versam sobre este tópico, ficam aqui algumas das referências mais relevantes: CUNHA RODRIGUES, *Para uma reformulação do Ministério Público*, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, S/N, S/D; CUNHA RODRIGUES, *Em nome do povo*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999; AA.VV. *A revisão constitucional, o processo penal e os tribunais*, Lisboa: Livros Horizonte, 1981; Ministério Público: instrumento do executivo ou órgão do poder judicial? Número especial da Revista do Ministério Público, nº 6, 1995

foram inspiradas pelos princípios defendidos pelo Congresso da Oposição Democrática de 1973 e pelas posições defendidas pela ala mais liberal do governo nos últimos anos do Estado Novo.

Nesses primeiros momentos pós-revolução, em que existia uma grande tensão na sociedade civil portuguesa, com posições políticas muito extremadas, a realização de saneamentos, a ocupação de terras e empresas por trabalhadores e uma grande indefinição quanto às reais possibilidades de sucesso da empresa democrática, uma figura que assumirá um papel importante na área da Justiça é Francisco Salgado Zenha, um advogado e político socialista, que assumiu a pasta da Justiça nos primeiros governos pós-revolução.

Com efeito, deve-se a Francisco Salgado Zenha a iniciativa de criar um conjunto de comissões de reforma judiciária, envolvendo diversas personalidades, incluindo os próprios magistrados, que ajudaram a lançar um amplo debate sobre o futuro do sistema judicial português e a sua nova configuração dentro do inaugurado regime democrático. Isso mostrou-se instrumental para permitir inventariar problemas e apontar os novos caminhos.

Caberia também a Francisco Salgado Zenha implementar as primeiras medidas destinadas a retirar o poder judicial da esfera de influência do poder executivo, com a alteração da composição do Conselho Superior Judiciário e a extinção dos Tribunais Plenários. Deve-se também a ele a abertura das magistraturas às mulheres, em consonância com os seus esforços para eliminar as afrontosas normas jurídicas que conferiam às mulheres um estatuto de menoridade e subordinação na sociedade portuguesa.

Documentos mantidos no Arquivo Salgado Zenha (que é mantido na Escola de Direito da Universidade do Minho) mostram a sua visão democrática sobre a Justiça, nos primeiros momentos pós-revolução. Falando sobre o plano de acção do Ministério da Justiça, o então Ministro explica o desejo de conceder a mais ampla publicidade a esse plano, fazendo-o publicar não só em revistas jurídicas, mas em diversos meios de comunicação social, de modo a que “todos sem excepção possam discuti-lo e criticá-lo”. Admitindo embora o carácter técnico do documento, Salgado Zenha expressa o desejo de que “o sentimento profundo de justiça” do povo lhe permita contribuir para encontrar as melhores soluções.³

³ Salgado Zenha- MDJ – 572 (81) 9

Entre as acções que enumera imediatamente adoptadas logo após a tomada de posse do 1º Governo Provisório, por serem prioritárias, encontram-se “a dignificação e reforma da magistratura judicial”, através da eleição da quase totalidade dos membros do Conselho Superior Judiciário, bem como através da criação de Comissões de Reforma Judiciária, compostas por juízes, magistrados do Ministério Público, funcionários judiciais eleitos pelos corpos a que pertenciam, bem como representantes da Ordem dos Advogados e da Câmara dos Solicitadores. Estas Comissões, cobriam todos os distritos judiciais e a sua missão era definida assim:

“elaboração e sistematização das críticas ao regime vigente, bem como sugerir as reformas que se julgarem mais adequadas à democratização e eficácia da Justiça, em todos os seus aspectos.”

Entre as várias soluções que o Ministro já preconizava salienta-se a separação das magistraturas judicial e do Ministério Público, a criação de uma “Escola Nacional da Magistratura” e de uma “Escola de formação policial”. Com efeito, o Ministro também refere expressamente o contributo recebido a partir de uma conferência organizada pelos delegados do Procurador da República, mostrando toda a abertura a incorporar as mais diversas sugestões provenientes dos vários sectores profissionais e sociais.

Existe no pensamento de Francisco Salgado Zenha, em vários manuscritos seus, a nosso juízo, um profundo sentimento democrático e de respeito pelas liberdades. Veja-se só um exemplo, num texto que escreve em resposta a críticas, que lhe foram dirigidas, publicadas na imprensa:

“O programa do Movimento das Forças Armadas é um compromisso político revolucionário que obriga todas as forças que o apoiam. E esse programa, verdadeira carta constitucional do povo português, consagra como forma da vida política portuguesa uma democracia política, económica e social.

Se se considera que as liberdades democráticas são “burguesas” e que por isso podem ser suprimidas quando isso mais aprouver ao sector A ou B, não só se renegará toda a luta unitária contra o fascismo como se estará a violar o programa revolu-

cionário do 25 de Abril. As liberdades democráticas não são burguesas. E tanto o não são que a burguesia fascista as suprimiu em Portugal durante 50 anos.”

No momento de ruptura social que sempre existe nos processos revolucionários, existe uma grande tentação para o revanchismo e para a “caça às bruxas”. Francisco Salgado Zenha foi alvo de pressões públicas para realizar saneamentos no Ministério da Justiça, dos quais se defendeu, em comunicados publicados em diversos órgãos de informação do país. Citemos apenas um, enviado ao então director Marcelo Rebelo de Sousa, hoje Presidente da República, na sua qualidade de director do jornal Expresso, em 10 de Janeiro de 1975, onde explica a necessidade do Ministério de Justiça de obedecer à Lei que não permitia sanear juízes em efectividade de funções judiciárias.

No seguimento da reflexão promovida pelas comissões de reforma judiciária, vários partidos políticos apresentaram propostas, umas mais realistas do que as outras. Contudo, ter-se-ia que aguardar por 1978 para que surgisse uma lei orgânica do Ministério da Justiça, adaptada ao regime democrático e à nova Constituição de 1976. Até lá, a capacidade de interferência do poder executivo viu-se muito diminuída com as Revisões Sucessivas da Lei orgânica dos Tribunais Judiciais, do Estatuto do Ministério Público e do Estatuto dos magistrados judiciais.

No caso que mais nos importa, do Ministério Público, tal resulta da eliminação dos poderes interventivos e directivos do Ministro da Justiça (que ficou apenas limitado às acções cíveis em que o Estado era parte, sendo representado pelo MP)

O desenho do Ministério Público na democracia portuguesa. A Constituição e a questão do estatuto.

A Constituição da República Portuguesa de 1976 consagra expressamente os tribunais como órgão de soberania (artº 113 CRP – 110 CRP revisão de 97), vincando a independência do sistema judicial como um dos princípios básicos da nossa democracia.

A disciplina do Ministério Público ganha maior espaço na nova Constituição, que lhe reserva um capítulo do título relativo aos Tribunais. (Cap. IV do Título VI referente aos Tribunais: art. 224, 225 e 226.

A anterior Constituição aludia ao Ministério Público em termos que o reconduziam a representante do Estado junto dos Tribunais. O novo modelo constitucional consigna as suas funções, a hierarquização e a garantia de inamovibilidade, além de dedicar atenção particular à regulação da figura do Procurador Geral da República.

Todavia, a opção do legislador constituinte foi a de deixar para o poder legislativo ordinário a regulação das matérias relativas às competências e estrutura organizativa do Ministério Público.

Com efeito, dado o carácter aberto da norma constitucional sobre a organização do Ministério Público (a qual remete apenas para a existência de um Estatuto próprio) pode-se dizer que do texto constitucional a única exigência expressa que resulta é a de que as duas magistraturas sejam separadas.

Após debate intenso na Assembleia Constituinte, cujos argumentos aqui vamos brevemente revisitar, através dos diários da Assembleia Constituinte⁴, foi dada forma a uma nova concepção do Ministério Público.

Acreditamos que o debate no seio da Assembleia Constituinte e as divergências aí manifestadas em torno especialmente da autonomia do Ministério Público são reveladoras dos distintos modos de entender as exigências que a implementação da democracia em Portugal traria ao sector da Justiça.

As divergências manifestaram-se no seio da 6.^a Comissão da Assembleia Constituinte, a relativa aos Tribunais, a qual deveria aprovar uma proposta de redacção das normas constitucionais nesta matéria, a serem depois apreciadas e votadas na generalidade. Ora sucede que dos trabalhos desta Comissão saiu um conjunto de normas organizadas no Capítulo III do Livro dos Tribunais, dedicada à regulação constitucional do Ministério Público.

Entre as normas aí constantes figurava a seguinte:

⁴ Seguimos aqui as transcrições que podem ser lidas na obra SIMAS SANTOS e PINTO NOGUEIRA, *Lei orgânica do Ministério Público anotada*, Porto : Porto Editora, 1979

“Artº 19
(Autonomia do Ministério Público)
O Ministério Público é um órgão autónomo, que funciona
junto dos tribunais.”

Na discussão na especialidade destas propostas, o Grupo Parlamentar do Partido Socialista apresenta uma proposta de substituição desta norma por outra com a seguinte redacção:

“Artº 19
(Autonomia do Ministério Público)
O Ministério Público goza de estatuto próprio.”

A leitura dos Diários da Assembleia Constituinte revela-nos que existiu uma divisão no seio do próprio Partido Socialista sobre a questão da autonomia do Ministério Público. As posições mais moderadas, assumidas pelo deputado Sousa Pereira limitam-se a justificar a proposta de substituição com a necessidade de deixar a maior liberdade possível, na configuração do papel do Ministério Público dentro da organização judiciária do país à Assembleia de Deputados, incumbida de vir a aprovar o futuro estatuto do Ministério Público. Contudo, outros deputados, como é o caso de José Luís Nunes, manifestaram grandes reservas face à concepção de autonomia do Ministério Público, apelidando essa ideia de “perigosa”⁵ fazendo a súmula da sua visão a este respeito na seguinte frase:

“o Ministério Público, pela sua própria natureza, não é um órgão autónomo, mas sim uma magistratura hierarquizada, que representa o Estado junto dos tribunais.”⁶

A defesa da ideia da autonomia do Ministério Público foi feita, nessa discussão, pela voz de Barbosa de Melo, então deputado do Partido Popular Democrático. Este deputado explica, com clareza, que a posição do seu

⁵ Lei orgânica do Ministério Público, op. Cit., p. 41.

⁶ Op. cit., p. 42

partido é a de que o princípio de autonomia, consagrado na proposta da 6ª Comissão em discussão, deveria ser interpretado com o sentido de reconhecer ao corpo de agentes do Ministério Público uma independência perante os poderes políticos. Na sua opinião, a perseguição de crimes ou a luta contra a criminalidade em geral não deve depender necessariamente de opções políticas concretas do governo, mas antes resultar da legalidade e da consciência do corpo de magistrados do Ministério Público.

Na réplica a esta posição, José Luís Nunes, deputado do partido socialista, vai mais longe e afirma mesmo que o

“Ministério Público tem que funcionar subordinado ao poder político. [...] Nós não podemos cair na concepção corporativa de uma magistratura do Ministério Público ou de uma magistratura judicial que constituísse como que uma classe autónoma ou uma casta com o poder de deliberação própria independentemente de ser controlada por um executivo ou por um Governo eleito.”⁷

Submetidas as propostas a votação, prevaleceu a redacção sugerida pelo Partido Socialista, que remetia para a Assembleia dos Deputados a definição do estatuto do Ministério Público, com o que o desenho do modelo do Ministério – autonomia vs. subordinação ao executivo – ficou adiado.

Há que salientar que, entretanto, a actividade sindical dos agentes do Ministério Público foi uma força importante na defesa do controverso princípio da autonomia. Com efeito, logo após o 25 de Abril de 1974, em Fevereiro de 1975 é constituído o que viria a ser o embrião do actual Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. Falo do Sindicato dos Delegados de Procurador da República. Este movimento sindical viria a ter um papel determinante em muitas das reformas do sector da Justiça, desde a abertura das magistraturas às mulheres até à formação do Centro de Estudos Judiciários, à aprovação da Constituição, Lei orgânica do Ministério da Justiça, entre outros.

Após a aprovação da nova Constituição, houve que proceder a alterações legislativas imediatas, para acomodar a nova arquitectura constitucional,

⁷ Op. cit. P. 44

o que veio a suceder através do DL 917/76 de 31 de Dezembro. As principais alterações consistiram na renovação do Conselho Superior do Ministério Público, na criação do cargo de Vice-Procurador Geral da República e no lançamento do serviço de inspecções.

Foi aprovada em 1978 a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 39/78 de 5 de Julho). O desenho concreto das soluções aí consagradas é habitualmente, na doutrina, atribuído à intervenção de Almeida Santos e de Cunha Rodrigues (era Ministro da Justiça Santos Pais), existindo sintonias com a organização hierárquica do Ministério Público francesa, bem como com o conceito de autonomia de influência italiana.

É esta a lei que podemos dizer que consagra o novo modelo de Ministério Público ajustado ao regime político de Estado de Direito Democrático em Portugal.

Daquele modelo resulta que o Ministério Público é autónomo, no sentido de que não cabe ao governo dirigir-lhe ordens ou instruções, bem como não existe dependência hierárquica do governo.

O Ministério Público é também autónomo face à magistratura judicial.

As duas magistraturas são separadas, com a preocupação de manter grande paralelismo entre ambas, ainda que existam algumas diferenças: os magistrados judiciais são independentes e irresponsáveis, enquanto os agentes do Ministério Público são responsáveis e submetidos a um princípio hierárquico. Ambos gozam de garantia de inamovibilidade.

As soluções encontradas na Lei Orgânica de 1978 não foram consensuais⁸. Entre os aspectos mais controversos está o artigo 75 que permite ao Ministro da Justiça dar instruções ao Procurador Geral da República, o qual é nomeado pelo Presidente da República sob proposta do Governo. Trata-se, no entanto, de instruções genéricas e não de instruções dirigidas a casos concretos (estas só podem existir para causas cíveis). O Ministro da Justiça, ao abrigo do mesmo preceito, pode ainda tomar a iniciativa de acção disciplinar em relação a agentes do Ministério Público e ainda requisitar de todos e qualquer um deles relatórios e informações de serviço.

Outra disposição particularmente controversa constará do artigo 71 do mesmo diploma, que vincula os magistrados de grau inferior a obedecer a ordens e instruções dos seus superiores hierárquicos. Os críticos deste preceito

⁸ Cfr. CLUNY, *Pensar o Ministério Público*, pp. 38 e ss

viam nele a possibilidade de gerar abuso de autoridade, uma vez que a lei não especificava formas de controlo, nem critérios explícitos para o exercício deste poder de direcção.

Em suma, nos anos de 1974 a 1984 vão concentrar-se um conjunto de iniciativas legislativas que visam consolidar a democratização do poder judicial. Os anos de 1976 a 1980 vão levar à aprovação dos seguintes diplomas:

- Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais;
- Estatuto dos Magistrados Judiciais;
- Lei Orgânica do Ministério da Justiça;
- Lei Orgânica do Centro de Estudos Judiciários.

Todo este período ficou marcado pelo desejo de estabelecer uma ruptura com a realidade política do Estado Novo. Voltamos a insistir que a determinação de alguns dos actores políticos da época, de que citei Salgado Zenha, permitiram que existisse uma continuidade e manutenção em funções da maioria dos magistrados. Desta forma a maioria do esforço colocado nesta transformação, não veio pela via dos recursos humanos, ou mesmo materiais, mas sim por meio do foco na renovação dos estatutos jurídicos.

É de mencionar, ainda, que o VI governo Constitucional, sob a direcção do Primeiro Ministro Mota Pinto, ensaiou uma tentativa de voltar ao modelo de controlo do Ministério Público pelo poder executivo. Contudo, esta iniciativa viria a encontrar forte oposição no Presidente da República de então, Ramalho Eanes e também por parte do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público.

Notas finais

Quais são então, os grandes traços identificadores do novo Ministério Público moldado à luz do novo regime político democrático saído da Revolução de Abril de 74? Os seus três pilares essenciais parecem ser a autonomia face ao poder executivo, ao poder legislativo e à magistratura judicial; a hierarquização estrutural e funcional; e a responsabilização dos agentes do Ministério Público.

No confronto com as realidades paralelas dos Ministérios Públicos dos países do sul da Europa, com quem Portugal guarda maiores afinidades culturais e idiossincráticas, nota-se como traços mais distintivos e originais a autonomia, precisamente, mas também o estabelecimento de direitos e deveres equivalentes aos reconhecidos aos magistrados judiciais e, por último, o desenho do órgão de controlo e fiscalização próprio que é o Conselho Superior do Ministério Público.

Por último, na definição das competências do Ministério Público (artº 3 da Lei Orgânica de 1978), o legislador português foi bastante generoso reservando-lhe um amplo leque de atribuições:

- A direcção da investigação criminal;
- O exercício da acção penal;
- A promoção e coordenação de acções de prevenção criminal;
- Controlo da constitucionalidade das leis e regulamentos;
- Fiscalização da polícia judiciária;
- Defesa dos interesses do Estado;
- Exercer funções consultivas;
- Fiscalizar os funcionários de justiça;
- Fiscalização da constitucionalidade das leis e regulamentos.

De tudo o que expusemos até aqui resulta clara a relevância que o ambiente político de cada época possui para a configuração do papel do Ministério Público, bem como a importância instrumental que assume para o projecto de sociedade que se quer abraçar.

Se é certo que muitas podem ser as opções (e as soluções adoptadas em cada país variam), mais se justifica que a discussão sobre que Ministério Público queremos ter se faça longe da espuma dos dias e com a seriedade, ponderação e abertura de espírito de que, em momentos de grande tensão, Salgado Zenha nos deu o exemplo.

Nem de propósito, as últimas semanas do mês de Julho de 2023, em que escrevemos estas linhas, trouxeram para o centro do debate público, mais uma vez, o papel do Ministério Público. Não pode, pois, deixar-se de considerar que seria oportuno que muitos dos que discutem na praça pública o tema, revisitassem a história desta magistratura e dela bebessem algumas lições.

RELAÇÃO ENTRE CRIMINOLOGIA E JUSTIÇA PENAL NAS CIÊNCIAS CRIMINAIS

Mário Ferreira Monte¹
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.9>

1. Razão da escolha do tema

1.1. A razão próxima e atual

Sobre este tema já não é a primeira vez que temos a oportunidade de escrever. Pelo menos por duas vezes já o fizemos, e delas daremos conta nas referências bibliográficas que deixaremos. Mas, então, por que razão uma vez mais voltar ao tema?

Não raras vezes, o tema é discutido e pode dizer-se que sobre ele não há unanimidade. Mais do que isso, este texto comemora os 30 anos da Escola de Direito da Universidade do Minho, por ocasião do centésimo aniversário de Salgado Zenha². Sucede que a Escola de Direito há muito que tem trilhado um caminho que, não sendo exclusivo, bem podemos dizer que a caracteriza. Tem uma Licenciatura em Direito, mas desde cedo com uma unidade curricular de criminologia, todos os anos muito concorrida, apesar de ser opcional.

¹ Professor catedrático. Membro do JusGov, da Escola de Direito da Universidade do Minho, no qual é o coordenador do JusCrim (Grupo de Justiça Penal).

² Francisco Salgado Zenha ofereceu o seu espólio bibliográfico à Escola de Direito da Universidade do Minho. Por isso, nela está a Biblioteca com o nome do causídico e político, o que casa bem com os princípios humanistas que têm guiado o ensino e a investigação nesta Escola de Direito, precisamente naquela que foi a sua terra natal.

Tem uma Licenciatura em Criminologia e Justiça Penal. Tem um Mestrado em Ciências Criminais (Justiça Penal e Criminologia). No âmbito da investigação, no seio do Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov), tem o Grupo de Justiça Criminal e Criminologia (JusCrim).

Destas palavras iniciais resultam já duas notas muito importantes: nesta Escola o ensino e a investigação em criminologia e justiça penal tem sido uma opção muito claramente assumida; a relação que se pretende aprofundar, seja na vertente pedagógica, seja na científica, é entre justiça penal – e não apenas direito penal – e criminologia.

Por isso, julgamos que vale a pena explorar um pouco sobre os fundamentos de tais opções, quando se comemora 30 anos de um projeto de ensino e investigação científica, que podemos dizer bem-sucedido. Mais do que isso, no entanto, importa aprofundar sobre como é e como deve ser vista esta relação, o que o mesmo é questionar a autonomia da criminologia face ao direito penal – só daqui se parte para a justiça penal –, mas também a sua relação de mútua complementaridade.

1.2. Porquê justiça penal e não direito penal?

Importa analisar, não só a dimensão normativa e teórica que o direito penal convoca, mas as implicações judiciais e práticas que a sua aplicação pressupõe. Por isso, ao preferir encimar este texto com a justiça penal, naturalmente que temos presente o direito penal, enquanto conjunto de normas jurídicas que definem os factos típicos e ilícitos e respetivas consequências jurídicas, mas não apenas enquanto *law in books*, senão também como *law in action*, que se realiza quando se aplica a casos concretos. Portanto, a dimensão prática, traduzida na aplicação de normas a casos concretos, envolve a consideração do direito penal como parte da justiça penal. Norma e caso, sistema e problema como que se encontram numa realização integral que parte das prescrições normativas em ordem a uma concretização prática. Como muito bem explicou Figueiredo Dias³, «o jurista-penalista desce da sua mansarda até à sala nobre do solar: ele não mais é considerado simplesmente

³ FIGUEIREDO DIAS, *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 24.

um fazedor de silogismos, que se limita a deduzir do texto da lei as soluções dos concretos problemas jurídicos da vida, antes alguém sobre quem recai a enorme responsabilidade de se dar à aventura de procurar e encontrar a solução *mais justa* para cada um daqueles problemas». Tudo isto faz sentido se considerarmos o estudo do direito penal como parte do sistema global de justiça penal⁴. Mas sistema num sentido dinâmico, como foi explicado por Castanheira Neves⁵: o sistema jurídico não é mais «um *dado* (pressuposto) e sim uma *tarifa* (objectivo), já que há de assimilar uma sempre nova experiência problemática e assumir numa totalização congruente as novas intenções normativas de que, através dessa experiência, o direito se vai enriquecendo».

1.3. Porquê a relação entre justiça penal e criminologia no âmbito das ciências criminais?

Há duas razões fundamentais para relacionar a justiça penal com a criminologia: por um lado, esta, a par com a dogmática do direito penal e a política criminal, fazem parte da chamada ciência conjunta do direito penal, pelo que a abordagem de uma não pode deixar de convocar as outras ciências; por outro lado, porque se considerarmos que a justiça penal leva tanto as implicações dogmáticas do direito constituído como as orientações de política criminal, do que se trata é de saber como a criminologia pode contribuir para uma sua melhor realização. Logo, parece inevitável a consideração da criminologia quando pretendemos aferir o modo como se deve realizar a justiça penal.

Ora, como já vimos, há uma certa tendência para, na Escola de Direito da Universidade do Minho, tanto do ponto de vista científico quanto pedagógico, sistematizar a investigação e o ensino através desta visão interdisciplinar, convocando, do lado do direito penal, não só o estudo das normas, mas também dos casos e, do lado da criminologia, a diversidade de saberes que

⁴ Não vamos aqui aprofundar o conceito. Mas podemos remeter para M. FERREIRA MONTE, «Sistema global de justiça penal: longe do improviso casuístico, perto do problema e da norma», in Maria Elizabeth Rocha/Débora Veneral/Alexandre Pagliarini (Org.s), *Filosofias das Abordagens Jurisdicionais no Direito Constitucional e Internacional*, Curitiba: Editora Intersaberes e Madrid: Editora Marcial Pons, 2023, p. 57 e ss., onde fazemos uma abordagem mais profunda desta ideia.

⁵ CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp. 158-159.

permitem conhecer os factos enquanto fenómenos humano-sociais e os efeitos das normas e da atuação das instâncias de controlo nesses factos.

Eis que, recuperando ideias já publicadas e trazendo outras que certos desafios têm vindo a convocar, não podemos deixar de voltar a este tema, nesta efeméride comemorativa.

2. Ciência conjunta do direito penal⁶

A “ciência conjunta (total ou global) do direito penal” (*gesamte Strafrechtswissenschaft*), como Franz von Liszt a enunciou⁷, assenta em três ciências distintas, mas complementares: a criminologia, a política criminal e a dogmática penal. Mais recentemente, começou a ganhar relevo, na área da criminologia, a vitimologia.

Por que razão surgiu esta proposta? Franz von Liszt preocupou-se essencialmente com o facto de que a legislação e a ciência não se abandonassem à casuística, sob pena de a administração da justiça se tornar insegura e incoerente, salientando a necessidade de um conhecimento sistemático⁸, traduzido, tanto quanto é possível perceber, numa dogmática perfeitamente definida. Só que, para isso, a dogmática não estaria só. Antes, von Liszt concebeu um modelo tripartido que, ademais da dogmática, convocava as outras duas ciências. O Autor propôs que estas três ciências se relacionassem, atribuindo a cada uma um claro campo de atuação: a criminologia seria a «ciência das causas do crime e da criminalidade»⁹; a política criminal consistiria no «conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das

⁶ Este ponto é, com alguns matizes, a reprodução do ponto 4 do nosso artigo «Sistema global de justiça penal...», pp. 67 e ss. Entendemos que é aqui indispensável para a compreensão dos pontos seguintes que, como o leitor verá, têm, contudo, objetivos diferentes daqueles que estão pressupostos naquele artigo. O assunto já havia sido afluado por nós em M. FERREIRA MONTE, «Da realização integral do direito penal», in Costa Andrade *et. al.*, (Orgs.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 739 e ss. Mas a sua importância impõe que a ele se regresse no contexto do trigésimo aniversário da Escola de Direito da Universidade do Minho.

⁷ LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, Berlim: Guttentag, 1905, p. 293.

⁸ Figueiredo DIAS, *Questões Fundamentais*, p. 24

⁹ Assim se refere Figueiredo DIAS, *Questões Fundamentais*, p. 24, tendo como modelo o proposto por LISZT. *IDEM*, *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I: *As Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra: Gestlegal, 2019, p. 20.

causas do crime e dos efeitos da pena, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com esta relacionados»¹⁰; e a dogmática jurídico-penal seria o «conjunto de princípios que subjazem ao ordenamento jurídico-penal e devem ser explicados dogmática e sistematicamente»¹¹.

A proposta de Liszt foi inovadora porque constituiu a primeira tentativa de alcançar a interdisciplinaridade nas ciências criminais. Só que, mais do isso, o Autor dispôs-se a lançar a primeira pedra de uma ciência conjunta, englobante, complexiva. Uma ciência capaz de enlaçar os seus elementos constitutivos, não apenas numa união formal, mas cingindo-os materialmente, de tal modo que o todo supera a soma das partes. É certo que a interdisciplinaridade perseguida deve ser entendida *cum grano salis*, na medida em que, na conceção de Liszt, ela em rigor apenas se verificava entre a política criminal e a criminologia (por via da Escola Positiva italiana). A dogmática penal permanecia, não apenas autónoma, mas isolada em relação às restantes ciências criminais. Enquanto a política criminal e a criminologia representavam a dimensão causal-explicativa e teleológica do crime e da sanção, a dogmática penal tendia para uma dimensão compreensivo-axiológica do crime¹². Isto, no entanto, não surpreende. A posição de Liszt não deixa de ser filha do seu tempo, nomeadamente do Estado de Direito em sentido formal ou de mera legalidade (liberal) em que se inseria. Assim se compreende a afirmação lisztiana da dogmática penal como «barreira intransponível da política criminal»¹³.

Está clara qual terá sido a principal razão para a conceção deste modelo tripartido. Assim a explicam Figueiredo Dias e Costa Andrade, ao abordar a criação da ciência conjunta global (total, universal, integral ou conjunta) do direito penal: «por esta forma quis ele [Franz von Liszt] acentuar que a consideração solipista tradicional do direito penal e da sua ciência normativa – a chamada *dogmática* jurídico-penal ou ciência jurídico-penal em sentido

¹⁰ LISZT, *Strafrechtliche*, p. 292, e Figueiredo DIAS, *Questões Fundamentais*, 24; *IDEM*, *Direito Penal*, p. 20.

¹¹ Figueiredo DIAS, *Questões Fundamentais*, p. 24; *IDEM*, *Direito Penal*, p. 20.

¹² Neste sentido e a considerar a dogmática penal e a criminologia como «dos mundos diferentes, que incluso hablaban dos distintos idiomas», MUÑOZ CONDE, «La herancia de Franz von Liszt», in *Revista Penal México*, nº 2, 2011, p. 60.

¹³ Figueiredo DIAS, *Direito Penal*, p. 22.

estrito – era manifestamente impotente para lograr o controlo e domínio do inteiro problema do crime ou do fenómeno da criminalidade»¹⁴.

Ao fim de mais de um século, podemos dizer que o princípio é o mesmo, mas a dinâmica mudou o modo como as três ciências atuam e se relacionam. A criminologia começou por ser a ciência que se ocupava das causas do crime. Mais recentemente, também se ocupa dos efeitos das soluções penais e da atuação das instâncias formais de controlo na resposta ao crime. Compreender o fenómeno criminal nas suas múltiplas causas (bio-psico-sócio-económicas) é fundamental para qualquer resposta ao crime. Mas também os efeitos das penas e da ação das instâncias formais de controlo do crime vêm a ser relevantes e a constituir objeto da criminologia.

Tem vindo a ganhar expressão e uma certa autonomia a vitimologia que, entre outros contributos, trouxe a vítima para o centro do discurso jurídico-penal e veio também sublinhar a dimensão problemática que o sistema deve comportar no confronto com as necessidades da vítima.

Em traços assumidamente breves, a ponderação da vítima no âmbito do sistema de justiça penal atira-nos para três tópicos problemáticos a ter em conta. No primeiro está a *vítima do problema*, que será, não só a que sofre o crime, mas também os que a rodeiam e as vítimas potenciais. A todos o direito penal deve orientar-se. Se o não fizer, até para o agente do crime pode ter um efeito perverso: se o Estado trata mal a vítima do crime, que expectativas pode o agente ter na sua própria ressocialização se esta tiver de ser assegurada pelo aparelho estadual?¹⁵ No segundo, temos o *problema da vítima*: ter sofrido os danos de um crime e de não poder participar ativamente na sua resolução. E seria lamentável acreditar que isso possa resolver-se com uma indemnização civil. Na terceira dimensão está a *vítima como problema*, melhor, a vítima começou a ser um problema, ao ponto de se ter falado numa mudança de paradigma: do «auxílio ao autor (mal socializado)» para o da «proteção da vítima inocente da criminalidade»¹⁶. Na medida em que se impõe «não

¹⁴ Figueiredo DIAS/Costa ANDRADE, *Criminologia. O Homem Delinvente e a Sociedade Criminológica*, Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 93.

¹⁵ Questão que também emerge das preocupações manifestadas por Costa ANDRADE, *A Vítima e o Problema Criminal*, Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1980, p. 251 e s.

¹⁶ HASSEMER, «El derecho penal en los tempos de las modernas formas de criminalidade», Trad. de Alfredo Sánchez, in H. Albrecht et al. (Org.s), *Criminalidad, Evolución del Derecho Penal y Crítica al Derecho Penal en*

abandonar a vítima, nem converter a vitimização num *prémio*»¹⁷, aquela surge como um “problema”. Encontrar um equilíbrio é um desafio difícil. Podemos dizer que é por estes três tópicos que a vitimologia tenta resgatar a vítima para o direito penal. Não sem resistências, é certo, porque sempre se olha de soslaio quando se pretende funcionalizar o direito penal aos interesses da vítima. Mas, em todo o caso, como tarefa indispensável, quando vemos como a vítima tem sido destrutada pelo sistema de justiça penal.

A política criminal é a ciência que, arrancando dos resultados da criminologia, acaba por elaborar propostas e estratégias para a intervenção, ou não, da dogmática penal. A política criminal estabelece prioridades, como de resto sucede com a política em geral. Simplesmente, essas prioridades não são o resultado de um exercício exclusivamente político. Antes, têm em conta, por um lado, os contributos da criminologia – procurando objetividade e cientificidade nas proposições que faz – e, por outro, assumem também os princípios que regem o direito penal – nomeadamente os da intervenção penal mínima e da subsidiariedade – e os critérios de intervenção jurídico-penal – como os da dignidade, da necessidade e da eficácia penal.

Em Portugal, para além dos reflexos da política criminal nas normas jurídico-penais, podemos dizer que uma forma de manifestação (pretensamente) forte da política criminal está na chamada “Lei-Quadro da Política Criminal” – Lei nº 17/2006 de 23 de maio – e sucessivas leis sobre política criminal que são aprovadas a cada biénio, em concretização daquela Lei-Quadro. A última foi recentemente publicada e é a Lei nº 51/2023, de 28 de agosto. Naturalmente que não deixa de ser discutível a existência de leis sobre política criminal quando, na verdade, cada norma jurídico-penal do ordenamento existe em virtude de opções de política criminal devidamente ponderadas. Principalmente quando as leis de política criminal se apresentam lacunares. A título de exemplo, ao contrário do que se encontra previsto na Lei-Quadro, não foram publicadas as leis de política criminal referentes ao biénio 2011/2013 e 2013/2015. E manda o princípio da legalidade criminal – e outros princípios do processo penal, tais como o princípio da legalidade,

la Actualidad (Die Gegenwart der Kriminalität, der Strafrechtsentwicklung und Strafrechtskritik), Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009, p. 17.

¹⁷ Costa ANDRADE, *A Vítima*, p. 259.

da oficialidade e da acusação, entre outros – que, sempre que um fenómeno criminal deva ser objeto de atenção por parte dos órgãos encarregados de aplicar as leis, estes não se subtraíam a esse ónus. Como está no artigo 3º da Lei-Quadro, as leis sobre política criminal não devem «prejudicar o princípio da legalidade, a independência dos tribunais e a autonomia do Ministério Público», nem «conter diretivas ou ordens sobre processos determinados», nem «isentar de procedimento qualquer crime». Pelo que, do que se trata, em rigor, como se explica no artigo 1º daquela Lei-Quadro, é de definir «objectivos, prioridades e orientações em matéria de prevenção da criminalidade, investigação criminal, acção penal e execução de penas e medidas de segurança», para cada biénio. Em suma: de racionalizar os meios, tendo em conta os objetivos, prioridades e orientações que são atualizados a cada dois anos¹⁸. Mas sem comprometer o princípio da legalidade criminal¹⁹ e o princípio da legalidade no processo penal.

E, por fim, a dogmática jurídico-penal, partindo das propostas político-criminais, sistematiza, positivando, as soluções mais adequadas. Donde a dogmática não deve ser o resultado do improvisado, do espontâneo, do imediato, do fugaz. Pelo contrário, deve atender aos resultados da criminologia e às proposições e estratégias da política criminal.

Fenómenos como o do populismo penal são opostos à lógica da ciência conjunta do direito penal. Suponhamos que num determinado momento sucede um facto, com grande repercussão pública. Sabemos que, vivendo numa sociedade de informação, o mais certo é esse facto e os seus efeitos serem amplificados perante a comunidade (nem só por parte de uma certa imprensa mais seduzida pelo sensacionalismo criminal, mas também pelo efeito das redes sociais). E também sabemos que não é raro, em ocasiões como essas, alguns protagonistas políticos não resistirem à tentação de lançar mão do aparato penal para imediatamente anunciarem novas medidas penais em jeito de resposta ao fenómeno e aos “anseios” da turba. Ora, isso

¹⁸ Para se ter uma ideia de como isto deve ser feito, há que analisar cada Lei sobre política criminal. *Brevitatis causa*, não o podemos fazer aqui relativamente a todas as leis que entretanto foram sendo aprovadas. Mas para se ter uma ideia, é suficiente espreitar a última que é a Lei nº 55/2020 de 27 de agosto, acessível no Diário da República electrónico, em <https://dre.pt/home/-/dre/141259621/details/maximized>.

¹⁹ Uma das suas implicações é a de que a um facto cometido e previsto na lei deve corresponder um processo penal e, se for o caso, o respetivo julgamento e eventual condenação. Isso decorre das normas do direito penal e do processo penal, independentemente do que as leis de política criminal determinarem.

nem sempre é avisado. Porque não respeita os resultados da criminologia e da política criminal, podendo desaguar em leis populistas, muitas vezes simbólicas, inadequadas para lidar com o fenómeno criminal, indiferentes a todo um paradigma devidamente estudado e alicerçado, que mais danos do que benefícios trazem à convivência comunitária. Não é de hoje, por outro lado, que as questões criminais são motivo de discussão eleitoral e de haver nesses debates quem apresente soluções sedutoras à procura de um certo resultado favorável. Isso não seria um problema, não fosse o modo oportunista e imponderado com que não raras vezes sucede. Por isso, o populismo penal é impróprio de um Estado de Direito democrático, porque desde logo não atende ao rigor científico que subjaz à ciência conjunta do direito penal.

A dogmática é indispensável porque a sistematicidade que lhe é inerente garante segurança jurídica resistente a intervenções ideológicas²⁰, muitas vezes de cariz populista. Essa segurança jurídica, que em grande parte se projeta na teoria geral do crime, é fundamental porque, como explica Jescheck, os seus elementos possibilitam «uma jurisprudência racional, objetiva e igualitária, de modo que contribuem de forma essencial para garantir a *segurança jurídica*» e permitem «uma *aplicação mais proporcionada e justa* do direito penal às diversas situações criminosas»²¹.

Só que a dogmática não pode ser indiferente às necessidades do caso concreto. Se a predominância da dogmática e quase alheamento face às outras ciências era aceitável no quadro do Estado de Direito formal, de vertente liberal e individualista, onde se projetou a proposta de Franz von Liszt, no Estado de Direito material contemporâneo isso é quase impossível. Não basta aplicar a norma ao caso. É necessário encontrar a solução mais justa e não apenas legal. A solução mais justa acaba por supor «a “penetração axiológica” do problema jurídico-penal, a qual, no âmbito da dogmática, tem de ser feita por apelo ou com referência teleológica a finalidades valorativas e ordenadoras de natureza político-criminal, numa palavra, a *valorações político-criminais co-naturais ao sistema*»²².

²⁰ Cf. M. FERREIRA MONTE, «Da realização integral...», pp. 743 e ss.

²¹ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. I. Parte General* (Trad. de Mir Puig/Muñoz Conde), Barcelona, 1981, p. 264.

²² Figueiredo DIAS, *Direito Penal*, p. 28.

Isto obrigou a uma *reformulação* do papel das ciências: agora, metodologicamente, o problema adquire relevância, penetrando e, até, sobrepondo-se ao sistema. À dimensão de sistematicidade, junta-se e até sobrevém uma dimensão de problematicidade: visa-se a decisão mais justa para cada caso. Claro que a solução deve ser encontrada no seio do sistema. Mas o sistema passa a contar com as valorações político-criminais e da criminologia como antes não tinha sucedido.

Naturalmente que se pretende, entre as três ciências, uma «relação dialéctica capaz de conduzir, no fim, a uma *unidade axiológico-funcional*»²³. Sem mais delongas, em que consistiria essa unidade? Como explicou Figueiredo Dias, consistiria na construção de um sistema teleológico-funcional e racional da dogmática jurídico-penal, através do estabelecimento das *finalidades político-criminais primárias do sistema*, de tal modo que «o caso concreto tem de ser projectado no contexto do sistema funcional-teleológico e racional do direito penal, aí tratado e – a ao menos de forma provisória – aí resolvido»²⁴, mas que, por outro lado, não impede que, no caso de a solução se revelar «injusta ou disfuncional à luz da própria teleologia político-criminal imanente ao sistema», então «a “justiça do caso” deve sobrepor-se a considerações puramente sistemáticas» e levar «ao reexame ou reajustamento do significado meramente operacional e coadjuvante dos conceitos para a aplicação do direito»²⁵. Isto significa que a dogmática deixa de ter um lugar de proeminência no seio da ciência conjunta do direito penal (como tinha na proposta de Liszt), cedendo esse lugar, em grande parte, à política criminal. Tal é claramente o sentido que tem vindo a ser seguido até hoje, sobretudo desde a década de 70 do século passado, devido a um profundo movimento reformista que aí conheceu o seu zénite, quando se reivindicou uma dogmática aberta, *rectius*, um “sistema aberto”. Um sistema que, projetando-se no seu aspeto mais paradigmático que é a teoria geral do crime, procuraria uma construção sistemática estruturada em distintas categorias do direito penal de acordo com os contributos da política criminal²⁶. Um sistema aberto

²³ Figueiredo DIAS, *Questões Fundamentais*, p. 38.

²⁴ *Idem*, p. 40

²⁵ *Idem*, *ibidem*.

²⁶ Nesse sentido, ROXIN, *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, Valencia, 2000, p. 14.

ao problema e às valorações das diversas ciências sociais. Uma dogmática determinada e cunhada a partir de proposições político-criminais, aberta ao problematismo de cada caso²⁷. A tudo isto se junta o facto de na década 60 do século passado a criminologia ter deixado de ser uma ciência meramente explicativa e, assim sendo, meramente auxiliar, e passar a ser *ciência crítica*, tendo como objeto não só o crime, melhor, as causas do crime, mas todo o sistema de realização da justiça penal.

Hoje, sem prescindir do rigor dos conceitos, da construção sistemática, própria de uma dogmática robusta, a ciência conjunta do direito penal deve orientar-se à efetiva e justa resolução dos casos jurídicos: tanto no momento da prescrição normativa, quando o caso se projeta na norma, como no momento da concretização normativa, ou seja, da judicativa decisão de cada caso. E isto muito simplesmente porque as valorações político-criminais devem projetar-se nos dois momentos em ordem a uma decisão justa de cada caso.

Tudo isto pode resumir-se na ideia de sistema global de justiça penal, que se realiza de um modo *integral* tanto quando se concebe a norma jurídico-penal como quando se aplica a norma ao caso. E que, por isso, convida não só a dimensão científica oferecida pela ciência conjunta do direito penal, mas também a dimensão prática dada pelo processo e pela execução das sanções, sem prescindir da dimensão orgânica imposta pelas instâncias formais de controlo.

3. Direito penal e criminologia não se confundem, mas complementam-se

Depois do que se expôs, seria um erro, e até um perigo, supor e ensinar que direito penal e criminologia vêm a ser, mais coisa menos coisa, a mesma coisa. Quando uma ciência tem um objeto e um método próprios e prossegue finalidades específicas, tem autonomia científica, teleológica e até axiológica.

²⁷ Como aliás, explica Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, p. 159, o sistema deve ser «aberto (problemativamente aberto), não pleno (não intencionalmente auto-suficiente) e autopoietico (de racionalidade prático-normativa autónoma)»

O direito penal é o conjunto das normas jurídicas que definem os factos típicos e ilícitos e respetivas consequências jurídicas. Logo, o seu objeto são as normas jurídicas e as decisões judiciais. Aplica-se a casos, mas não estuda os casos enquanto fenómenos do agir humano, antes como factos juridicamente relevantes, procurando as melhores soluções jurídicas para esses casos. O estudo dos casos, enquanto fenómenos humano-sociais, é feito pela criminologia²⁸. Por isso, o método jurídico, que envolve estudo de normas e de decisões jurídicas, não se confunde com os métodos empíricos e teóricos de que a criminologia se serve para estudar as causas dos factos e os efeitos das decisões e da atuação das instâncias de controlo sobre esses factos.

A criminologia estuda os fenómenos criminais desnudados de qualquer caracterização jurídica. Naturalmente que não deixa de a ter em conta quando perscruta os efeitos que as normas e as decisões jurídicas têm nesses fenómenos. Ao passo que o direito penal arrebatava tais fenómenos juridicamente relevantes para o direito. Será enquanto factos juridicamente relevantes que vêm a ser tratados.

Por isso, as finalidades de uma e outra ciências não são as mesmas. O direito penal tem a pretensão de interferir na prevenção do crime: quer protegendo os bens jurídicos que estão inscritos nas normas que tipificam os factos, quer recuperando socialmente os agentes desses factos. A criminologia tem desde logo um papel precursor em relação ao direito penal: ao estudar as causas dos crimes, tem como finalidade compreender o fenómeno criminal, ponto de partida para a definição de estratégias que previnam tal tipo de fenómeno (papel da política criminal). E tem um papel sucessor da atuação do direito penal, uma vez que pretende compreender qual o efeito que as normas e as decisões judiciais, bem como a atuação das instâncias de controlo criminal, têm na prevenção do crime, ao mesmo tempo que contribui para a mais adequada execução das sanções penais.

Saber se a partir daqui a conformação axiológica é diferente ou não torna-se tarefa bem mais difícil. Mas não será descabido afirmar que o direito

²⁸ É claro que o direito penal incide sobre fenómenos humanos, na medida em que as normas e as decisões judiciais pretendem prevenir ou sancionar determinados comportamentos ilícitos. Possui, portanto, um conjunto de dados simultaneamente ontológicos e sociais (onto-sociais, se preferirmos) que lhe servem de base de trabalho. Mas é a criminologia que estuda os fenómenos humanos (ontológicos e sociais) enquanto tais e, deste modo, prepara o terreno para a intervenção normativa e jurisprudencial de cariz jurídico-penal.

penal encontra a sua fundamentação axiológico-normativa na Constituição, sendo até de algum modo direito constitucional aplicado²⁹, enquanto a criminologia, não podendo atuar contra os limites constitucionais, nomeadamente em contramão com os direitos fundamentais, não está axiologicamente conformada pela Constituição. Tem plena liberdade de atuação, dentro daquilo que são os princípios éticos de investigação científica. Melhor dito: a sua fundamentação axiológica não está necessariamente na Constituição. É na sociedade, como tal, com a sua diversidade, que encontra o seu fundamento. Podemos até ir mais longe e afirmar que em certo sentido a criminologia é neutra em relação à Constituição. Ao contrário do direito penal cujos enunciados inconstitucionais possuem inegável repercussão prática, a criminologia, enquanto espécie de “ciência preparadora do direito penal” parece possuir maior liberdade de conformação. De onde resulta uma profunda imbricação entre direito penal e criminologia, funcionando a dogmática como barreira ou filtro contra postulados criminológicos inconstitucionais, mercê da prévia intervenção da política criminal. Em suma, o direito penal possui mais vinculação constitucional do que a criminologia.

Naturalmente que se há espaço para uma forte aproximação da criminologia com outra ciência, esse espaço, preferencialmente, há de ser preenchido pelo direito penal. Direito penal e criminologia, apesar da autonomia que detêm, complementam-se justamente na norma e na realização da justiça penal. Em rigor, é na norma que o primeiro encontro se dá. A norma não é mais do que o produto de toda a investigação criminológica, levado à conta de estratégias político-criminais que desaguam em positivizações jurídicas. Mas é sobretudo na justiça penal que ambos convergem em realizar-se. Se a criminologia estuda os efeitos das decisões e da atuação das instâncias de controlo do fenómeno criminal, o juiz, o ministério público, numa palavra,

²⁹ A expressão tem sido amplamente usada para o direito processual penal e até, como o fez Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Trad. da 25a edição alemã, por Gabriela Córdoba e Daniel Pastor, revista por Julio Maier, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 10 [mais tarde, em edição alemã: Roxin/ Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 28.a Auf., München: Beck, 2014, p. 9], como “sismógrafo” da Constituição do Estado. Em Portugal, como lembra MARIA JOÃO ANTUNES, «Direito processual penal – “Direito constitucional aplicado”», in *Que Futuro Para O Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por Ocasão dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 745, a expressão foi introduzida por Figueiredo Dias – cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, 1a edição 1974, reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 74, com as explicações que o Autor oferece. Mas, sendo o direito processual penal uma parte do direito penal quando considerado em sentido amplo, não é descabido utilizar tal expressão para abranger o direito penal.

os sujeitos processuais, não podem ser indiferentes aos contributos que os criminólogos oferecem para essas decisões. Finalmente, na execução das decisões, vem a ser fundamental a intervenção da criminologia na procura dos melhores métodos dessa execução.

4. O exemplo do fenómeno da violência doméstica e da utilização dos meios de vigilância eletrónica

Talvez um exemplo possa ilustrar o que acabamos de dizer. Um exemplo muito atual e ilustrativo desta relação entre direito penal, *rectius*, justiça penal e criminologia.

A violência doméstica é um fenómeno que tem sido amplamente estudado pela criminologia. Saber em que consiste o fenómeno, quais as suas causas, como poderão as normas e as instâncias de controlo contribuir para decrescer ou aumentar este fenómeno são algumas das questões que a criminologia analisa. Em Portugal, os resultados são claros³⁰: desde um tratamento apagado, enquanto crime de maus tratos, até à sua autonomização, como crime de violência doméstica, passando pela sua consideração como crime público, ao contrário do que já fora anteriormente, por saber que medidas preventivas devem ser tomadas para impedir o fenómeno, mesmo antes de sobre os factos haver uma decisão formal, indo até ao modo como devem ser executadas as sanções aplicadas aos infratores na violência doméstica, há um vasto campo de estudo que tem sido levado a cabo pela criminologia e que tem desaguado em normas jurídicas muito assertivas. Soma-se a isto o maior ou menor préstimo de novas tecnologias, da inteligência artificial. Novo desafio para a criminologia. Pois bem, podemos aqui identificar algumas dessas normas jurídicas que são claramente o resultado do esforço da criminologia, aliado às oportunidades que a inteligência artificial, ou pelo menos as novas tecnologias apresentam³¹. Pelo menos, acredita-se que assim tenha sido.

³⁰ Uma aproximação ao tema já foi por nós feita em M. FERREIRA MONTE, «Da realização integral do direito penal», in Figueiredo Dias *et. al.* (Orgs.) *Ars Iudicandi. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 755, quando o crime ainda assumia a feição de crime de maus tratos.

³¹ Sobre este tema, mais desenvolvidamente, veja-se o nosso contributo em M. FERREIRA MONTE, FRANCISCO DE ANDRADE E PEDRO FREITAS, «Probation em Portugal e implicações da inteligência artificial», in Nuno Franco

Em primeiro lugar, nas medidas de coação a aplicar quando existem sinais dessa violência, mas ainda não existe sequer acusação, o art. 31º da Lei nº 112/2009, de 16 de setembro, veio permitir a aplicação de medidas de coação urgentes por crime de violência doméstica, para além daquelas que já estão previstas no artigo 200º, nº 1, al. d) e no art. 201º do CPP. Aquelas medidas urgentes são claramente traçadas a partir de particulares exigências que o fenómeno da violência doméstica coloca. Repare-se que as medidas de coação já permitiam uma certa proibição de contactos. Mas não era suficiente. Por isso, com recurso a meios de vigilância eletrónica, é possível aplicar estas medidas de coação urgentes, «sempre que o juiz entenda que devem ser utilizados tais meios para proteção dos direitos da vítima», como prevê o artigo 36º daquela Lei. Negar o contributo que a criminologia, particularmente a vitimologia, terá oferecido para esta solução seria inaceitável.

Depois, no âmbito da suspensão provisória do processo, a Lei nº 112/2009, de 16 de setembro, no artigo 35º, prevê o uso de meios técnicos de controlo à distância quando em causa esteja a aplicação dessa medida em casos de violência doméstica. Uma claríssima demanda que decorre da criminologia, que percebeu que a suspensão provisória não tem por que não ser aplicada a casos de violência doméstica, desde que estejam salvaguardados os direitos da vítima quando tal instituto merece a sua concordância. Contrariamente a uma percepção intuitiva que apontaria no sentido de que neste tipo de crime nunca deveria haver lugar a qualquer tipo de transação, os estudos criminológicos terão apontado num sentido mais racional que, indo ao encontro das necessidades da vítima, não descure as finalidades do direito penal, entre as quais também está a ressocialização do agente do crime.

Mas mesmo em sede de aplicação das sanções, a criminologia empurrou o direito penal para novas soluções mais adequadas ao fenómeno da violência doméstica. De facto, o artigo 152º, nº 4, do CP determina que, além da pena principal, é possível sujeitar o arguido a pena acessória de proibição de contactos com a vítima. E aqui, uma vez mais, com recurso aos meios técnicos de vigilância à distância. Se a realidade impõe que não basta punir,

Caiado (Org.), *Execução das Penas e Medidas na Comunidade – Probation, Vigilância Electrónica e Justiça Juvenil – no Futuro Digital*, Braga: Nova Causa, 2023, pp. 187 e ss. (neste momento, a obra ainda se encontra no prelo, mas prestes a ser publicamente apresentada).

se não se conseguir proteger a vítima, a pena não pode unicamente expressar um sentido punitivo. A pena tem de revestir-se de um caráter utilitarista, qual seja, o de impedir que o agente contacte a vítima. Negar o papel que a criminologia, *rectius*, a vitimologia terá oferecido para a compreensão desta necessidade seria imprudente.

Que dizer sobre isto?

Que é inegável o papel de mútua complementaridade que existe entre direito penal e criminologia – o mesmo se podendo dizer para a política criminal. Porém, mútua complementaridade não se confunde com mesmidade. Cada ciência tem um objeto próprio, um método específico e finalidades distintas. Mas que se encontram naquilo que é o fenómeno criminal e sua superação.

5. Conclusão

Tudo o que se disse deve ser levado à conta da assunção de duas linhas de orientação: a de que criminologia e direito penal não se confundem; e a de que criminologia e direito penal complementam-se sobretudo na realização da justiça penal.

Por isso, faz todo o sentido o estudo sistematizado da criminologia ao lado da (ou com a) justiça penal.

No campo mais estritamente pedagógico, valendo-nos agora do caminho trilhado pela Escola de Direito da Universidade do Minho, ao longo destes 30 anos, compreende-se que a tradição tenha levado à existência de licenciaturas distintas – assim sucedeu com a criação da Licenciatura em Direito, se bem que com o matiz de nele se ter concedido sempre lugar a uma unidade curricular de criminologia. Mas uma visão como a que acabámos de expor admite um outro modo de projetar o ensino do direito penal e da criminologia. A um tempo, trazendo para o campo do direito penal a prática judiciária e, portanto, alargando o seu objeto, enquanto justiça penal. Depois, trazendo a criminologia como ciência autónoma, mas complementar do direito penal, *rectius*, da justiça penal, para esse estudo curricular. Ora, se isto até na formação de base é possível – exatamente o que sucedeu com a Licenciatura em Criminologia e Justiça Penal daquela Escola–, mais sentido

faz em estudos de pós-graduação, como já sucede atualmente com o Mestrado em Ciências Criminais (Justiça Penal e Criminologia) e como é desejável que venha a suceder em sede de doutoramento. Tudo isto nada mais é do que o reflexo de uma opção científica que tem como o seu lado mais visível, para além da produção científica de muitos investigadores, o modo como a criminologia e a justiça penal se cruzam no âmbito do Centro de Investigação em Justiça e Governação, naquele que é muito apropriadamente denominado Grupo de Justiça Penal e Criminologia (JusCrim).

Todos compreenderão que, quando se trata de festejar os 30 anos da Escola de Direito, se não resista a escrever sobre coisas desta Escola. E mais ainda se espera a compreensão de que se enfatize a importância da consideração da justiça penal como sistema global, onde também entra o processo penal, e onde não podem deixar de ser considerados os contributos da criminologia e a da política criminal.

É que, para nós, o estudo do direito faz sentido, não só quando toma as normas e as decisões como objeto, mas quando olha para a realização da justiça como desígnio essencial do Estado de direito democrático. Isto faz ainda mais sentido quando, ao comemorarmos o trigésimo aniversário desta Escola, o fazemos por ocasião do centenário de Francisco Salgado Zenha. É com as suas palavras³², em jeito de preito à importância da justiça como tarefa do Estado, que terminamos este contributo:

«Esquece-se muitas vezes que o cidadão é o sujeito último da democracia e a justiça é um dos bens essenciais de que ele deve usufruir. A justiça, como a liberdade, é um bem cujo valor, infelizmente, o cidadão só se apercebe quando a perde ou a sente ameaçada».

³² FRANCISCO SALGADO ZENHA, «Processo civil, constituição e democracia», *comunicação ao congresso da Ordem dos Advogados realizado em Dezembro de 1990 no Porto*, acessível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B82d6a896-d471-451a-9f7d-322f9ad59f33%7D.pdf> (consultado em 5 de setembro de 2023).

A VALORIZAÇÃO SOCIAL DO CUIDADO: BREVES REFLEXÕES A PARTIR DA EVOLUÇÃO DOS REGIMES DAS LICENÇAS PARENTAIS E DOS SUBSÍDIOS DE PARENTALIDADE NOS ÚLTIMOS 30 ANOS EM PORTUGAL

Miriam Rocha¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.10>

1. Notas introdutórias

Em 1993, ano em que se iniciou o primeiro curso de Licenciatura em Direito da Escola de Direito da Universidade do Minho, qualquer trabalhador (pai) que visse nascer um filho seu não tinha, em regra, direito ao gozo de licença parental. Na verdade, a possibilidade de ser dispensado do trabalho para cuidar do seu filho era concedida a título excepcional, em caso de incapacidade ou morte da mãe. Com efeito, o direito à dispensa de trabalho pertencia, em exclusivo, à mulher, como direito “especial” legitimado pela sua

¹ Professora Convidada Equiparada a Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. ORCID 0000-0003-3717-4648. Contacto: miriam@direito.uminho.pt.

diferença biológica. Estas mães e estes pais tinham direito, caso gozassem a licença, a um subsídio parental, ao alcance apenas daqueles que trabalhavam, ao abrigo do sistema previdencial da segurança social.

Em 2023, perante o nascimento de um filho, e ainda que não queira, o pai trabalhador ver-se-á obrigado a gozar uma licença parental de 28 dias, sete dos quais gozados de modo consecutivo imediatamente após o nascimento da criança. No caso da mãe, são 42 dias consecutivos de licença obrigatória pós o nascimento. Além disso, atualmente não são apenas os trabalhadores que têm acesso a um subsídio parental, mas também aqueles pais e mães que não estão abrangidos por qualquer regime de proteção social obrigatório têm acesso, em certas condições, a um subsídio social parental, que confere um certo nível de proteção na parentalidade ao abrigo do subsistema de solidariedade social.

As alterações que se operaram no decurso destas três últimas décadas, em Portugal, são o mote para uma reflexão sobre o valor social do cuidado, a partir das motivações, explícitas e implícitas, que conduziram a estas transformações. Pese embora o seu inegável valor para a sociedade, o cuidado não é tradicionalmente reconhecido como um valor social, encontrando-se arredado do discurso público, político e, conseqüentemente, jurídico. Pelo contrário, existe uma associação do cuidado à esfera familiar e privada, para o que terá contribuído o facto de ser uma atividade socialmente atribuída às mulheres. Contudo, a partir das últimas décadas do século XX, tem-se assistido a uma progressiva visibilidade da dimensão social do valor do cuidado, operada, entre outros, pela reconfiguração de vários institutos jurídicos, de que é exemplo o caso das licenças e subsídios parentais.

É, pois, evidente que o presente capítulo comporta algumas limitações, decorrentes da natureza da publicação em que se insere, que obrigou a uma delimitação estrita do objeto da presente investigação.

Uma primeira demarcação decorre, desde logo, de uma opção por um foco no cuidado parental, que é apenas uma das facetas do cuidado. Fica assim excluído o cuidado das pessoas adultas com incapacidades geradoras de necessidades especiais de cuidado, como é o caso de algumas pessoas com deficiência ou de algumas pessoas mais velhas. Reconhecemos, contudo, que qualquer investigação sobre a valorização social do cuidado será incompleta sem uma análise destas realidades.

No entanto, a delimitação realizada é ainda mais circunscrita, na medida em que não se procede à análise de toda a regulamentação do cuidado parental, mas apenas do regime das licenças parentais, tal como ele é definido atualmente pelo artigo 39º do Código do Trabalho, ou seja, nas suas modalidades de licença parental inicial, licença parental inicial exclusiva da mãe, licença parental inicial a gozar pelo pai por impossibilidade da mãe e licença parental exclusiva do pai. Fica assim excluída a regulamentação, por exemplo, da licença parental complementar, ou das faltas e licenças para assistência a filhos. Também não são contempladas as situações especiais, como é o caso das regras aplicáveis em caso de internamento ou de nascimento de gémeos.

A opção decorreu do facto de ser um regime já com franca evolução entre nós, permitindo uma análise das motivações que conduziram às diversas alterações legislativas ocorridas nas últimas três décadas, além de ser, provavelmente, o direito de proteção na parentalidade mais utilizado. O mesmo se refira quanto ao subsídio de parentalidade, que foi acompanhando, em grande medida, a evolução do regime de licenças, contribuindo para a concretização das finalidades subjacentes às sucessivas alterações legislativas que se operaram neste âmbito.

2. A evolução dos regimes das licenças parentais e dos subsídios de parentalidade nos últimos 30 anos em Portugal

Em 1993, o regime de licenças parentais que vigorava em Portugal decorria do disposto na Lei nº 4/84, de 5 de abril, denominada Lei de Proteção da Maternidade e da Paternidade. Esta lei veio fixar um regime geral de proteção da parentalidade em Portugal no pós-25 de abril.²

² Recorde-se que a primeira licença motivada pelo parto foi introduzida, em Portugal, ainda no regime monárquico, em 1891, pelo Decreto de 14 de abril, sobre o trabalho dos menores e das mulheres na indústria, posteriormente regulamentado pelo Decreto de 16 de março de 1893. Tratava-se de uma licença de quatro semanas, de natureza obrigatória, mas não remunerada. A primeira licença de maternidade remunerada foi instituída na I República, pelo Decreto de 7 de janeiro de 1911, tendo a duração de dois meses e sendo restrita às professoras primárias. *Vd.* HELENA PEREIRA DE MELO, «A fada do lar tenta tornar-se cidadã: O estatuto das mulheres no final da Monarquia e na I República». In HELENA PEREIRA DE MELO; IRENE FLUNSER PIMENTEL, *Mulheres Portuguesas*, Lisboa, Clube do Autor, S.A., 2015, p. 125. No Estado Novo nunca houve uma licença de maternidade universal, devidamente remunerada, embora fosse possível (em teoria) faltar justificadamente ao trabalho em razão do parto, tal como previsto pela legislação laboral aprovada pela Lei nº 1952, de 10 de março de 1937, e, mais tarde, pelos Decreto-Lei nº 47032, de 1966 e Decreto-lei nº 49408, de 1969, que vieram regulamentar o contrato individual do trabalho.

Com efeito, a nova ordem constitucional, inaugurada pela Constituição da República Portuguesa de 1976, veio reconhecer o valor social da maternidade. Assim, a versão original do artigo 68º da Constituição, sob a epígrafe “Maternidade”, concretizava as implicações desse reconhecimento, atribuindo ao Estado, logo no primeiro número, a tarefa de proteger a “mãe nas exigências específicas da sua insubstituível ação quanto à educação dos filhos e garantindo a sua realização profissional e a sua participação na vida cívica do país”. O nº 2 do mesmo normativo estabelecia o direito das mães trabalhadoras «a um período de dispensa do trabalho, antes e depois do parto, sem perda de retribuição e de quaisquer regalias».

Este direito veio a ser concretizado ainda antes do início de vigência da novel Constituição, através do Decreto-Lei nº 112/76, de 7 de fevereiro, o qual veio atribuir “a todas as trabalhadoras o direito de faltar durante noventa dias no período da maternidade”, instituindo-se assim uma licença de maternidade de cariz pretensamente universal (embora, como veremos, com algumas limitações, que foram sendo supridas nas décadas subsequentes). Tratou-se, porém, de uma medida pontual, que veio posteriormente a ser integrada no regime instituído pela Lei nº 4/84, de 5 de abril, este já com uma intenção sistemática.

Este artigo 68º da Constituição viria, porém, a ser alterado pela revisão constitucional de 1982, que alterou a sua matriz de consagração de um direito “especial” das mulheres, passando a afirmar o valor social não só da maternidade, mas também da paternidade, como “valores sociais eminentes”. Além disso, afirmou-se a proteção não só do Estado, como também da sociedade, estendendo-a também aos pais.³

Curiosamente, esta aparente equiparação da função dos pais e das mães em relação aos filhos não encontrou reflexo no regime de proteção da parentalidade instituído pela Lei nº 4/84, de 5 de abril, cujo artigo 1º reproduzia o já consignado na Constituição. Na verdade, ao mesmo tempo

³ De notar que o artigo 68º da Constituição sofreu duas novas alterações em processos de revisão constitucional ulteriores. Assim, na revisão de 1989, afirmou-se o direito das mulheres trabalhadoras a “especial proteção durante a gravidez e após o parto, incluindo a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda da retribuição ou de quaisquer regalias” e, na revisão de 1997, a proteção durante a gravidez e após o parto foi estendida a todas as mulheres (e não só às trabalhadoras, tendo-se eliminado esta palavra do nº 3), sendo introduzido ainda um novo número alusivo à dispensa de trabalho, por período adequado, de mães e pais, de acordo com os interesses da criança e as necessidades do agregado familiar.

que se proclamava a igualdade entre os pais, a quem se garantia “em condições de igualdade” a “realização profissional e a participação na vida cívica do País” e se afirmava serem “iguais em direitos e deveres quanto à manutenção e educação dos filhos” (artigo 2º, nº 1 e 2), atribuíam-se também “às mães direitos especiais relacionados com o ciclo biológico da maternidade” (artigo 2º, nº 4).

Assim, estabelecia-se para as mulheres um direito a dispensa de trabalho (artigo 9º) de que o pai apenas gozava a título subsidiário, ou seja, em caso de incapacidade ou morte da mãe. Com efeito, as mulheres tinham direito a uma licença por maternidade de 90 dias, 60 dos quais deveriam ser gozados necessariamente a seguir ao parto e 30. Apesar de este direito ter sido concedido às mulheres como direito especial, exclusivo delas e alegadamente decorrente de diferenças biológicas (como decorre do elemento sistemático da interpretação, atento o já referido artigo 2º, nº 4), certo é que o legislador parecia considerar que, para efeitos de recuperação da mulher face ao evento do parto o absolutamente necessário seriam 30 dias de licença.⁴ Significa isto que era atribuída uma dimensão biológica ao cuidado do recém-nascido, uma vez que o remanescente da licença teria apenas esse objetivo e era, exclusivamente, atribuída à mãe.

O artigo 10º, por seu turno, estabelecia o “direito do pai a dispensa de trabalho”,⁵ o qual, como se disse, tinha natureza subsidiária, uma vez que apenas era atribuído em caso de morte da mãe (prevendo-se também, nos termos do artigo 9º, nº 2, a possibilidade o pai gozar parte da licença em caso de incapacidade física e psíquica da mãe).

Além das licenças propriamente ditas, configuradas como “dispensas de trabalho”, o regime de proteção instituído pela Lei nº 4/84, de 5 de abril, veio também instituir um subsídio de maternidade ou paternidade, garantindo, às trabalhadoras ou trabalhadores que estivessem no gozo das referidas licenças, a atribuição de um subsídio de maternidade ou paternidade, nos

⁴ Isto resultava do disposto no artigo 9º, nº 2, que ditava que, excepcionalmente, “por incapacidade física e psíquica da mãe, devidamente comprovada por atestado médico e enquanto esta se mantiver, os últimos 30 ou 60 dias de licença de maternidade não imediatamente subsequentes ao parto poderão ser gozados pelo pai” e do desporto no nº 6 do mesmo normativo que garantia um período global mínimo de 30 dias de licença para a mulher em caso de morte de nado-vivo.

⁵ É curioso que o artigo 9º tenha por epígrafe “direito da mulher à dispensa de trabalho” – e não “da mãe” – e o artigo 10º tenha por epígrafe “direito do pai a dispensa de trabalho” – e não “do homem”.

termos do artigo 19º. A Lei nº 4/84, de 5 de abril, foi regulamentada pelo Decreto-Lei nº 136/85, de 3 de maio, que, no seu artigo 34º, nº 1, estabelecia, como regime-regra, que o montante do subsídio de maternidade e de paternidade era “igual ao valor da remuneração média considerada para efeitos de cálculo do subsídio de doença”. Já o artigo 9º do Decreto-Lei nº 154/88, de 29 de abril, fez equivaler o montante dos subsídios de maternidade e paternidade ao valor da remuneração de referência do beneficiário, calculada nos termos do artigo 10º.

A Lei de Proteção da Maternidade e da Paternidade sofreu várias alterações, das quais se destacam, para efeitos do presente capítulo, aquelas que se passam a enunciar.

Em 1995, ou seja, decorrida mais de uma década sobre o início de vigência da Lei nº 4/84, de 5 de abril, e a um lustro do século XXI, o período de licença atribuído à mãe foi alargado para 98 dias consecutivos, sendo obrigatório o gozo de, pelo menos, 14 dias de licença por maternidade (nova redação do artigo 9º da Lei nº 4/84, de 5 de abril). Foi também reconhecida ao pai a faculdade de faltar ao trabalho dois dias úteis, seguidos ou interpolados, por ocasião do nascimento do filho, conforme resultava da nova redação dada ao nº 1 do artigo 10º da Lei nº 4/84, de 5 de abril, pela Lei nº 17/95, de 9 de junho. Além disso, esta lei também introduziu a possibilidade de o pai gozar da licença “por período de duração igual àquele a que a mãe ainda teria direito” não apenas a título subsidiário, mas também por “decisão conjunta dos pais” (nova redação do artigo 10º, nº 2, alínea c) da Lei nº 4/84, de 5 de abril). Acolhe-se, deste modo, a possibilidade de partilha da licença, condicionada à anuência da mãe, o que não permite qualificar a licença como um direito próprio do pai.

A Lei nº 18/98, de 28 de abril, veio novamente alargar o período da licença de maternidade para 120 dias consecutivos, 90 dos quais necessariamente a seguir ao parto, (nova redação do artigo 9º, nº 1 da Lei nº 4/84, de 5 de abril), tendo a Lei nº 142/99, de 31 de agosto, vindo fixar o gozo obrigatório de, pelo menos, seis semanas de licença por maternidade a seguir ao parto (nova redação do artigo 9º, nº 6 da Lei nº 4/84, de 5 de abril). Foi também através desta legislação que o artigo 10º da Lei nº 4/84, de 5 de abril, veio transformar a faculdade de “faltar” numa “licença por paternidade” na verdadeira aceção dos termos, ou seja, uma licença própria e exclusiva do pai,

com a duração de cinco dias úteis, seguidos ou interpolados, a ser gozados no mês imediato ao facto do nascimento.⁶

Em 2003, foi aprovado pela Lei nº 99/2003, de 27 de agosto, o Código do Trabalho, o qual viria a ser regulamentado pela Lei nº 35/2004, de 29 de julho. Esta nova legislação laboral revogou a Lei nº 4/84, de 5 de abril, acolhendo, porém, muitas das soluções nela consagradas. Assim, o artigo 33º do Código do Trabalho de 2003 equivalia ao anterior artigo 1º da Lei nº 4/84, de 5 de abril, inaugurando a subsecção intitulada “Proteção da maternidade e da paternidade”. As licenças por maternidade e por paternidade passaram a ser reguladas, respetivamente, nos artigos 35º e 36º do Código do Trabalho de 2003, mantendo-se o seu conteúdo inalterado face ao então disposto na lei revogada.

No entanto, a regulamentação do Código do Trabalho veio introduzir uma novidade, no seu artigo 68º, nº 1: a possibilidade de a trabalhadora optar por uma licença por maternidade superior em 25% à prevista no nº 1 do artigo 35º do Código do Trabalho de 2003. Ou seja, na prática, a trabalhadora poderia optar por gozar uma licença de 120 ou de 150 dias. No entanto, como viria a ser fixado no Decreto-Lei nº 77/2005, de 13 de abril, o montante do subsídio pago seria, na sua globalidade, o mesmo, na medida em que, no caso do gozo de licença de 150 dias, o montante diário do subsídio era “igual a 80% da remuneração de referência” (nova redação do artigo 9º, nº 2, e do artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 154/88, de 29 de abril).

O Decreto-Lei nº 105/2008, de 25 de junho,⁷ veio introduzir no sistema português os subsídios sociais na maternidade e na paternidade, alargando deste modo a proteção social na eventualidade de maternidade ou paternidade aos cidadãos não inseridos no mercado trabalho. Com efeito, trata-se de uma prestação do subsistema de solidariedade social, que integra o sistema de proteção social de cidadania, nos termos da Lei de Bases do Sistema da Segurança Social, aprovado pela Lei nº 4/2007, de 16 de janeiro.

⁶ Esta nova legislação não terá sido alheia, desde logo, às novas imposições constitucionais introduzidas pelo artigo 43º da Lei Constitucional nº 1/97, de 20 de setembro – *vd. supra*, nota 3.

⁷ Este diploma viria a ser revogado pelo Decreto-Lei nº 91/2009, de 9 de abril, que se menciona *infra*, o qual veio regulamentar a proteção na parentalidade no âmbito da eventualidade maternidade, paternidade e adoção do sistema previdencial e do subsistema de solidariedade (artigo 1º).

A Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro, veio revogar o anterior Código do Trabalho e a sua Regulamentação, aprovando um novo Código do Trabalho que, apesar das suas muitas alterações, é aquele que hoje vigora entre nós. O artigo 39º do novo Código do Trabalho, até hoje inalterado, veio modificar a nomenclatura das licenças por maternidade e por paternidade, unificando-as sob a designação “licença parental”, a qual passou a comportar quatro modalidades: licença parental inicial, licença parental inicial exclusiva da mãe, licença parental inicial a gozar pelo pai por impossibilidade da mãe e licença parental exclusiva do pai.

Deste modo, a licença parental inicial, com a duração de 120 ou 150 dias consecutivos, passou a ser um direito de ambos os progenitores (artigo 40º do novo Código do Trabalho), podendo ser gozado por qualquer um deles, sem prejuízo da licença parental inicial exclusiva da mãe, regulada no artigo 41º do Código do Trabalho, que fixou o período de gozo obrigatório de licença de seis semanas a seguir ao parto.⁸ Com efeito, esta obrigatoriedade de gozo da licença encontra a sua *ratio* não no interesse da criança, mas no interesse da mulher, pretendendo corresponder ao período do puerpério, ou seja, ao tempo necessário para a recuperação completa do evento do parto.⁹ Quanto ao resto da licença, o legislador passa a admitir, em regra, a sua partilha com o pai, em condições de igualdade com a mãe.

Constata-se, assim, que houve em 2009 uma alteração de paradigma, uma vez que a licença passa a ser concebida como uma licença parental (e não por maternidade), concedida aos progenitores, a cuja liberdade é deixado o modo de gerir essa mesma licença parental que a ambos pertence.¹⁰ No entanto, o legislador foi mais além, criando também um incentivo à partilha da licença parental. Com efeito, o nº 2 do artigo 40º do Código do Trabalho

⁸ Este artigo manteve-se praticamente inalterado, tendo sofrido apenas uma alteração formal, com a substituição da expressão «seis semanas» por «42 dias consecutivos», na sequência da entrada em vigor da Lei nº 13/2023, de 3 de abril, o que corresponde ao mesmo lapso de tempo, sendo a alteração motivada pelo desiderato de unificar a expressão linguística, através da adoção da mesma unidade de tempo para a contagem do tempo das diferentes modalidades de licenças parentais.

⁹ Com efeito, as indicações atuais indicam que a consulta de revisão do puerpério deve ser realizada entre 4 a 6 semanas após o parto – vd. <https://www.chts.min-saude.pt/mais-saude/a-mae-e-o-bebe-as-primeiras-semanas/puerperio-o-que-a-mae-deve-saber/> [07.07.2023].

¹⁰ De referir, contudo, que existe ainda assim uma diferença de tratamento entre a mãe e o pai, na medida em que se previa (e prevê) que, na falta de acordo na partilha, a licença é gozada pela mãe – artigo 40º, nº 13 do Código do Trabalho, na sua atual versão.

veio conceder um acréscimo de trinta dias à licença parental na condição de “[...] cada um dos progenitores gozar, em exclusivo, um período de 30 dias consecutivos, ou dois períodos de 15 dias consecutivos, após o período de gozo obrigatório pela mãe [...]”. Nestes casos, portanto, a licença teria a duração de 150 ou 180 dias.

Contudo, o incentivo à partilha da licença não consistiu apenas na extensão da mesma, e conseqüente alargamento do período pelo qual a criança nascida poderia ficar ao cuidado dos pais, mas também se fez por via do subsídio parental atribuído. Com efeito, o artigo 30º do Decreto-Lei nº 91/2009, de 9 de abril,¹¹ manteve o já antes previsto quanto à remuneração pelo gozo da licença de 120 dias (remunerada a 100% da remuneração de referência do beneficiário) e de 150 dias (remuneradas, respetivamente, a 100% e a 80% da remuneração de referência do beneficiário). No entanto, no caso de partilha em condições que permitam aceder ao acréscimo de 30 dias de licença parental, nos termos do Código de Trabalho, a remuneração foi incrementada, mantendo-se uma remuneração de 100% da remuneração de referência do beneficiário nos casos de uma licença de 150 dias (120 dias + 30 dias) e sendo de 83% da remuneração de referência do beneficiário no caso de a partilha atingir os 180 dias (150 dias + 30 dias).

Esta alteração, que se mantém até à atualidade, teve na sua génese três intenções principais: a promoção da igualdade de género, a promoção da conciliação entre a vida profissional e familiar e o interesse das crianças.¹² O seu impacto social foi significativo, tendo-se verificado uma progressiva (e expressiva) adesão dos pais à partilha da licença parental. Se, no período anterior ao início de vigência deste novo regime a percentagem de pais (homens) que partilhavam a licença não chegara a 1% do total das licenças das mulheres, a partir de 2009 esse número aumentou expressivamente, tendo

¹¹ De notar que igual regime resultou, desde logo, do artigo 23º, nº 2, do Decreto-Lei nº 89/2009, de 9 de abril, aplicável aos trabalhadores que exercem funções públicas integrados no regime de proteção social convergente.

¹² Com efeito, lê-se no preâmbulo do Decreto-Lei 91/2009, de 9 de abril, que «O novo regime de proteção social elege como prioridades o incentivo à natalidade e a igualdade de género através do reforço dos direitos do pai e do incentivo à partilha da licença, ao mesmo tempo que promove a conciliação entre a vida profissional e familiar e melhora os cuidados às crianças na primeira infância através da atribuição de prestações pecuniárias na situação de impedimento para o exercício de atividade profissional».

sido de 19,4% no total de crianças nascidas no ano de 2010, data a partir da qual veio sempre aumentando, chegando aos 45,7% em 2020.¹³

Outro facto assinalável foi o expressivo reforço dos direitos dos pais, através do aumento da duração da licença parental exclusiva do pai (anteriormente designada licença por paternidade) e da imposição de obrigatoriedade de gozo de parte do período de licença. Com efeito, o artigo 43º do Código do Trabalho de 2009, na sua versão original, previa uma licença com a duração global de vinte dias úteis, dez dos quais de gozo obrigatório. Cinco destes dez dias úteis deveriam ser gozados de modo consecutivo após o nascimento da criança e, quanto aos demais, poderiam ser gozados de modo seguido ou interpolado, desde que nos trinta dias seguintes ao nascimento. Após o gozo destes dez dias de licença obrigatória, concedia-se ainda, a título facultativo, o gozo de mais dez dias úteis de licença, seguidos ou interpolados, a serem gozados em simultâneo com o gozo da licença parental inicial por parte da mãe.

Nos anos seguintes, a regulação da licença parental exclusiva do pai foi sucessivamente alterada pelo legislador, privilegiando a sua obrigatoriedade e reforçando os direitos dos pais. Assim, a Lei nº 120/2015, de 1 de setembro, veio aumentar a duração total da licença para vinte e cinco dias úteis, quinze dos quais de gozo obrigatório e dez de gozo facultativo, mantendo-se tudo o demais inalterado. Em 2019, a Lei nº 90/2019, de 4 de setembro, manteve a duração total da licença, mas alterou a duração do gozo obrigatório de licença para vinte dias úteis, reduzindo o número de dias facultativos para cinco. Recentemente, a Lei nº 13/2023, de 3 de abril, veio proceder a uma nova alteração do artigo 43º do Código do Trabalho, modificando o modo de contagem do período de licença, que deixa de ter por referência dias úteis, passando assim a ser obrigatório o gozo de vinte e oito dias de licença parental pelo pai, seguidos ou em períodos interpolados de no mínimo sete dias, a gozar nos quarenta e dois dias seguintes ao nascimento da criança, sendo que se mantém a obrigatoriedade do gozo de 7 dias consecutivos no período imediatamente seguinte ao nascimento. Além desses vinte e oito

¹³ CITE – *Relatório sobre o progresso da igualdade entre mulheres e homens no trabalho, no emprego e na formação profissional 2021*, p. 70, disponível em <https://cite.gov.pt/relatorio-da-lei-10> [06.07.2023].

dias (que corresponde, praticamente,¹⁴ aos vinte dias úteis anteriormente fixados), concede-se ainda, a título facultativo, o gozo de sete dias de licença, equivalentes aos anteriores cinco dias úteis.

No entanto, de um ponto de vista social, a licença parental inicial exclusiva do pai tem ficado aquém do que seria desejável. Na verdade, o gozo da licença parental obrigatória de uso exclusivo do pai foi de apenas 70,8% no total de crianças nascidas no ano de 2021, um ligeiramente inferior ao verificado nos dois anos anteriores (72,7% em 2019 e 72,1% em 2020), sendo a percentagem ainda menor no que se refere à licença facultativa.¹⁵

3. Breves reflexões sobre a valorização social do cuidado

Noutra sede, tivemos já oportunidade de expressar o nosso entendimento do cuidado como «uma atividade complexa, que deriva de uma pré-ocupação com a satisfação de necessidades, próprias ou alheias, essenciais para a sobrevivência, manutenção e/ou promoção do desenvolvimento do que está a ser cuidado (seja uma pessoa, outro ser vivo, ou uma coisa)».¹⁶ Trata-se de uma aceção ampla de cuidado, na medida em que abrange também, por exemplo, o cuidado das coisas. O cuidado surge, assim, como a forma por excelência de combate à degradação e à deterioração. Sem cuidado, as pessoas definham e, no limite, morrem.

A vulnerabilidade da criança recém-nascida ilustra de modo clarividente esta realidade. Uma criança recém-nascida – como cada um de nós já foi um dia – precisa de ser nutrida, aquecida, limpa e precisa de condições emocionais para a sua regulação. Em suma, precisa de ser cuidada. Sem um cuidado adequado, as suas hipóteses de sobrevivência diminuem significativamente.

¹⁴ Em bom rigor, esta alteração pode significar menos tempo de licença caso o período de licença abranja, por exemplo, dias feriados (que não entrariam para cômputo dos dias úteis). No entanto, a solução afigura-se mais ajustada a um tratamento igual dos beneficiários que prestam trabalho em dias não úteis.

¹⁵ CITE – *Relatório sobre o progresso da igualdade entre mulheres e homens no trabalho, no emprego e na formação profissional 2021*, p. 70, disponível em <https://cite.gov.pt/relatorio-da-lei-10> [06.07.2023].

¹⁶ MIRIAM ROCHA, «Cuidado: quanto custa o que não tem preço», in PATRÍCIA JERÓNIMO (coord.), *Igualdade de Género: Velhos e Novos Desafios*, p. 172.

O cuidado comporta uma assinalável dimensão de género, na medida em que foi historicamente atribuído às mulheres, a quem competia, no seio familiar, o cuidado, desde logo, das crianças.¹⁷ Particularmente a partir do momento em que, na modernidade, se acentuou a divisão entre o público e o privado e se operou uma mais rígida separação dessas esferas, às quais foram associados o masculino e o feminino, respetivamente, foram criadas as condições para o reforço e perpetuação do cuidado como função das mulheres. Para isso também contribuiu a divisão sexual do trabalho, atribuindo-se aos homens o trabalho produtivo e às mulheres o trabalho reprodutivo.¹⁸ Apesar das inevitáveis diferenças culturais entre os povos e no decurso dos tempos, certo é que não existe, até hoje, notícia de uma sociedade em que homens e mulheres fossem considerados iguais.

Com efeito, a discriminação de género é um fenómeno universal, que, embora não se manifeste com a mesma intensidade em todas as sociedades, coloca em evidência, ainda assim, a hierarquização entre o masculino e o feminino que marca todas as sociedades. Significa isto que não se trata apenas de afirmar que homem e mulher são diferentes, mas sim que o seu valor não é o mesmo: a sua relação é hierárquica e aquele que vale mais é, invariavelmente, o masculino e os atributos que lhe estão associados. De modo inverso, aos atributos femininos foi sendo reconhecido sempre um valor inferior.¹⁹

O que se disse até este momento permite explicar, pelo menos em parte, o parco valor atribuído ao cuidado e a sua invisibilidade, considerando a sua remissão à esfera privada. Mas também permite compreender a

¹⁷ É de notar que mesmo quando as mulheres não cuidavam diretamente dos seus filhos (como sucedia com grande frequência com muitas mulheres da pequena burguesia que, ainda no período pré-industrial, contribuíam com o seu trabalho para o sucesso dos empreendimentos familiares), eles eram entregues a outras mulheres (e não a homens) – *vd.* FRANÇOISE HÉRITIER [et al.], *La Plus Belle Histoire des Femmes*, Paris, Éditions Points, 2011, pp. 131-133. Também na atualidade se verifica, de certo modo, esta continuidade: as mulheres que auferem rendimento suficiente para o efeito, frequentemente externalizam várias tarefas de cuidado, procurando outras mulheres (economicamente vulneráveis e, muitas vezes, migrantes) para realizarem essas atividades, a fim de poderem manter as suas profissões – *vd.* SUZANNE BERGERON, «Formal, Informal and Care Economies», in LISA DISCH, MARY HAWKESWORTH (ed.), *The Oxford Handbook of Feminist Theory*, New York, Oxford University Press, 2016, p. 191; NANCY FOLBRE, JULIE A. NELSON, «For Love or Money – Or both?», *Journal of Economic Perspective*, vol. 14, nº 4, 2000, pp. 123-124, disponível em <http://www.jstor.org/stable/2647078> [consult. 13/03/2017].

¹⁸ Para uma interessante perspetiva sobre a construção discursiva desta divisão sexual do trabalho na modernidade, veja-se JOAN W. SCOTT, «La Travailleuse», in GEORGES DUBY, MICHELLE PERROT (coord.), *Histoire des femmes en Occident: IV. Le XIXe siècle*, [s.l.], Perrin, 2002, pp. 479-511.

¹⁹ É o que a antropóloga Françoise Héritier designa por «valence différentielle des sexes» – *vd.* FRANÇOISE HÉRITIER [et al.], *La Plus Belle Histoire des Femmes*, Paris, Éditions Points, 2011, p. 24.

absoluta necessidade de cuidado de que dependem as sociedades humanas e, particularmente, cada pessoa, ao longo da sua vida, embora com diferentes graus de intensidade.

Com efeito, como recorda Martha Fineman, a construção do mito do sujeito autónomo, independente e autosuficiente permitiu ocultar o valor do cuidado para a sociedade. Ou seja, o trabalho de cuidado não remunerado gera benefícios para toda a sociedade, e não apenas para o beneficiário direto dos cuidados, sem que, contudo, os custos do cuidado sejam assumidos, de modo proporcional (e, portanto, justo) pelo conjunto da sociedade que dele beneficia.²⁰ Para Fineman, que desenvolve as suas teses no contexto social e político dos Estados Unidos da América, existe uma clara diferença entre o cuidado e outras tarefas fundamentais para a preservação da sociedade (de que dá, como exemplo, a defesa nacional) é que o cuidado é remetido, praticamente em exclusivo, à esfera familiar, não se encontrando «delegado» em instituições sociais, deixando assim aqueles que cuidam (e que são, maioritariamente, mulheres) numa situação de maior vulnerabilidade, desde logo, económica. Para Fineman, um dos aspetos mais problemáticos da atribuição do trabalho de cuidado à família radica, precisamente, na sua ocultação, permitindo criar o mito do sujeito independente, que na verdade não existe, uma vez que a dependência (ou melhor, a interdependência) fazem parte da própria condição humana.²¹

É, pois, um imperativo que se reconheça o cuidado como uma questão de interesse público. No entanto, como notam, em maior ou menor medida, vários autores, tal reconhecimento exigiria uma mudança de paradigma sobre o papel da família (e, dentro dela, das mulheres) e o papel do Estado, enquanto comunidade política.²²

A dimensão de género do cuidado explica a sua tradicional invisibilidade e remissão à esfera privada, mas também explica que, nas últimas

²⁰ MARTHA ALBERTSON FINEMAN, «Cracking the Foundational Myths: Independence, Autonomy and Self-Sufficiency», *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol. 8, nº1, 2000, pp. 13-29, disponível em <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1071&context=jgspl> [21.01.2014].

²¹ *Ibidem*, pp. 15, 20-21.

²² Veja-se, por todos, JULIE A. WHITE, JOAN C. TRONTO, «Political Practices of Care: Needs and Rights», *Ratio Juris*, vol. 17, nº 4, 2004, pp. 425-453, disponível em <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2004.00276.x> [consult. 18/09/2018], DANIEL ENGSTER, *Justice, Care and the Welfare State*, New York, Oxford University Press, 2015 e GØSTA ESPING-ANDERSEN, *The Incomplete Revolution: Adapting to Women's New Roles*, Cambridge, Polity Press, 2009.

décadas, tenha vindo a ganhar cada vez mais expressividade na esfera pública, na medida em que se trata de um tema cujo (re)conhecimento público tem origem na própria experiência de muitas mulheres. Só a partir do momento em que as mulheres começaram também a ter um maior acesso à esfera pública, uma maior representatividade nos lugares de decisão, uma voz mais ativa no delineamento da agenda política, é que o cuidado começou também a ganhar uma crescente visibilidade.

Na verdade, cuidado e igualdade de género têm andado de mãos dadas, embora a compreensão da relação que entre eles se estabelece se tenha alterado ao longo dos tempos. É disso exemplo o regime de licenças parentais analisado na secção precedente. A Constituição da República Portuguesa de 1976, ao erigir a maternidade a valor social eminente, no seu artigo 68º, visava o reconhecimento da mulher/mãe (e não do homem/pai, porque esse não estava em causa). O reconhecimento da experiência feminina do cuidado como uma experiência a ser protegida pelo Estado era, também, expressão da vontade de instauração de uma igualdade real.

Contudo, essa vontade não era suficiente para promover uma verdadeira alteração de paradigma, uma vez que não produzia ou refletia qualquer alteração dos papéis sociais de género.²³ De facto, a maternidade era encarada como «condição especial», a dar lugar a «direitos especiais» da mulher. Mesmo quando se deu a revisão constitucional que acrescentou a referência à paternidade também como valor social eminente, a maternidade continuou a ser construída como uma situação especial, que se desvia do curso da normalidade. Isto é visível no modo como, ao nível infraconstitucional, os direitos associados à maternidade – em particular, o direito a uma licença por maternidade – foram regulamentados.

²³ Como explica RUTH RUBIO-MARÍN, «The (dis)establishment of gender: Care and gender roles in the family as a constitutional matter», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, nº 4, p. 805, disponível em <https://doi.org/10.1093/icon/mov059> [17.07.2023]: «[...] European constitutionalism has allowed, and even fostered, specific measures enabling women to combine work inside and outside the home. Yet, the European constitutional model risks entrenching, rather than subverting, gendered roles when it implicitly or explicitly underscores the “special relationship between a woman and her child,” providing protection measures which can backfire against market forces in ways that restrict women’s actual chances to be hired, retained and promoted, and implicitly endorsing a limited understanding of the importance and nature of fatherhood. [...] Constitutionally entrenched notions of family privacy have justified the courts’ resistance to interference with presumably freely chosen internal family arrangements, and gender-neutral norms have not been systematically assessed as to their effects concerning the possible perpetuation of gender-differentiated roles».

Como já se afirmou *supra*, esta equiparação entre maternidade e paternidade ao nível do seu valor social não significava, de todo, uma equiparação de direitos ao nível do gozo das licenças parentais. Aliás, é interessante notar que num artigo dedicado à «maternidade» (e, posteriormente, à «paternidade e maternidade») composto de apenas dois números, um desses números seja dirigido não à mulher enquanto mulher, não à mulher enquanto mãe, mas à mulher enquanto trabalhadora, assegurando-lhe o direito a uma licença por maternidade sem perda de retribuição ou regalias. É certo que esta redação foi alterada pela revisão constitucional de 1997, mas nem por isso as licenças parentais deixaram de ter um papel central enquanto direito explicitado constitucionalmente no âmbito da proteção da paternidade e da maternidade.

E esse facto é significativo da tensão que se gera entre o cuidado (trabalho não remunerado) e o trabalho remunerado. É nessa tensão que se encontra (ainda hoje) a «mulher trabalhadora». É de notar, portanto, que a construção do valor da maternidade e da paternidade tenha sido realizada, no plano constitucional, em torno do trabalho como a norma, da qual o cuidado é a exceção a acolher e a proteger. Mas não é o cuidado o protagonista: é, outrossim, o trabalho remunerado.

Esta dicotomia que se estabelece entre trabalho de cuidado e trabalho remunerado consente, aliás, duas interpretações sobre a discriminação operada pelo regime de licenças originário da Lei nº 4/84, de 5 de abril. Por um lado, ao atribuir apenas à mulher/mãe a faculdade de gozo da licença por maternidade, o legislador reforça a associação entre mulher e cuidado parental de crianças de tenra idade, refletindo desse modo a expectativa social que atribui às mulheres esse papel de modo exclusivo. Nessa sequência, é possível afirmar que estas opções de política legislativa contribuíram para a discriminação das mulheres. No entanto, trata-se de uma opção que também discriminou os homens/pais, que se viram despojados de uma das mais significativas experiências humanas: cuidar de uma criança recém-nascida. De facto, ao não terem a possibilidade de gozar a sua licença parental, era o direito à conciliação entre a vida pessoal e familiar e a vida profissional dos homens/pais que estava a ser violado.

Por isso, a evolução no sentido da criação de licenças exclusivas de mães e pais corresponde à compreensão do papel insubstituível que um e outro

têm na vida dos seus filhos²⁴ e ao reconhecimento de que tanto um quanto o outro têm direito a conciliar a sua vida pessoal e familiar com a sua vida profissional. Além disso, a licença de paternidade (em Portugal designada, como vimos, de licença parental inicial exclusiva do pai) tem sido uma das ferramentas utilizadas para promover, desde logo, a igualdade de género.²⁵ Com efeito, como vimos, esse foi um dos argumentos utilizados pelo legislador português para a adoção do incentivo à partilha da licença parental inicial. É também um dos desideratos expressos na recentemente transposta Diretiva 2019/1158 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019.²⁶

Na verdade, existe evidência empírica sobre o impacto de género dos diferentes modos de regulação das licenças parentais. Sabe-se, por exemplo, que licenças longas constroem o reingresso das mulheres no mercado laboral e estão, normalmente, associadas à ausência de respostas públicas para o cuidado de crianças pequenas.²⁷ Uma legislação neutra não é o garante de uma partilha igualitária, relevando que existem outros fatores determinantes na opção familiar sobre quem goza a licença parental para além da mera preferência pessoal. Com efeito, expectativas sociais ou razões de ordem económica podem ser, frequentemente, determinantes para essa escolha.²⁸ No entanto, também se sabe que as licenças de paternidade, ao reconhecerem

²⁴ Não por acaso, a atual redação do artigo 68º da Constituição da República Portuguesa, no seu nº 4, refere-se aos «interesses da criança».

²⁵ Sobre esta questão, vd. Miriam Rocha, «Promoting gender equality through regulation: the case of parental leave», *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 9, nº 1, 2021, pp. 35-57, disponível em <https://doi.org/10.1080/20508840.2020.1830565> [consult. 14.01.2021].

²⁶ Esta Diretiva é relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores e foi transposta, entre nós, pela Lei nº 13/2023, de 3 de abril. Nos seus considerandos, pode ler-se: «[...] Ao facilitar a conciliação entre a vida profissional e a vida familiar de progenitores e cuidadores, a presente diretiva deverá contribuir para a consecução dos objetivos consagrados no Tratado em matéria de igualdade entre homens e mulheres quanto às oportunidades no mercado de trabalho, de igualdade de tratamento no trabalho e de promoção de um nível elevado de emprego na União» (considerando 6).

²⁷ CHRISTINA BOLL, JULIAN LEPPIN, NORA REICH, «Paternal childcare and parental leave policies: evidence», *Review of Economics of the Household*, Vol. 12, nº 1, 2014, p. 133; ANDREAS KOTSADAM, HENNING FINSERAAS, «The state intervenes in the battle of the sexes: Causal effects of paternity leave», *Social Science Research*, Vol. 40, 2011, p. 1612, disponível em <https://doi.org/10.1016/j.ssresearch.2011.06.011> [17.08.2018].

²⁸ Na verdade, considerando que a disparidade salarial entre homens e mulheres é, na média da União Europeia, de cerca de 13% (cf. Eurostat, Gender pay gap statistics, disponível em https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Gender_pay_gap_statistics [consult. 17.07.2023]), e que, na maior parte dos Estados, a remuneração da licença parental corresponde apenas a uma percentagem da remuneração auferida pelo trabalho, compreende-se que a decisão economicamente racional dita que seja o membro do casal com menor rendimento a gozar a licença parental, uma vez que essa opção é aquela que permite otimizar o rendimento disponível.

aos pais (homens) o direito de cuidarem, são meios de combate a uma visão estereotipada do cuidado parental que o identifica com o cuidado maternal.

Daqui decorre que a valorização do cuidado surge frequentemente como um instrumento para a realização de certos fins considerados desejáveis: o interesse da criança, a conciliação entre a vida pessoal e familiar e a vida profissional e a igualdade entre mulheres e homens.²⁹

Outra reflexão prende-se com a questão do subsídio parental. Este subsídio foi criado, inicialmente, para acompanhar a licença por maternidade e a licença por paternidade, integrado no sistema previdencial da segurança social, ou seja, como contrapartida das contribuições realizadas pelo trabalho. Por isso, embora se denomine subsídio, é perspetivado como um direito adquirido através do trabalho produtivo. Entre nós, ao longo dos últimos trinta anos, como vimos, este subsídio manteve sempre um nível de remuneração elevada.

No entanto, os únicos pais com acesso a um subsídio por maternidade ou por paternidade eram os pais trabalhadores, ou seja, a valorização do trabalho de cuidado operava-se, exclusivamente, a partir do trabalho remunerado. Não subsistia por si só. Este paradigma alterou-se com a introdução no regime de proteção na parentalidade, em 2008, dos subsídios sociais na maternidade e na paternidade. Contudo, este subsídio, enquadrado no sistema de solidariedade social, é percecionado não como uma contrapartida por um valor produzido (uma vez que não tem como condição ou contrapartida a realização de trabalho produtivo), mas como um apoio social àqueles que são mais vulneráveis, como se pode ler no preâmbulo do Decreto-Lei nº 105/2008, de 25 de junho, que criou estes subsídios:

«constitui preocupação do XVII Governo Constitucional reforçar a protecção social na eventualidade em presença, estruturando a protecção a conferir ao universo da população que, por não se encontrar inserida no mercado de trabalho, ou apresentar insuficiência de carreira contributiva, não tem direito

²⁹ Recorde-se que a meta 5.4 da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável (aprovada pela Resolução da Assembleia Geral A/RES/70/1, adotada a 25 de setembro de 2015) é precisamente “reconhecer o valor do cuidado não remunerado”, como forma de atingir o objetivo da igualdade entre mulheres e homens.

à protecção no domínio do sistema previdencial, apresentando simultaneamente uma situação de vulnerabilidade económica»

O Decreto-Lei nº 91/2009, de 9 de abril, que ainda hoje vigora (embora com algumas alterações) manteve sempre este desenho do subsídio social parental, sujeitando-o a condição de recursos (artigo 53º) e atribuindo um valor que é, efetivamente, muito baixo: o montante diário nas modalidades melhor remuneradas é igual a 80% de um 30 avos do valor do IAS, o que significa, em 2023, € 12,81.

Ora, a opção pelo estabelecimento de um subsídio social parental como um apoio estadual a uma situação de vulnerabilidade económica também atesta as resistências ao reconhecimento do valor efetivo do cuidado, uma vez que tais apoios não obedecem a uma lógica de «compensação» do valor efetivamente produzido pelo cuidado realizado, ou seja, não existe uma equivalência entre o valor económico do subsídio e o benefício gerado para a sociedade pelo trabalho reprodutivo que o cuidado produz.

Em suma, pese embora tenham sido dados importantes passos no sentido do reconhecimento do valor do cuidado, esses passos parecem ter sido motivados por outros valores e interesses que não o do cuidado em si mesmo considerado.

4. Conclusões

As últimas três décadas assistiram a alterações significativas no regime de protecção da parentalidade, nomeadamente, no que se refere ao gozo das licenças parentais. Se, num primeiro momento, o estabelecimento de uma licença por maternidade de cariz universal refletia as concepções vigentes sobre as necessidades das mães e das crianças, sendo considerada uma medida que contribuía para a igualdade real entre homens e mulheres, certo é que essa concepção se foi alterando.

Sem colocar em causa a relevância da licença por maternidade e, portanto, da possibilidade de as mães conciliarem o momento exigente (desde logo, em termos de cuidados) do nascimento de um filho com a sua vida profissional, assegurando a continuidade do posto de trabalho e uma

adequada remuneração durante o período de licença, tornou-se evidente que a atribuição de licença, por regra e de modo exclusivo, às mães contribuía para a perpetuação de estereótipos de género, reforçando as expectativas sociais de que o cuidado de crianças pequenas cabe às mulheres/mães.

Nesta medida, o rumo iniciado em Portugal, em 2009, com o alargamento da licença de paternidade e a imposição da sua obrigatoriedade (ainda que apenas relativamente a parte do período de licença) correspondeu a uma nova conceção sobre a relevância do cuidado parental de ambos os progenitores para o desenvolvimento da criança, bem como a uma conceção mais profunda do significado da igualdade entre mulheres e homens, reconhecendo a necessidade de partilha das responsabilidades de cuidado entre ambos.

Contudo, o facto de a regulação do regime de proteção da parentalidade se ter centrado, na sua génese, na questão da dispensa do trabalho (sendo esse, aliás, o direito que mereceu desde logo expressa consagração constitucional) é demonstrativa da construção dos direitos relacionados com o cuidado como «direitos especiais» e, portanto, excecionais.

A isto acresce que a valorização social do cuidado, através do regime de licenças parentais e da atribuição de subsídios parentais, parece ter sido sempre uma medida instrumental, visando a realização de outros interesses, como sejam o interesse da criança, a promoção da igualdade de género ou a conciliação entre a vida pessoal e familiar e a vida profissional, inexistindo um discurso de valorização do cuidado em si mesmo considerado. Na verdade, mesmo o subsídio social parental – que é atribuído àqueles que não têm acesso ao subsídio parental no âmbito do sistema previdencial – não reflete o valor do benefício gerado pelo trabalho de cuidado realizado por aqueles a quem é atribuído, mas é antes contruído como um apoio social a pessoas em situação de vulnerabilidade económica, sujeito a condição de recursos.

A valorização do cuidado é uma exigência de justiça, que implica uma agenda transformadora, destinada a substituir um paradigma secular que atribui o cuidado às mulheres e o remete para a esfera privada por um paradigma que envolva toda a comunidade política na responsabilidade do cuidado, criando condições justas e dignas para aqueles que, dentro da comunidade, se dedicam a essas tarefas. As alterações experienciadas nos últimos trinta anos podem já representar o início, ainda incipiente, dessa transformação. Aguardemos para ver o que as próximas três décadas nos revelarão.

A MAIORIDADE COMO O LIMITE ETÁRIO DO ADOTANDO

Patrícia Sousa Borges ¹
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.11>

1. Notas iniciais²

O presente estudo tem como propósito estudar a fixação de um limite etário para o adotando à luz do definido no art. 1980º do Código Civil³.

Naquele preceito legal, o legislador define os requisitos necessários para que o adotando reúna capacidade para a adoção, estabelecendo que a adoção só é permitida até à maioridade, desde que o adotando não se tenha emancipado e tenha sido confiado ao adotante (mediante confiança administrativa ou através de medida de promoção e proteção de confiança com vista à futura adoção) ou caso o adotante se proponha adotar filho do cônjuge.

¹ Assistente Convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho; Investigadora integrada não Doutorada do JusGov – Centro de Investigação para a Justiça e Governação.

² Parte deste texto corresponde, ainda que com alterações e desenvolvimentos, ao nosso artigo: «A interpretação do conceito de confiança previsto no nº 3 do artigo 1980º do Código Civil à luz do superior interesse da criança», *in Atas do I Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões – as relações pessoais, familiares e sucessórias*, DIAS, Cristina / CRUZ, Rossana Martingo / BARROS, João Nuno / BORGES, Patrícia Sousa (coords.), Jusgov – Centro de Investigação para a Justiça e Governação, ISBN: 9789899136267, 2023.

³ Adiante será usada a abreviatura CC.

Com a recente alteração legislativa materializada pela Lei nº 46/2023, de 17 de agosto, que veio modificar a idade máxima do adotando e a idade mínima do adotante, a exceção que até então vinha plasmada no nº 3 daquela norma, que previa a possibilidade de a criança ser adotada até aos dezoito anos, desde que esta até aos seus quinze anos tivesse sido confiada aos adotantes ou quando se tratar de filhos do cônjuge do adotante⁴, foi revogada⁵.

Assim, com esta nova redação, a adoção em Portugal passa a consagrar a maioridade como limite máximo para o adotando, aproximando-se assim de outros ordenamentos jurídicos europeus.

2. A fixação de um limite etário para o adotando – e a sua constitucionalidade

O artigo 1980º do CC estabelece os requisitos necessários para o adotando com vista à sua futura adoção, concretizando, não só o limite etário para a concretização da adoção, mas também a exigência de que tenha sido confiado aos proponentes a adotantes em momento prévio ao processo de adoção.

Assim sendo, em Portugal, o legislador fixou, muito recentemente, os dezoito anos como o limite etário do adotando (nº 2, art. 1980º CC), sendo essa idade aferida à data da apresentação do requerimento de adoção, isto é, aquando do início da fase do processo judicial de adoção⁶. Porém, além deste requisito formal, a lei exige ainda que, em momento anterior à entrada do requerimento de adoção, o adotando tenha sido confiado aos requerentes a adotantes, mediante uma confiança administrativa ou uma

⁴ Norma que se aplicava analogicamente à criança filha do unido de facto, por força do estipulado no art. 7º da Lei nº 2/2017, de 29 de fevereiro. V. CRUZ, Rossana Martingo, *União de Facto Versus Casamento, Questões Pessoais e Patrimoniais*, 1.ª edição, Gestlegal, 2019, pp. 181 e 182.

⁵ A divergência a propósito da interpretação do conceito de confiança insito no revogado nº 3 do art. 1980º do CC deixa assim de subsistir, aproximando-se a atual redação daquilo que havíamos defendido anteriormente (v. «A interpretação do conceito de confiança previsto no nº 3 do artigo 1980º do Código Civil à luz do superior interesse da criança», in *Atas do I Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões – as relações pessoais, familiares e sucessórias*, DIAS, Cristina / CRUZ, Rossana Martingo / BARROS, João Nuno / BORGES, Patrícia Sousa (coords.), Jusgov – Centro de Investigação para a Justiça e Governação, ISBN: 9789899136267, 2023).

⁶ Para mais desenvolvimento destas matérias: OLIVEIRA, Guilherme de, RAMOS, Rui Manuel Moura, *Manual de Direito da Família*, Almedina, 2020, pp. 480 a 489 e OLIVEIRA, Guilherme de, *Adoção e Apadrinhamento Civil*, Petrony, 2019, pp. 49 a 56.

medida de promoção e proteção de crianças com vista à futura adoção (al. a), nº 2, art. 1980º CC), prescindindo apenas da verificação deste requisito quando o adotante se proponha a adotar filho do cônjuge (al. b), nº 2, art. 1980º CC)⁷.

O limite etário é um critério comum em vários ordenamentos jurídicos, não sendo caso único em Portugal⁸ porém, em 2003, esta presunção etária chegou mesmo a ser objeto de fiscalização junto do Tribunal Constitucional^{9/10}, em virtude de a fixação deste requisito formal poder entrar em colisão com o princípio do Direito a constituir Família através do processo de adoção, previsto no nº 7 do art. 36º da Constituição da República Portuguesa¹¹. Aliás, nas palavras de Carla Amado Gomes, o estabelecimento de limites temporais assenta “sobretudo na proteção dos interesses do menor: em ser adoptado num momento em que a sua personalidade não esteja de tal modo “formatada” que lhe seja difícil ambientar-se a um meio familiar totalmente novo, e em ter a garantia de acompanhamento, por parte do adoptante (individualmente ou em família) durante um período de tempo razoável”¹².

Àquela data, o Tribunal Constitucional pronunciou-se no sentido da não inconstitucionalidade da norma¹³, fazendo a analogia com o prazo para o estabelecimento da filiação natural, para a qual o legislador também impõe limites temporais para a conclusão de todo o processo, prevendo-o em abono do principal propósito do processo de adoção ser o de procurar que

⁷ No texto legislativo anterior à publicação à Lei nº 4466/2023, de 17 de agosto, o legislador estabelecia que: Todavia, o legislador consagra uma exceção quanto ao limite máximo de idade para a criança ser adotada, alargando esse limite etário dos quinze para os dezoito anos, desde que a criança não se encontre emancipada e que desde idade não superior aos quinze, tenha sido confiada aos candidatos a adotantes (ou a um deles) ou quando for filho do cônjuge do adotante (nº 3, art. 1980º CC).

⁸ Conforme *infra* estudaremos.

⁹ Ac. do Tribunal Constitucional nº 551/2003, proferido pela 2ª Secção em 12/11/2003, no âmbito do processo nº 86/03, disponível em www.tribunalconstitucional.pt, última consulta em 17/07/2023.

¹⁰ Sobre esta temática, veja-se, também, GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado – Volume V*, Quid Juris, 2014, p. 398.

¹¹ Adiante será usada a abreviatura CRP.

¹² GOMES, Carla Amado, “Filiação, adopção e protecção de menores – Quadro constitucional e notas de jurisprudência”, in *Separata da Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, nº 13, ISCAP, 2008, pp. 44 a 45.

¹³ No aresto em apreço, o Tribunal Constitucional debruçou-se a apreciar da constitucionalidade da norma do artigo 1980º do Código Civil, no sentido de aferir se a interpretação de que o requisito da menoridade deve existir no momento da propositura da ação e não do pedido feito ao organismo da segurança social, não poderia ser inconstitucional à luz do art. 36º da CRP.

a realidade afetiva que venha a subsistir entre o adotando e o adotante seja o mais similar à que se estabelece na filiação. Foi com base nesta premissa que o legislador optou por impor limites etários quanto ao adotando, quer balizando a maioridade como limite (ou emancipação), para que este possa usufruir da companhia dos adotantes em toda a fase de desenvolvimento de personalidade, compreendida entre a infância e a adolescência¹⁴, quer fixando pressupostos mais exigentes para a adoção de crianças cuja maioridade se aproxima¹⁵, cumprindo, assim, como escreve Antunes Varela, o real interesse social da adoção¹⁶.

Porém, esta contenda continua longe de se tornar pacífica e em 2022 esta questão voltou a ser levantada junto do Tribunal Constitucional, tendo àquela data, o Tribunal Constitucional entendido que o nº 3 do artigo 1980º do CC¹⁷ seria inconstitucional “quando interpretado no sentido segundo o qual se exclui a possibilidade de adoção de um jovem com idade superior a 18 anos à data de entrada do requerimento do adotante no tribunal, quando se trate de filho do cônjuge do requerente, tratado pelo adotante como filho desde a infância, tendo-se estabelecido entre ambos uma relação de afeto, cuidado e assistência idêntica às que habitualmente se estabelecem entre pai e filho, quando aplicado aos casos em que, à data em que o candidato a adotante apresentou o requerimento inicial junto do organismo de Segurança Social, o adotando fosse menor e não emancipado, atingindo a maioridade no decurso da fase administrativa do processo de adoção.”¹⁸. Assim, nesta decisão mais recente¹⁹, o Tribunal Constitucional entendeu que a convivência social e afetiva que se estabeleceu, naquele caso concreto,

¹⁴ VARELA, J. Antunes, *Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed., Lisboa, Petrony, 1999, p.131.

¹⁵ Isto porque, tal como se pode ler no Ac. proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, datado de 09/02/2021, no âmbito do processo nº 211/20.2T8STC.E1.S1: “Compreende-se que a lei não admita a adoção de maiores de idade e que estabeleça requisitos especiais para a adoção de adolescentes com idade próxima da maioridade, com base no paradigma de que a adoção de crianças mais novas apresenta maior potencialidade para a criação de laços afetivos semelhantes à filiação”, disponível em www.dgsi.pt, última consulta em 12/07/2023.

¹⁶ VARELA, J. Antunes, *Idem*.

¹⁷ A esta data já revogado pela Lei nº 46/2023, de 17 de agosto.

¹⁸ Ac. do Tribunal Constitucional nº 132/2022, proferido pela 1ª Secção em 15/02/2022, no âmbito do processo nº 533/2021, disponível em www.tribunalconstitucional.pt, última consulta em 17/07/2023.

¹⁹ Para o desenvolvimento destas matérias, ver JORGE, Nuno de Lemos, “Adoção e maioridade: acórdão nº 132/2022 do Tribunal Constitucional”, in *Lex Familiae Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 19 – nº 37, 2022, ISSN 1645-9660, pp. 85 a 95.

entre o adotando e o requerente à adoção se sobrepunha ao critério formal do limite etário do adotando.

Hodiernamente, com a publicação da Lei nº 46/2023, de 17 de agosto, que veio modificar a idade máxima do adotando e a idade mínima do adotante, Portugal aproxima-se de outros ordenamentos jurídicos europeus, como por exemplo, da Espanha e da Alemanha, em que o limite etário é também os dezoito anos do adotando, sem prejuízo destes ordenamentos jurídicos preverem ainda a possibilidade do alargamento dessa faixa etária em casos excecionais.

O ordenamento jurídico espanhol, no artigo 175 do Código Civil²⁰, prevê a possibilidade de um maior de idade ser adotado desde que entre o maior e o candidato a adotante exista uma situação de convivência estável de pelo menos um ano e que essa convivência estável assente na criação de laços afetivos fortes e seguros²¹. Do mesmo modo, sucede na Alemanha²², onde a adoção de maiores é permitida desde que moralmente justificada, em virtude de entre o adotando e o adotante se evidenciar uma relação semelhante à filiação.

3. A evolução legislativa face à definição dos limites etários

A fixação de limites etários para o adotando sempre foi um dos critérios definidos pelo legislador para se aferir da sua capacidade para a adoção, pelo que importa analisar a evolução legislativa que a norma habilitante veio a sofrer ao longo dos tempos²³.

Na verdade, como escreve Alfredo Meneres Barbosa apesar da adoção – pelo menos como situação de facto – ser tão antiga como a própria

²⁰ Artículo 175º nº 2 do Código Civil Espanhol: Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año.

²¹ A este propósito veja-se, entre outros, OLIVEIRA, Guilherme de, *Adoção...*, *ob. cit.*, p.46.

²² § 1767 Bürgerliches Gesetzbuc: (1) Ein Volljähriger kann als Kind angenommen werden, wenn die Annahme sittlich gerechtfertigt ist; dies ist insbesondere anzunehmen, wenn zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden ist.

²³ A este propósito, veja-se também, LIMA, Pires de, VARELA, J. Antunes, *Código Civil Anotado – Vol. V*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, pp. 523 a 526.

humanidade²⁴, foi apenas com a publicação do Decreto-Lei nº 47344, de 25 de novembro de 1966, que a adoção passou a constar do leque de fontes de relações jurídico familiares, passando esse instituto a fazer parte do nosso Código Civil (art.1576º CC). Nesta versão originária, o legislador estabeleceu, desde logo, um limite etário máximo para a criança a adotar, fixando a regra nos catorze anos de idade e prevendo como exceção os vinte e um (desde que esta não se tivesse emancipado), se até idade não superior aos catorze anos estivesse estado, de facto ou de direito, ao cuidado do adotante, pelo que, nesta primeira redação legislativa, e a reboque do próprio contexto social, a mera confiança de facto era suficiente para que a adoção viesse a ser decretada judicialmente.

Foi com a reforma operada ao Código Civil pelo Decreto-Lei nº 496/77, de 25 de novembro, que o legislador, impôs, pela primeira vez, a menoridade como condição essencial para o decretamento da adoção, mantendo a possibilidade da verificação da mera confiança de facto entre o candidato a adotante e a criança, desde pelo menos os catorze anos desta.

Acontece que, volvidos dezasseis anos, com a alteração legislativa operada pelo Decreto-Lei nº 185/93, de 22 de maio, que aprovou o regime jurídico da adoção, esta possibilidade menos complexa e formalista desapareceu do nosso ordenamento jurídico. Com esta mutação legislativa, a idade máxima para a criança ser adotada passou a residir nos quinze anos – tendo o legislador consagrado a possibilidade do alargamento deste limite etário até idade não superior aos dezoito, desde que até aos quinze anos esta tivesse sido confiada aos adotantes (ou a um deles) ou se respeitar à adoção de criança filha do cônjuge. Acontece porém que, no nº 1 daquele preceito legal, o legislador concretizou os tipos de confiança admissíveis para o momento prévio à adoção, *i.e.*, o legislador concretizou que a adoção teria de ser precedida de uma confiança judicial ou administrativa, eliminando da redação daquele dispositivo legal, a mera confiança de facto ou mero estado de cuidar, porquanto, com a revogação da redação normativa anterior, este artigo deixou de tutelar as «ditas confianças de facto», tornando assim aquele requisito obrigatório mais restrito.

²⁴ BARBOSA, Alfredo Meneres, “A revisão do Código Civil em matéria de adoção”, *in* Infância e Juventude Infância e Juventude: revista do Instituto de Reinserção Social, n.º 4, out.-dez., 1978, pp. 7 a 12.

Por outro lado, com este avanço legislativo, deixou de fazer parte do texto normativo a concretização do estado de abandono, tendo este conceito sido substituído pela confiança judicial com vista a futura adoção, plasmada no artigo 1978º do CC, e, por conseguinte, passaram a poder ser adotadas: as crianças de pais incógnitos ou falecidos; crianças abandonadas; crianças cujos progenitores, no exercício das suas funções, pusessem em perigo a sua segurança, saúde, formação moral ou educação em termos que, pela sua gravidade, comprometam seriamente os vínculos afetivos próprios da filiação ou ainda, nas situações em que os pais demonstrassem manifesto desinteresse pela criança, em termos de comprometer seriamente os vínculos afetivos próprios da filiação.

No preâmbulo do referido Decreto, o legislador fundamentou esta alteração em abono de uma maior segurança no processo de adoção, almejando, “por um lado, possibilitar a adoção de crianças com idade mais elevada e, por outro, privilegiar a desejável precocidade da adoção, sem prejuízo da necessária segurança. Assim, exigia-se, em todos os casos, que o adotando tenha estado ao cuidado do adotante durante prazo suficiente para se poder avaliar da conveniência da constituição do vínculo”. Esta avaliação passou a ser aferida por órgãos competentes e especializados, cujo entendimento ia no sentido de que a simples confiança de facto não podia encontrar campo de aplicação, em virtude de não ser possível aferir da segurança da futura relação jurídico familiar.

A sucedânea alteração legislativa operada ao artigo 1980º do CC foi dada pelo Decreto-Lei nº 120/98, de 8 de maio, sem que, contudo, tenham sido introduzidas alterações significativas, mantendo a necessária confiança – administrativa ou judicial – em momento prévio à apresentação do requerimento de adoção, não reconhecendo outras situações de facto, que não as previstas no nº 1 do referido preceito legal.

Situação diversa sucedeu com a entrada em vigor da Lei nº 31/2003, de 22 de agosto, que na sua redação veio possibilitar a adoção de crianças que tivessem sido confiadas administrativamente, judicialmente ou por medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção, prevista na alínea g) do nº 1 do artigo 35º, e no artigo 38º-A, da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo. Por conseguinte, o legislador equiparou a uma situação de confiança administrativa e judicial

ao decretamento de uma medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção, contribuindo, por seu turno, para o aceleramento do processo de adoção, visto que, caso a criança já beneficiasse de uma medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção não era necessário realizar-se outros procedimentos administrativos prévios, tornando possível o recurso imediato à fase judicial do processo de adoção.

Em 2015, foi publicada a Lei nº 143/2015, de 8 de setembro, que além de alterar o Código Civil, veio aprovar o Regime Jurídico do Processo de Adoção, que passou a regular os processos de adoção nacional e internacional, bem como a intervenção nesses processos das entidades competentes.

A esta data, o legislador concretizou no nº 3 do artigo 1980º do CC, que podiam ser adotadas, todas as crianças que, em momento anterior aos quinze anos, tivessem sido confiadas ao adotante mediante confiança administrativa ou medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção (ou fossem crianças filhas do cônjuge do adotante). Assim sendo, à luz de uma interpretação restrita a este preceito legal, a exceção prevista no nº 3 da referida norma, previa apenas que excepcionalmente podiam ser adotados até aos dezoito anos, as crianças filhas do cônjuge do adotante ou caso a criança tivesse sido confiada administrativamente ou tivesse beneficiado de medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção, sendo que, em ambos os casos, pelo menos desde os quinze anos de idade.

Daquela alteração, resultou cristalino que o legislador restringiu ainda mais o campo de situações que pudessem englobar a interpretação do conceito de confiança, visto que retirou a possibilidade da criança ser adotada quando tivesse sido entregue ao adotante em virtude de uma decisão proveniente de uma providência tutelar cível de confiança judicial com vista à adoção, deixando de tipificar, no nº 1 do artigo 1980º do CC, como possibilidade de confiança - a confiança judicial com vista a futura a adoção²⁵. De acordo com a Proposta de Lei nº 340/XII que antecedeu a esta reforma legislativa, a verdadeira razão para a eliminação da possibilidade de a criança ser adotada

²⁵ A este propósito veja-se CHABY, Estrela, em anotação ao artigo 1980, in *Código Civil Anotado*, in AAVV, PRATA, Ana (coord.), vol. II, 2ª edição, Almedina, 2019, pp. 903 a 905.

quando em momento prévio tenha sido entregue aos candidatos a adotantes através de uma decisão tomada no âmbito de um procedimento tutelar cível, assentou, fundamentalmente, na intenção de abolir instrumentos processuais de aplicação prática residual. A este propósito, lia-se na referida Proposta de Lei 340/XII/4 que “a análise dos dados estatísticos permitiu constatar a existência de um número muito reduzido de confianças judiciais requeridas e atribuídas, nos últimos anos, facto ao qual não será alheia a criação, em 2003, na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei nº 147/99, de 1 de setembro, alterada pela Lei nº 31/2003, de 22 de agosto, das medidas de promoção e proteção de confiança a uma instituição com vista a futura adoção ou a pessoa selecionada para a adoção. Tal permitiu concluir pela desnecessidade daquela providência tutelar cível, introduzindo-se uma maior coerência no sistema, fazendo depender o encaminhamento para a adoção ou a adotabilidade unicamente de confiança administrativa ou medida de promoção e proteção”²⁶.

Assim sendo, a previsão da faculdade da criança ser adotada mediante uma confiança prévia de facto, vigorou no Código Civil português durante cerca de vinte e cinco anos, tendo a reforma ao Código Civil operada pelo Decreto-Lei nº 185/93, de 22 de maio, eliminando definitivamente essa possibilidade. É inegável que com a evolução social os casos que germinam de uma confiança de facto são cada vez mais redutos, porém, não podemos olvidar que, pelas mais variadas razões, elas continuam a subsistir e a obrigar uma pronúncia por parte dos tribunais.

Significa, portanto, que aquilo que em 1993 parecia lógico ao legislador, em favor da maior segurança de todo o processo de adoção, continua a suscitar dissensos quando confrontada com o principal propósito da adoção – aproximar o vínculo afetivo do vínculo natural e ainda mais, se interpretado de acordo com o superior interesse da criança, pois como refere Rossana Martingo Cruz “a adoção pauta-se, sobretudo, pelo superior interesse da criança, isto é, do adotando.”²⁷.

²⁶ Proposta de Lei 340/XII/4, de 28 de maio de 2015, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=39540>, última consulta em 16/07/2023.

²⁷ CRUZ, Rossana Martingo, em anotação ao artigo 1586, in *Código Civil Anotado, Livro IV, in AAVV*, SOTTOMAYOR, Clara (coord.), Almedina, 2020, p. 37.

Entendemos que, assente neste princípio fundamental que deve nortear todo o processo de adoção: o seu superior interesse, em agosto do presente ano de 2023, com a publicação da Lei nº 46/2023, de 17 de agosto, o legislador apresentou uma nova redação a este preceito legal, estendendo o limite etário para o adotando e reduzindo a idade mínima do candidato a adoção²⁸, passando a prever a maioria como o limite máximo para o adotando (desde que não se tenha emancipado em momento anterior) mas mantendo a confiança prévia ao cuidado do adotante, mediante confiança administrativa ou medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção, tal como prevê a al. a), do n. 1, do art. 1980º CC.

4. A fixação da maioria como limite etário para o adotando

Com a publicação da Lei nº 4466/2023, de 17 de agosto, o art. 1980º do CC ganhou um novo texto normativo, passando a ler-se no nº 2 desse preceito legal que “o adotando deve ter menos de 18 anos e não se encontrar emancipado à data do requerimento de adoção”, desde que, em momento prévio ao processo de adoção, tenham sido confiadas ao adotante mediante confiança administrativa ou medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção ou se trate de adotando filho do cônjuge do adotante. O legislador, ao estabelecer a maioria (ou emancipação) como o limite etário para o adotando, acabou por revogar o nº 3 do referido preceito legal, cuja aplicabilidade deixou de assumir relevância prática face ao alargamento do limite etário máximo para a adoção.

Esta recente alteração legislativa, é sucedânea dos nove projetos lei que, em fevereiro de 2023, foram a votação na Assembleia da República, e onde se previa efetivamente a alteração do limite etário para a criança ser a adotada. As propostas apresentadas sustentavam-se em diferentes fundamentos para a alteração, mas eram unânimes em defender a ideia de que o alargamento do limite de idade para a criança ser adotada não vinha comprometer a criação do vínculo afetivo exigido .

²⁸ Em face das alterações operadas pela Lei nº 46/2023, de 17 de agosto, pode adotar quem tiver mais de vinte cinco anos (nº 2, do art. 1979º CC).

Assim, hodiernamente deixou de subsistir a necessidade de se recorrer à exceção que residia no nº 3 do artigo 1980º do CC, que permitia, em determinados casos concretos, a concretização da adoção até aos dezoito anos, desde que o adotando não se tivesse emancipado, sendo que, afastando-se a circunstância da criança ser filha do cônjuge do adotante, aquela exceção reduzia-se ao facto da criança ter estado confiada aos requerentes da adoção até idade inferior aos quinze anos. Na verdade, sempre defendemos a interpretação extensiva do nº 3 do artigo 1980º do CC, apoiando a adoção até aos dezoito anos de idade, mesmo nos casos em que tivesse existido uma mera confiança de facto estabelecida entre o adotando e o candidato à adoção e que dessa relação tivesse nascido uma relação socioafetiva similar à da filiação, cumprindo-se assim o principal desígnio do art. 1974º do CC, afastando assim a reserva para a aplicação daquela exceção aos casos em que a criança tivesse estado ao adotante mediante confiança administrativa ou medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção (al. a), do n. 1, do art. 1980º CC).

Sucede que, ao contrário do que acontece noutros ordenamentos jurídicos, designadamente em Espanha e na Alemanha²⁹, o legislador optou pela fixação da maioridade como o limite etário máximo do adotando para a concretização do projeto de adoção, não prevendo qualquer tipo de exceção para o alargamento da idade do adotando.

5. Breves referências conclusivas

Não podemos deixar de elucidar que o estabelecimento da filiação por adoção constitui uma fonte jurídica de uma relação familiar (art. 1586º CC), que encontra amparo constitucional no nº 7 do art. 36º da CRP e que, como afirma Guilherme de Oliveira foi delineado para ter em consideração o interesse do adotando e do interesse geral de proteção da infância mais desfavorecida³⁰. Sendo certo, porém que, não podemos deixar de referir que estamos a tutelar uma matéria que versa sobre a vida de uma criança e, por

²⁹ Conforme *supra* já estudado.

³⁰ OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 467.

consequente, toda a disciplina e regulamentação deve ser realizada à luz do superior interesse da criança que constitui um princípio fundamental de Direito da Família e das Crianças consagrado no Direito Internacional (art. 3º Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das crianças) e no Direito da União Europeia (nº 2, art. 24º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), porquanto, com base nessa premissa, o legislador impõe que todas as decisões que interfiram com a vida da criança, devam ter em consideração todos os seus direitos e interesses maiores, quanto mais, num processo que respeita o seu projeto de vida.

Assim, apadrinhamos esta muito recente reforma legislativa que veio a contemplar o alargamento da idade do adotando para os seus dezoito anos de idade – alteração que já havíamos defendido – sendo certo que, apesar desta última reforma ter traços francamente positivos, parece-nos importante continuarmos a destacar que a adoção é uma fonte de uma relação jurídica familiar e por isso preocupa-nos que a procedência do processo judicial de adoção possa continuar a ficar (também) dependente da omissão de um único requisito formal: a idade do adotando. Na verdade, fazendo-se uma nova interpretação ao art. 1980º do CC à luz do superior interesse da criança, parece-nos que continua a persistir a questão: quando todos os requisitos substantivos se demonstrarem preenchidos casuisticamente, iremos impedir o projeto adotivo, com base num pressuposto formal? Com isto queremos conjecturar se o legislador português podia ter optado por um regime similar ao de Espanha e da Alemanha, onde a adoção é permitida, excecionalmente, para além da maioridade.

Deste modo, à luz do superior interesse da criança e ao facto de a adoção representar, por muitas vezes, o verdadeiro plano de vida de uma criança, continuamos a defender que devem os Tribunais, a reboque dos princípios inerentes a um processo de jurisdição voluntária: decidir mais com o coração³¹ e aferir se a realidade casuística cumpre o principal desígnio da adoção: um vínculo socioafetivo em tudo semelhante ao vínculo biológico,

³¹ No Ac. do Supremo Tribunal de Justiça datado de 29/04/2021, proferido no âmbito do processo nº 3733/20.1T8CBR. C1.S1, disponível em www.dgsi.pt, última consulta em 24/07/2023, pode ler-se o seguinte: “Decidiu aqui a Relação de Lisboa mais com o coração do que com o frio texto legal «stricto sensu»”, fazendo, assim, referência ao sentido decisório, e, por conseguinte, à interpretação extensiva ao nº 3 do art. 1980º do CC realizada pelo Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa datado de 08/07/2017, *infra* identificado.

visto que como defende Lucília Gago “todos temos de ser chamados a intervir no processo de adoção – todos temos de ter uma atitude construtiva e clarividente em prol das crianças, em que muitas vezes a sua derradeira esperança, assenta na adoção”³².

³² GAGO, Lucília, “O que muda no regime da adoção em Portugal”, in *Revista do CEJ*, 2015, II, p. 95.

JUSTIÇA INCLUSIVA E DIVERSIDADE CULTURAL NA PRÁTICA DOS TRIBUNAIS PORTUGUESES – NOTAS EM HOMENAGEM A FRANCISCO SALGADO ZENHA

Patrícia Jerónimo¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.12>

1. Justiça e pluralismo na obra de Francisco Salgado Zenha

Não é certo que Francisco Salgado Zenha alguma vez tenha usado a expressão *justiça inclusiva*. É provável, aliás, que nunca o tenha feito, já que a *inclusividade* e seus termos derivados constituem adições relativamente recentes ao vocabulário dos direitos humanos, ainda que hoje pareçam estar em toda a parte, muito por força do lugar que ocupam na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (ONU)².

¹ Professora Associada na Escola de Direito da Universidade do Minho (EDUM). Este trabalho resulta de investigação desenvolvida no quadro do projeto *Igualdade e Diferença Cultural na Prática Judicial Portuguesa: Desafios e Oportunidades na Edificação de uma Sociedade Inclusiva* (InclusiveCourts), financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia com a ref.³ PTDC/DIR-OUT/28229/2017, de que a autora foi investigadora responsável.

² Adotada pela Resolução 70/1 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 25 de setembro de 2015, e disponível em https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf [17.08.2023].

Isso não significa, em todo o caso, que as preocupações que estão no centro dos debates académicos e das políticas públicas subsumíveis ao rótulo *justiça inclusiva* não tenham estado já presentes na obra publicada por Salgado Zenha e na sua ação como advogado e como líder político. Basta pensar na importância que as questões do acesso à justiça e das garantias processuais assumiram ao longo da sua vida e na sua obra. Durante o Estado Novo, foi várias vezes detido pela PIDE por atos de oposição ao regime autoritário e notabilizou-se como advogado na defesa de presos políticos. No pós-25 de abril, foi Ministro da Justiça dos quatro primeiros Governos Provisórios, tendo impulsionado a criação do cargo de Provedor de Justiça³ e posto termo à discriminação das mulheres no acesso à magistratura judicial e do Ministério Público⁴. Para referir apenas alguns indicadores expressivos... Significativamente, Salgado Zenha pugnou sempre por um «processo decente e leal»⁵, bem como pela via do diálogo, da compreensão e do respeito mútuo – por vezes, usava o termo *tolerância*⁶ –, em nome dos valores cristãos, do pluralismo e da dignidade da pessoa humana.

Os direitos humanos foram uma matéria muito cara a Salgado Zenha e ocupam um lugar proeminente nos seus estudos⁷, que frequentemente cotejam as soluções de Direito interno com os parâmetros internacionais adotados sob a égide da ONU e do Conselho da Europa. Na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que disse constituir o «pecúlio moral e jurídico das sociedades civilizadas»⁸, Salgado Zenha encontrou, por exemplo, sustento para a correlação entre a liberdade individual e o «direito

³ Informação disponível em <https://www.provedor-jus.pt/quem-somos/historia/o-provedor-em-portugal/> [17.08.2023].

⁴ Como recordado por Edite Estrela na Conferência *Os Testemunhos Necessários*, que decorreu na EDUM, em 2 de maio de 2023, em comemoração do centenário do nascimento de Salgado Zenha. Ao minuto 1:00:54 do vídeo disponível em https://www.youtube.com/watch?v=s3tw_EewKEU&t=3144s [17.08.2023].

⁵ Expressão atribuída a Salgado Zenha por Daniel Proença de Carvalho, na Conferência *Os Testemunhos Necessários*, ao minuto 1:56:35 do vídeo referido na nota anterior.

⁶ Veja-se, por exemplo, FRANCISCO SALGADO ZENHA, *Quatro Causas: Peças Forenses*, Lisboa, Livraria Moraes Editora, 1969, cuja dedicatória explica o livro como «tentativa de contribuição para o reingresso dos hábitos de tolerância na convivência nacional».

⁷ Não por acaso, a Fundação que leva o seu nome instituiu na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra um prémio destinado a galardoar, em cada ano letivo, os melhores trabalhos escritos sobre temas de direitos humanos, Direito Humanitário ou direitos, liberdades e garantias. Informação disponível em <https://www.uc.pt/fduc/fundacao-salgado-zenha/estatutos/> [17.08.2023].

⁸ FRANCISCO SALGADO ZENHA, «A Constituição, o juiz e a liberdade individual», *Revista da Ordem dos Advogados*, 1973, p. 4.

ao juiz», notando que a liberdade individual proclamada no artigo 9º da DUDH exige que ninguém seja arbitrariamente preso, detido ou exilado⁹. Num outro texto, posterior à entrada em vigor da Constituição de 1976, Salgado Zenha chamou a atenção para o facto de a Constituição ter reconhecido a DUDH como fonte subsidiária do nosso Direito Constitucional e de esta «Carta Universal» conter um conjunto de disposições relevantes para o processo civil – os artigos 6º a 8º e, em especial, o artigo 10º, que consagra «o direito de toda a pessoa a que, em plena igualdade, a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um Tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações»¹⁰. A propósito da liberdade de ensino e das obrigações decorrentes da Concordata com a Santa Sé, Salgado Zenha invocou o artigo 26º, nº 3, da DUDH, para explicar a necessidade de assegurar que o ensino oficial fosse laico – «ou seja, ideologicamente neutral e respeitador do sentir e da maneira de ser dos portugueses»¹¹ –, de modo a impedir que os alunos menores de idade fossem «encarceirados» para opções íntimas contrárias aos desejos dos pais, o que, a ocorrer, implicaria o fim da liberdade de consciência. Sobre a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), que Portugal ratificou em 1978¹², Salgado Zenha disse tratar-se de Direito interno «com valor constitucional» e lamentou que a sua adoção ainda não tivesse (em 1990) tido uma influência positiva para o processo civil português, nomeadamente, no que respeitava à garantia – consagrada no artigo 6º, nº 1, da CEDH, em termos semelhantes aos do artigo 10º da DUDH – a um «julgamento equitativo e público»¹³. Notando que o artigo 6º, nº 1, da CEDH, exige que as partes, diretamente ou através dos seus patronos, sejam ouvidas oralmente na audiência de julgamento que precede a decisão final, Salgado Zenha considerou escandaloso que a reforma intercalar

⁹ FRANCISCO SALGADO ZENHA, «A Constituição, o juiz e a liberdade individual», *op. cit.*, p. 3. O artigo 9º da DUDH já fora referido, juntamente com o artigo 19º (liberdade de opinião e de expressão), no texto que Salgado Zenha publicou em 1972 sobre a prisão do advogado moçambicano Domingos Arouca, em que denunciou a discriminação racial de que este estava a ser vítima. FRANCISCO SALGADO ZENHA, *A Prisão do Doutor Domingos Arouca*, Porto, Afrontamento, 1972, pp. 8 e 18-19.

¹⁰ FRANCISCO SALGADO ZENHA, «Processo civil, Constituição e democracia», *Revista da Ordem dos Advogados*, 1992, p. 341.

¹¹ FRANCISCO SALGADO ZENHA, *Por uma Política de Concórdia e Grandeza Nacional (do 25 de Abril ao 25 de Novembro)*, Lisboa, P&R Perspectivas & Realidades, 1976, p. 182.

¹² Lei nº 65/78, de 13 de outubro.

¹³ FRANCISCO SALGADO ZENHA, «Processo civil, Constituição e democracia», *op. cit.*, pp. 341-345.

do processo civil levada a cabo em 1985 tivesse vindo permitir ao juiz julgar a causa sem ouvir as partes, dando-lhe a «faculdade discricionária de observar, ou não, consoante o seu alvedrio», o artigo 6º, nº 1, da CEDH, «como se os Direitos do Homem devessem ser confiados ao arbítrio de cada um em vez de serem garantidos pela lei»¹⁴. Ao «violar frontalmente» a CEDH – alertou –, a reforma do processo civil albergava «um preceito manifestamente anti-democrático e anti-europeu», com o que as «jovens instituições democráticas portuguesas» se arriscavam a vir a ser desautorizadas no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH)¹⁵.

Na mesma ocasião, Salgado Zenha defendeu que a justiça portuguesa tinha de ser uma «justiça democrática», já que, nos termos da Constituição, Portugal não era apenas um Estado de Direito, mas sim um Estado de Direito Democrático¹⁶. Isso exigia, desde logo, «melhor justiça com *maior liberdade*»¹⁷, atenta a relação umbilical entre justiça, liberdade e democracia. Disse Salgado Zenha: «Não acredito numa Justiça sem Liberdade, como também não creio em Liberdade sem Justiça. Liberdade e Justiça são para mim a essência da Democracia»¹⁸. Nesta análise de 1990 sobre o estado do processo civil em Portugal, não encontramos propriamente uma definição de *justiça*¹⁹ ou de *justiça democrática*, mas alguns dos traços fundamentais que Salgado Zenha lhe atribui resultam claramente (*a contrario*) dos aspetos em que centra as suas críticas – a já referida possibilidade de o tribunal decidir sem ouvir as partes, a «elevação vertiginosa das custas judiciais»²⁰, a eliminação

¹⁴ FRANCISCO SALGADO ZENHA, «Processo civil, Constituição e democracia», *op. cit.*, pp. 347-348.

¹⁵ FRANCISCO SALGADO ZENHA, «Processo civil, Constituição e democracia», *op. cit.*, pp. 348 e 352.

¹⁶ FRANCISCO SALGADO ZENHA, «Processo civil, Constituição e democracia», *op. cit.*, pp. 344 e 352.

¹⁷ FRANCISCO SALGADO ZENHA, «Processo civil, Constituição e democracia», *op. cit.*, p. 352 (itálico no original).

¹⁸ FRANCISCO SALGADO ZENHA, «Processo civil, Constituição e democracia», *op. cit.*, p. 352. Durante a Ditadura, uma das notas recorrentes dos escritos de Salgado Zenha foi a da necessidade de «um processo *integralmente jurisdicionalizado* para o exercício do direito de punir», por uma das funções tradicionais dos tribunais ser a salvaguarda da liberdade individual. IDEM, «A Constituição, o juiz e a liberdade individual», *op. cit.*, pp. 8-9 (itálico no original). No mesmo sentido, ver ainda IDEM, *A Quinta Causa: Os Católicos e os Direitos do Homem*, Lisboa, Livraria Moraes Editora, 1969, p. 79.

¹⁹ É conhecido o seu dito de que «ninguém sabe o que é a justiça, mas todos sabem o que é a injustiça», citado por Daniel Prouença de Carvalho, na Conferência *Os Testemunhos Necessários*, ao minuto 1:39:32 do vídeo referido na nota 4.

²⁰ Com o novo sistema de custas judiciais, introduzido em 1988, a «justiça pass[ara] a ser, em vez de justiça para todos, uma justiça para ricos», violando, ao denegá-lo aos mais pobres, o direito de acesso aos tribunais garantido pelo artigo 20º da Constituição. Segundo Salgado Zenha, uma justiça democrática exigia, por isso, uma «revisão profunda da inconstitucional legislação [em] vigor sobre as custas judiciais». FRANCISCO SALGADO ZENHA, «Processo civil, Constituição e democracia», *op. cit.*, pp. 345-346 e 353 (interpolação nossa).

de recursos em processos cíveis pendentes e a impossibilidade de recorrer da decisão sobre a matéria de facto, o uso de métodos autoritários obsoletos (como a marcação discricionária da data de julgamento sem consulta prévia às partes) e o excessivo formalismo dos atores judiciais²¹. À semelhança de muitos dos que, hoje, fazem a apologia de uma justiça inclusiva, Salgado Zenha sublinhou a importância de o tribunal ouvir as partes – porque «[q]uem não quer escutar, dificilmente poderá fazer justiça»²² – e a necessidade de assegurar que a falta de meios financeiros não constitui um obstáculo no acesso à justiça e aos tribunais, para além de recomendar uma «nova atitude de espírito [a] todos os protagonistas do processo judicial, mais descontraída e natural, ou seja menos formalista»²³.

Outro aspeto em comum com os atuais adeptos da justiça inclusiva é a tónica posta por Salgado Zenha nos valores do pluralismo, da tolerância, da não discriminação, da compreensão e do diálogo com o outro. Assumindo-se abertamente como católico, Salgado Zenha opôs-se aos excessos anticlericais do seu tempo e defendeu que eventuais problemas entre o Estado e a Igreja Católica deveriam ser resolvidos com base no diálogo, na compreensão e no respeito mútuo, em atenção à identidade cultural da sociedade portuguesa (*i.e.*, o facto de a maioria dos portugueses ser católica e desejar continuar a sê-lo) e ao pluralismo ideológico ganho com a revolução de abril²⁴. Contra visões redutoras e maniqueístas, rejeitou a ideia de que todos os católicos fossem reacionários ou de que os católicos fossem mais reacionários do que os ateus só por serem católicos, recordando que muitos (sacerdotes e leigos) se haviam batido contra o regime fascista e notando que as posições políticas assumidas pela hierarquia da Igreja Católica refletiam as indecisões, perplexidades e aspirações do povo português, no seio do qual a Igreja estava «intimamente mergulhada»²⁵. Preocupado com as condições para a paz e a

²¹ FRANCISCO SALGADO ZENHA, «Processo civil, Constituição e democracia», *op. cit.*, pp. 347 e 350. Os excessos formalistas foram um alvo de crítica recorrente durante a Ditadura, devido à tendência do regime para usar «sábias e técnicas subtilezas», num «fatigante emaranhado [de] confusos tecnicismos», para escamotear restrições ilegítimas à liberdade pessoal. IDEM, *Quatro Causas: Peças Forenses*, *op. cit.*, p. 45 (interpolação nossa), também p. 146.

²² FRANCISCO SALGADO ZENHA, «Processo civil, Constituição e democracia», *op. cit.*, p. 352.

²³ FRANCISCO SALGADO ZENHA, «Processo civil, Constituição e democracia», *op. cit.*, p. 350.

²⁴ FRANCISCO SALGADO ZENHA, *Por uma Política de Concórdia e Grandeza Nacional...*, *op. cit.*, pp. 77-79, 100-102 e 180-181.

²⁵ FRANCISCO SALGADO ZENHA, *Por uma Política de Concórdia e Grandeza Nacional...*, *op. cit.*, pp. 77-78 e 100-101.

concordia nacional, Salgado Zenha disse não poder aceitar as divisões cavadas entre crentes e não crentes, por entender que «[a]creditar ou não acreditar no céu» não era motivo que pudesse separar os portugueses²⁶. Em seu entender, a consolidação da democracia pluralista e da unidade nacional dependia do exercício por todos, em condições de igualdade, das liberdades públicas, dentro do respeito pela legalidade democrática²⁷. Em 1976, as liberdades públicas que mais o preocupavam incluíam o direito à informação, a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão, que via ameaçados por «grupos autopromovidos a porta-vozes exclusivos da consciência nacional»²⁸. A liberdade de consciência e de religião também lhe mereceu cuidados, nomeadamente, em matéria de ensino, por temer que os preconceitos antirreligiosos levassem o legislador constituinte a fechar a religião católica nas sacristias e lugares de culto, como acontecia nos países da Europa de Leste, amputando-a dos seus «naturais vasos comunicantes para a sua comunidade própria, como o culto, os meios de comunicação social e o ensino»²⁹. Apesar de considerar que a escola oficial não podia deixar de ser laica – por respeito pela liberdade de consciência de docentes e discentes –, Salgado Zenha defendeu que deveria ser «autorizado nas escolas públicas o ensino das religiões, a cargo das respectivas Igrejas, desde que este [fosse] totalmente voluntário e independente de qualquer declaração escrita ou anotação no curriculum ou burocracias escolares»³⁰. Esta era, em seu entender, a solução que melhor se coadunava com as obrigações assumidas pelo Estado português na Concordata com a Santa Sé, das quais resultava igualmente o dever de respeito pelas instituições de ensino privado pertencentes à Igreja e ordens religiosas. Notou, em todo o caso, que, «por uma questão de igualdade ecuménica», não deveria negar-se tratamento análogo às demais confissões religiosas³¹. Este espírito conciliatório e ecuménico continuou a estar presente nas suas intervenções públicas até ao fim da sua vida. Na última dessas intervenções, Salgado Zenha afirmou: «Não

²⁶ FRANCISCO SALGADO ZENHA, *Por uma Política de Concórdia e Grandeza Nacional...*, op. cit., p. 181.

²⁷ FRANCISCO SALGADO ZENHA, *Por uma Política de Concórdia e Grandeza Nacional...*, op. cit., pp. 103 e 122.

²⁸ FRANCISCO SALGADO ZENHA, *Por uma Política de Concórdia e Grandeza Nacional...*, op. cit., p. 128.

²⁹ FRANCISCO SALGADO ZENHA, *Por uma Política de Concórdia e Grandeza Nacional...*, op. cit., p. 181.

³⁰ FRANCISCO SALGADO ZENHA, *Por uma Política de Concórdia e Grandeza Nacional...*, op. cit., pp. 181-182 (interpolação nossa).

³¹ FRANCISCO SALGADO ZENHA, *Por uma Política de Concórdia e Grandeza Nacional...*, op. cit., pp. 182-183.

basta que homenageiem a liberdade, é necessário também respeitarmos os outros nas suas convicções morais e culturais – é isso a tolerância. Não basta discursarmos sobre a solidariedade, é necessário que a sintamos como uma exigência máxima de humanidade. Solidariedade para com o nosso próximo e, mais do que isso, para com todos os povos do mundo»³².

Sem pretendermos forçar leituras revisionistas da obra de Salgado Zenha, julgamos que nela encontramos suficientes pistas (e um excelente mote) para a reflexão que nos propomos fazer neste trabalho sobre o que significa promover uma *justiça inclusiva* e de que forma é que este desiderato pode entrever-se na prática dos tribunais portugueses. Deste modo, nos associamos à homenagem que mercidamente lhe é feita por ocasião do centenário do seu nascimento.

2. Do que falamos quando falamos em *justiça inclusiva*?

2.1. Usos e abusos de um termo apelativo

O adjetivo *inclusivo/a* parece estar por toda a parte. Popularizado pelo movimento do ensino inclusivo, na década de 1980³³, rapidamente deixou de se aplicar apenas ao contexto escolar e às pessoas com deficiência, para passar a ser usado em praticamente todos os setores da sociedade e a dizer respeito também às mulheres, às minorias étnico-raciais, religiosas e linguísticas, aos imigrantes e refugiados, aos povos indígenas, às pessoas LGBTIQ+ e às pessoas vulneráveis e marginalizadas de um modo geral. O uso do termo (nas suas diferentes combinações: sociedade inclusiva, escola inclusiva, linguagem inclusiva, etc.) é de tal maneira generalizado que não falta quem receie tratar-se de mais um lugar-comum – apelativo, mas oco – sem real significado ou conteúdo específico³⁴; uma dessas aspirações facilmente partilhadas, mas

³² *Apud* JOSÉ EDUARDO CORREIA DOS SANTOS DIXO, *Francisco Salgado Zenha: Uma Consciência Incómoda*, Universidade da Beira Interior, 2013, pp. 9-10, disponível em <https://ubibliorum.ubi.pt/handle/10400.6/1603> [20.08.2023].

³³ Sobre o tema, ver, por exemplo, ALFREDO J. ARTILES *et al.*, «Inclusion as social justice: Critical notes on discourses, assumptions, and the road ahead», *Theory into Practice*, vol. 45, nº 3, 2006, pp. 260-267.

³⁴ É o caso, por exemplo, de CHARLES GARDOU, «Fondements et enjeux d'une société inclusive», comunicação apresentada em 2013, disponível em <https://docplayer.fr/37580973-Fondements-et-enjeux-d-une-societe-inclusive->

também facilmente diluídas e desvalorizadas³⁵... Têm sido tentadas várias definições, em instrumentos de política e em textos académicos de diferentes disciplinas, mas não existe consenso. É possível, em todo o caso, identificar algumas ideias recorrentes e, a partir delas, fazer uma aproximação ao conceito que nos permita ter uma mínima noção do que está em causa e prosseguir caminho neste estudo.

Uma ideia-base – ainda que não privativa ou propriamente inovadora – dos ideários «inclusivistas» é a de que a *igualdade formal* de direitos e deveres não chega, porque tende a ignorar (e, com isso, a reproduzir ou até ampliar) as desigualdades de facto historicamente enraizadas que contribuem para a exclusão das pessoas diferentes da *norma* ditada pela cultura maioritária (em razão da deficiência, da origem étnico-racial, da língua, etc.). A *igualdade material* – que é o que se pretende – implica reconhecer as diferenças e respeitá-las, incluindo através da criação das condições necessárias para que todos possam realmente participar no espaço público e ter acesso aos bens comuns (ensino, saúde, trabalho, artes, desporto, etc.) sem prescindirem das suas singularidades³⁶ e sem serem discriminados por causa dessas singularidades. A este propósito, é frequente falar-se em *equidade*, como um desiderato diferente da simples «igualdade jurídica», para justificar a adoção de respostas moduladas de acordo com as necessidades específicas dos grupos tradicionalmente excluídos, para eliminar ou atenuar as suas desvantagens³⁷,

-conference-a-berne-le-27-aout-2013-prof-charles-gardou.html [03.09.2023]; JOHN WILSON, «Doing justice to inclusion», *European Journal of Special Needs Education*, vol. 15, nº 3, 2000, pp. 297-298.

³⁵ Parafraseamos as observações feitas para aspirações igualmente ambíguas, como «envolvimento dos utentes» e *empowerment*, por FRAN BRANFIELD *et al.*, *Making User Involvement Work: Supporting Service User Networking and Knowledge*, York, Joseph Rowntree Foundation, 2006, p. ix.

³⁶ A importância de contrariar intentos normalizadores/assimilacionistas, sobretudo em relação a pessoas com deficiência, é sublinhada por CHARLES GARDOU, «Fondements et enjeux d'une société inclusive», *op. cit.*, pp. 3-4. Segundo o autor, a vantagem da perspectiva inclusivista é a de conjugar as singularidades sem as essencializar, permitindo que os indivíduos estejam com os outros sem se confundirem com eles: «d'apporter au bien commun sa biographie originale, faite de ressemblances et de dissemblances, sans être séparé de ses pairs, ni confondu avec eux, ni assimilé par eux» (p. 4). É precisamente por isso que o autor considera que é preferível falar em *inclusão* em vez de *integração*, já que este último termo subentende a exigência de que um elemento externo se conforme à ordem pré-estabelecida, pondo a responsabilidade no indivíduo, ao passo que a inclusividade responsabiliza a sociedade pela criação de condições acessíveis a todos. «Ce qui est ici premier est l'adaptation de la personne: si elle espère s'intégrer, elle doit, d'une manière assez proche de l'assimilation, se transformer, se normaliser, s'adapter ou se réadapter. Par contraste, une organisation sociale est inclusive lorsqu'elle module son fonctionnement, se flexibilise pour offrir, au sein de l'ensemble commun, un 'chez soi pour tous'. Sans neutraliser les besoins, désirs et destins singuliers et les résorber dans le tout» (p. 8, aspas no original).

³⁷ Para uma posição nesse sentido, ver CHARLES GARDOU, «Fondements et enjeux d'une société inclusive», *op. cit.*, p. 3.

o que, na linguagem jurídica, é comumente designado como «medidas especiais», «ações afirmativas» (*affirmative action*), «discriminação positiva» ou «adaptações razoáveis» (*reasonable accommodation*)³⁸. Um aspeto sempre sublinhado é o de que estas medidas especiais não beneficiam apenas os diretos visados (pessoas com deficiência, minorias étnico-raciais, etc.), mas contribuem para o bem-estar da sociedade como um todo³⁹. Outros termos recorrentes do vocabulário inclusivista convocam ideias de justiça social, integração, abertura, ausência de barreiras, representatividade, democraticidade, colaboração, partilha, solidariedade, fraternidade e compaixão⁴⁰.

Aplicado ao setor da justiça *tout court*, o adjetivo torna-se possivelmente ainda mais ambíguo, atentas as múltiplas aceções de *justiça*⁴¹. Mais uma vez, porém, para enquadrar a análise que se segue, bastar-nos-á identificar alguns dos sentidos com que a expressão *justiça inclusiva* tem vindo a ser usada na doutrina e em instrumentos de política. O leque é razoavelmente amplo e toca, sem surpresa, vários dos *topoi* referidos no parágrafo anterior. Na doutrina, *justiça inclusiva* aparece, por exemplo, como sinónimo de acesso à justiça em condições de igualdade⁴² – ou, mais especificamente, de respeito pelo direito dos imigrantes a um processo equitativo⁴³, de justiça atenta às

³⁸ Considerem-se, por exemplo, o artigo 1º, nº 4, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965 (aprovada para adesão pela Lei nº 7/82, de 29 de abril), e o artigo 5º, n.ºs 3 e 4, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2007 (aprovada pela Resolução da Assembleia da República nº 56/2009).

³⁹ Ver e.g. CHARLES GARDOU, «Fondements et enjeux d'une société inclusive», *op. cit.*, p. 8; ALFREDO J. ARTILES *et al.*, «Inclusion as social justice...», *op. cit.*, p. 261.

⁴⁰ Para uma visão crítica sobre o caráter fátuo (ainda que bem intencionado) de muitas destas proposições, quando aplicadas ao ensino inclusivo, ver JOHN WILSON, «Doing justice to inclusion», *op. cit.*, pp. 297-304. Sobre as diferentes concepções de justiça social e a sua maior ou menor adequação ao ideal de uma escola inclusiva, ver ALFREDO J. ARTILES *et al.*, «Inclusion as social justice...», *op. cit.*, pp. 262-267. Contra uma leitura meramente distributiva e individualista de justiça social, estes autores notam que a garantia de acesso não se traduz necessariamente em participação significativa ou igual (p. 264).

⁴¹ Observação recorrente nas análises académicas sobre o tema. Ver, por exemplo, ROGER COTTERRELL, «Access to justice, moral distance and changing demands on law», *Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 36, 2019, p. 194; FIONA ALLISON, «A limited right to equality: Evaluating the effectiveness of radical discrimination law for Indigenous Australians through an access to justice lens», *Australian Indigenous Law Review*, vol. 17, nº 2, 2013, p. 19.

⁴² KIMTY SENG, «Inclusive legal justice for inclusive economic development: A consideration», *Review of Social Economy*, vol. 79, nº 4, 2021, pp. 749-783; ALFREDO CHIRINO SÁNCHEZ, «Educación en derechos humanos y acceso a la justicia: Retos de las escuelas judiciales en capacitación para una justicia inclusiva», *Revista IIDH*, vol. 50, 2009, pp. 283-310.

⁴³ ALINA DAS, «Inclusive immigrant justice: Racial animus and the origins of crime-based deportation», *UC Davies Law Review*, vol. 52, nº 1, 2018, p. 175, aplica a expressão à prática judicial em matéria de imigração, defendendo a dissociação entre imigrantes e criminalidade e o respeito pela dignidade dos imigrantes e pelo seu direito a um processo equitativo.

necessidades das pessoas com deficiência e às questões de género⁴⁴, de justiça intercultural⁴⁵ –, de justiça restaurativa e mediação vítima-agressor⁴⁶, de envolvimento dos utentes (*e.g.*, reclusos) na conceção, desenvolvimento e prestação de serviços no sistema de justiça⁴⁷, etc. Há também projetos e iniciativas governamentais e não-governamentais que convocam a ideia de *justiça inclusiva* para designar objetivos de reinserção social⁴⁸, proximidade aos cidadãos⁴⁹, diversificação da composição das magistraturas⁵⁰, acomodação das necessidades das pessoas com deficiência⁵¹ e, de um modo geral, garantia de acesso à justiça pelas populações mais vulneráveis⁵².

⁴⁴ ANDREA PARRA e IÑAKI REGUEIRO DE GIACOMI, «Recomendaciones para una justicia inclusiva en materia de discapacidad y género», in Alberto Vásquez Encalada (coord.), *Manual sobre Justicia y Personas con Discapacidad*, Cidade do México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, pp. 153-189; JUAN MANUEL FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, «Una justicia inclusiva», *Revista de Derecho Laboral*, nº 7, 2022, pp. 91-98; RICARDO DAMASCENO MOURA, «Questões de género e justiça inclusiva: Para além da desconstrução da violência contra a mulher no contexto da Lei Maria da Penha», *Interfaces Científicas – Direito*, vol. 7, nº 3, 2019, pp. 162-173.

⁴⁵ VÍCTOR MALPARTIDA CASTILHO, «Poder judicial, justicia inclusiva y justicia intercultural», *Revista Oficial del Poder Judicial*, anos 6-7, n.ºs 8-9, 2012-2013, pp. 65-93.

⁴⁶ ANGELINA CORTELAZZI BOLZAM e RAFAEL FERNANDO DOS SANTOS, «Justiça restaurativa como modalidade de justiça inclusiva», *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, vol. 33, nº 1, 2017, pp. 298-306.

⁴⁷ BETH WEAVER *et al.*, *Inclusive Justice Co-Producing Change: A Practical Guide to Service User Involvement in Community Justice*, Glasgow, University of Strathclyde, 2019, pp. 8-9.

⁴⁸ Caso do Programa Justiça Inclusiva, promovido desde 2015 pela justiça federal brasileira para apoio a toxicodépendentes no tratamento médico e na participação em cursos de formação profissional. Informação disponível em https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=3651 [04.09.2023].

⁴⁹ O Plano «Justiça + Próxima», apresentado pelo Governo português em 2016, foi explicado como forma de promover uma justiça inclusiva e acessível para todos, mais ágil, transparente, humana, com serviços mais próximos dos cidadãos e melhoria do acolhimento nos espaços públicos da justiça. Informação disponível em <https://dgpj.justica.gov.pt/Planeamento-e-Politica-Legislativa/Modernizacao-da-Justica/Plano-Justica-Proxima> [04.09.2023].

⁵⁰ Caso da Estratégia para a Diversidade e Inclusão no Judiciário 2020-2025 – *Judicial Diversity and Inclusion Strategy 2020-2025*, adotada no Reino Unido. Informação disponível em <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2022/07/Judicial-Diversity-and-Inclusion-Strategy-2020-2025-v2.pdf> [07.11.2022].

⁵¹ É o caso da pesquisa levada a cabo, no Reino Unido, em 2019, pela Equality and Human Rights Commission, sobre a experiência das pessoas com deficiência na interação com o sistema de justiça penal. Os resultados, publicados sob o título *Inclusive Justice: A System Designed for All*, estão disponíveis em <https://www.equalityhumanrights.com/en/publication-download/inclusive-justice-system-designed-all> [04.09.2023].

⁵² É o caso do «incubador de investigação feminista» Includovate, fundado em 2019, que se apresenta como um empreendimento social, global e multidisciplinar dedicado à capacitação de mulheres e comunidades marginalizadas – <https://www.includovate.com/inclusive-justice/>; do programa EUROSociAL, iniciado em 2005, com financiamento da Comissão Europeia, para promover a coesão social na América Latina – https://eurosoci.al.eu/wp-content/uploads/2019/09/2_Inclusive-justice.pdf; e das atividades desenvolvidas no Paquistão pela ONG Safeworld – <https://www.safeworld.org.uk/pakistan/promoting-inclusive-justice> [04.09.2023].

2.2. Justiça inclusiva e o ODS 16

Na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, a inclusividade é uma preocupação constante. Os Estados subscritores (e os vários *stakeholders* envolvidos na preparação do documento) afirmaram querer sociedades *inclusivas*, crescimento económico *inclusivo*, um mundo socialmente *inclusivo*, um ensino *inclusivo*, uma industrialização *inclusiva*, cidades *inclusivas*, espaços públicos *inclusivos*, instituições *inclusivas*, processos decisórios *inclusivos*. A Agenda foi o resultado de um processo *inclusivo* de negociações intergovernamentais e prevê-se que o acompanhamento da prossecução pelos Estados dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas associadas seja também *inclusivo*. O sentido com que o termo é usado não é esclarecido em nenhum momento – e variará certamente consoante o contexto –, mas algumas ideias-chave resultam claramente da letra e do espírito da Agenda 2030.

A Agenda reflete o compromisso solene de não deixar ninguém para trás e de atentar especialmente às necessidades dos mais vulneráveis (§ 4), entre os quais se encontram, por exemplo, os povos indígenas, os imigrantes e os refugiados (§ 23). O mundo melhor que se pretende é, desde logo, um mundo de respeito universal pelos direitos humanos e pela dignidade humana, pelo Estado de Direito, pela justiça, pela igualdade e não discriminação, pela diversidade étnico-racial e cultural; um mundo de iguais oportunidades para todos, em que não existam barreiras jurídicas, sociais e económicas à plena realização e exercício de direitos por mulheres e meninas; um mundo justo, equitativo, tolerante, aberto e socialmente inclusivo, em que as necessidades dos mais vulneráveis sejam atendidas (§ 8). Os Estados subscritores comprometeram-se também a promover a compreensão intercultural, a tolerância, o respeito mútuo e uma ética de cidadania global e responsabilidades partilhadas, reconhecendo a diversidade natural e cultural do mundo e os contributos que todas as culturas e civilizações podem dar para o desenvolvimento sustentável (§ 36).

Dos objetivos fixados, o que mais diretamente releva para o tema que nos ocupa é o ODS 16, que consiste em promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas a

todos os níveis⁵³. As metas associadas a este objetivo incluem a promoção do Estado de Direito, a nível nacional e internacional, e a garantia do igual acesso de todos à justiça (16.3); o desenvolvimento de instituições eficazes, responsáveis e transparentes, a todos os níveis (16.6); a garantia de processos decisórios atentos, inclusivos, participados e representativos, a todos os níveis (16.7); a garantia do acesso público à informação e a proteção das liberdades fundamentais (16.10); o fortalecimento das instituições nacionais para as capacitar para a prevenção da violência e o combate ao crime (16.a); e a promoção e aplicação de leis e políticas de desenvolvimento sustentável não discriminatórias (16.b).

O enunciado do ODS 16 não inclui a expressão *justiça inclusiva*, mas a ideia está presente no propósito de proporcionar o acesso à justiça para todos e de promover instituições inclusivas, já que, no leque de instituições abrangidas, não podem deixar de caber os tribunais, as forças de segurança e demais órgãos envolvidos na aplicação da lei e na administração da justiça. Esta interpretação tem amplo sustento nos termos em que o acesso à justiça se encontra consagrado nos tratados internacionais de direitos humanos, como veremos a seguir. A expressão *justiça inclusiva*, de resto, faz parte do léxico usado pelos atores da ONU a propósito dos ODS, como demonstra o discurso do Secretário-Geral da ONU, António Guterres, no 14º Congresso da ONU sobre prevenção do crime e justiça penal, que decorreu em Quioto, em 6 de março de 2021⁵⁴.

2.3. Acesso à justiça no Direito internacional dos direitos humanos

A ideia de *justiça inclusiva* pode entrever-se no modo como o direito de acesso à justiça está previsto nos tratados internacionais de direitos humanos – a começar pelo artigo 14º do Pacto Internacional sobre os Direitos

⁵³ Sobre o caráter inovador do ODS 16 e o seu papel chave como condição para a prossecução de toda a Agenda 2030, ver KEMPE RONALD HOPE SR., «Peace, justice and inclusive institutions: Overcoming challenges to the implementation of Sustainable Development Goal 16», *Global Change, Peace & Security*, vol. 32, nº 1, 2020, pp. 57-77.

⁵⁴ Discurso disponível em <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2021-03-06/secretary-generals-remarks-the-opening-of-the-14th-united-nations-congress-crime-prevention-and-criminal-justice-delivered> [02.09.2023].

Civis e Políticos (PIDCP)⁵⁵, com as suas garantias de igualdade, tratamento equitativo, imparcialidade, assistência jurídica, assistência por intérprete, etc. – e como tem vindo a ser explicado pelos organismos de supervisão da ONU ao longo dos anos. Considere-se, por exemplo, a importância atribuída pelo Comité dos Direitos Humanos ao direito a assistência gratuita por intérprete para os arguidos (nacionais ou estrangeiros) que não falem ou não compreendam a língua usada no tribunal, por a ignorância da língua ou a dificuldade na sua compreensão poder constituir um obstáculo de vulto ao exercício do direito de defesa⁵⁶. O mesmo Comité afirmou que o direito a um tribunal competente, independente e imparcial é um direito absoluto e explicou que o requisito de imparcialidade significa, não apenas que os juízes não podem deixar que as suas decisões sejam influenciadas por preferências (*biases*) ou preconceitos pessoais, mas também que os tribunais devem parecer imparciais aos olhos de um observador razoável⁵⁷. O Comité explicou ainda que uma audiência de julgamento não é justa (*fair*) se, por exemplo, o arguido for confrontado com manifestações de hostilidade por parte do público ou com atitudes racistas por parte de membros do júri sem que o tribunal se oponha⁵⁸.

A ideia de justiça inclusiva está muito presente na Recomendação Geral nº 33 do Comité para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres,

⁵⁵ Aprovado para ratificação pela Lei nº 29/78, de 12 de junho.

⁵⁶ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 13: Article 14 (Administration of justice)*, 1984, § 13, disponível em <https://www.refworld.org/docid/453883f90.html> [23.08.2023]. No Comentário Geral de 2007 sobre o mesmo tema, o Comité dos Direitos Humanos reiterou este ponto, acrescentando que o direito a assistência gratuita por intérprete decorre dos princípios de justiça e de igualdade de armas em processo penal e deve ser assegurado em todas as fases do procedimento oral. Admitiu também que a nomeação de intérprete pode ser necessária (durante e em preparação da audiência de julgamento) para assegurar a comunicação com o defensor em caso de arguidos indigentes. Notou, no entanto, que o arguido cuja língua materna seja diferente da língua usada em tribunal não tem, em princípio, direito a assistência gratuita por intérprete se conhecer suficientemente a língua oficial para se defender de forma eficaz e admitiu que, se o arguido que não fala a língua usada no tribunal for representado por advogado que conhece a língua, pode ser suficiente que os documentos relevantes do processo sejam disponibilizados ao advogado. Por outro lado, o Comité observou que a igualdade de armas decorrente do direito à igualdade perante os tribunais pode implicar, em casos excecionais, a assistência por intérprete em causas cíveis se, de outro modo, uma parte processual indigente ficar impossibilitada de participar nos atos processuais em condições de igualdade. HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 32 Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, 2007, §§ 13, 32-33 e 40, disponível em <https://www.refworld.org/docid/478b2b2f2.html> [23.08.2023].

⁵⁷ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 32...*, *cit.*, §§ 19 e 21.

⁵⁸ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 32...*, *cit.*, § 25.

sobre o acesso das mulheres à justiça⁵⁹. O Comité chamou a atenção para os obstáculos que impedem as mulheres de exercer o direito de acesso à justiça em condições de igualdade, notando que estes ocorrem num contexto de desigualdade estrutural, resultante, desde logo, da persistência de estereótipos de género, de leis discriminatórias, da interseção do género com outros fatores de discriminação (*e.g.*, etnia, religião, nacionalidade) e, de um modo geral, da crónica incapacidade dos Estados para assegurar que os meios judiciais são física, económica, social e culturalmente acessíveis a todas as mulheres⁶⁰. Entre os elementos essenciais à garantia do acesso à justiça, o Comité inclui a *disponibilidade* (*i.e.*, a criação e manutenção de tribunais e estruturas para-judiciais em todo o território, incluindo zonas rurais e remotas), a *acessibilidade* (*i.e.*, tribunais económica e fisicamente acessíveis às mulheres e adaptados às suas necessidades, incluindo as mulheres vítimas de discriminação interseccional) e a *qualidade* (*i.e.*, adesão aos parâmetros internacionais de competência, eficiência, independência e imparcialidade; soluções sustentáveis; sistemas contextualizados, dinâmicos, participados, abertos a medidas inovadoras e sensíveis às questões de género)⁶¹. A falta de competência e de sensibilidade dos atores judiciais (juízes, procuradores, advogados, etc.) em matéria de género foi um dos aspetos apontados como problemáticos, pelas suas implicações para a (falta de) qualidade da justiça. O Comité notou que a discriminação (direta e indireta) que as mulheres enfrentam no acesso à justiça resulta não apenas do conteúdo ou impacto discriminatório de leis, costumes e práticas, mas também da falta de capacidade e de consciência por parte dos atores judiciais sobre como tratar adequadamente os casos de violações de direitos humanos das mulheres. A persistência de estereótipos de género, em particular, conduz frequentemente os tribunais a negar credibilidade aos testemunhos e alegações das mulheres e a proferir decisões baseadas, não nos factos relevantes, mas em preconceitos e mitos sobre o que deva ser o comportamento adequado das mulheres, com consequências especialmente graves para as

⁵⁹ COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN, *General recommendation No. 33 on women's access to justice*, 2015, disponível em <https://digitallibrary.un.org/record/807253?ln=en> [23.08.2023].

⁶⁰ COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN, *General recommendation No. 33...*, *cit.*, §§ 3 e 8-10.

⁶¹ COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN, *General recommendation No. 33...*, *cit.*, § 14.

vítimas e sobreviventes de violência, o que compromete a imparcialidade e a integridade do sistema judicial⁶². O Comité recomendou, por isso, que os Estados melhorassem a capacidade de resposta e a sensibilidade do sistema de justiça às questões de género, através, nomeadamente, da eliminação das barreiras à igual participação profissional das mulheres nas magistraturas e demais setores da administração da justiça (se necessário, com medidas especiais temporárias); do estabelecimento de mecanismos de supervisão independentes para apreciar queixas de discriminação contra mulheres por profissionais do sistema de justiça; da disponibilização de serviços de tradução e interpretação profissionais e independentes e de assistência individualizada às mulheres analfabetas para assegurar que compreendem plenamente o andamento dos processos; da divulgação de informação sobre meios judiciais disponíveis, em vários formatos e de forma adequada para todos os grupos étnicos e minoritários (incluindo línguas comunitárias), em cooperação estreita com mulheres desses grupos; da adoção de mecanismos para assegurar que a produção de prova e outras diligências processuais são imparciais e não influenciadas por estereótipos ou preconceitos de género; e do desenvolvimento de programas de formação para atores judiciais e estudantes de Direito, para eliminar os estereótipos de género e incorporar uma perspetiva de género em todas as dimensões do sistema de justiça⁶³.

A persistência de estereótipos no sistema de justiça – e a necessidade de os combater através da formação dos atores judiciais e da diversificação das magistraturas – também já vem a ser apontada há muito pelo Comité para a Eliminação da Discriminação Racial. Considerem-se, por exemplo, a Recomendação Geral nº 31, de 2005, sobre a prevenção da discriminação

⁶² COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN, *General recommendation No. 33...*, cit., §§ 13, 22 e 26-28.

⁶³ COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN, *General recommendation No. 33...*, cit., §§ 15 (f), 16 (d), 17 (b) e (c), 18 (e) e 29 (a). Observações de sentido semelhante foram feitas pelo Comité na sua Recomendação Geral nº 39, de 2022, sobre os direitos das mulheres e meninas indígenas, onde sublinhou a necessidade de os tribunais aliarem sensibilidade de género e sensibilidade intercultural. Segundo o Comité, o acesso por mulheres e meninas indígenas à justiça (oficial e indígena) requer, entre outros aspetos, a disponibilização de intérpretes, tradutores, antropólogos, mediadores culturais, líderes espirituais indígenas, etc.; a formação dos atores judiciais sobre a realidade, cultura e perspetivas das mulheres e meninas indígenas, incorporando uma perspetiva de género; a adoção de métodos de recolha de prova adequados e compatíveis com a cultura e perspetivas das mulheres e meninas indígenas; e o recrutamento proactivo de mulheres indígenas como juízas. COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN, *General recommendation No. 39 on the rights of Indigenous women and girls*, 2022, §§ 26-27, disponível em <https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-recommendation-no39-2022-rights-indigeneous> [26.08.2023].

racial na administração e funcionamento do sistema de justiça penal⁶⁴, e a Recomendação Geral nº 36, de 2020, sobre a prevenção e combate ao uso de perfis raciais (*racial profiling*) por agentes da autoridade⁶⁵. No primeiro caso, o Comitê recomendou que os Estados prestassem atenção a um conjunto de indicadores de discriminação racial entre os quais incluiu o reduzido número de queixas e de condenações por discriminação racial (que, longe de ser um dado positivo, podia ser interpretado como indicativo da falta de confiança das vítimas no sistema de justiça e/ou da pouca atenção das autoridades judiciais às motivações racistas dos crimes), a tendência dos tribunais para aplicarem penas mais graves a pessoas pertencentes a grupos étnico-raciais (incluindo estrangeiros, ciganos, pessoas indígenas, etc.) e a insuficiente representação de pessoas pertencentes a estes grupos nas forças policiais, no sistema de justiça (incluindo juízes e jurados) e demais órgãos de aplicação da lei. Entre as estratégias a desenvolver pelos Estados para prevenir a discriminação racial no sistema de justiça, o Comitê recomendou a criação de programas de formação sobre direitos humanos e de sensibilização para as relações interculturais, dirigidos às forças policiais, atores judiciais, estabelecimentos prisionais, etc., bem como a promoção de representação adequada de pessoas pertencentes a grupos étnico-raciais minoritários na polícia e no sistema de justiça. Citando os Princípios de Bangalore sobre Conduta Judicial, de 2002, o Comitê notou que os juízes deveriam (a) ter consciência da diversidade da sociedade e das diferenças associadas à origem das pessoas, em particular a origem étnico-racial; (b) abster-se de manifestar, por palavras ou comportamentos, qualquer preconceito contra pessoa ou grupo por causa da sua raça ou outra característica; (c) desempenhar as suas funções com consideração adequada por todas as pessoas; e (d) opor-se à manifestação de preconceitos ou atitudes discriminatórias por pessoas sob sua direção ou por advogados⁶⁶. Na recomendação geral mais recente, sobre o uso

⁶⁴ COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION, *General recommendation XXXI on the prevention of racial discrimination in the administration and functioning of the criminal justice system*, 2005, disponível em <https://www.refworld.org/docid/48abd56dd.html> [26.08.2023].

⁶⁵ COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION, *General recommendation No. 36 on preventing and combating racial profiling by law enforcement officials*, 2020, disponível em <https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-recommendation-no-36-2020-preventing-and> [26.08.2023].

⁶⁶ COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION, *General recommendation XXXI...*, cit., §§ 1 (b), (f) e (g), 5 (b) e (d) e 31-33. Observações e recomendações de sentido semelhante foram feitas pela Relatora Especial

de perfis raciais, o Comité observou que esta prática – ligada a estereótipos e preconceitos (que podem ser conscientes ou inconscientes, individuais ou institucionais/estruturais) e muito comum entre agentes da autoridade – tem consequências de vulto a todos os níveis do sistema de justiça, sobretudo o sistema de justiça penal, por conduzir a processos decisórios discriminatórios, incluindo a aplicação de penas mais graves aos arguidos pertencentes a grupos étnico-raciais minoritários. O Comité recomendou, por isso, que os Estados assegurem formação adequada aos profissionais das forças policiais e de segurança para que estes deixem de usar perfis raciais e também que promovam o recrutamento de pessoas pertencentes a minorias étnico-raciais para as forças policiais e de segurança, de modo a mudar a cultura destas forças e contribuir para processos decisórios menos enviesados⁶⁷. Um dado interessante desta última recomendação é o facto de o Comité a enquadrar explicitamente por referência ao ODS 16⁶⁸.

Neste breve apanhado de pronúncias dos organismos de supervisão da ONU, vale a pena referir ainda o Comentário Geral nº 5 do Comité para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das Suas Famílias, de 2021, sobre os direitos dos migrantes à liberdade e a não serem arbitrariamente detidos⁶⁹. O Comité notou que os Estados têm o dever de assegurar o acesso à justiça a todas as pessoas sob sua jurisdição, independentemente da nacionalidade ou estatuto migratório, o que requer a adoção de medidas compensatórias para eliminar ou reduzir os obstáculos com que os migrantes se deparam no acesso à justiça, nomeadamente, as barreiras linguísticas, a falta de informação ou conhecimento sobre a legislação aplicável e a ausência de redes de apoio. Ciente de que os migrantes em situação irregular são frequentemente impedidos de aceder aos tribunais por

para questões de minorias, Rita Izsák, no seu relatório de 30 de julho de 2015, em que tratou especificamente das violações de direitos humanos ocorridas na interação entre pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas e o sistema de justiça penal. A/70/212, §§ 10-12, 15, 31, 35-37, 41-52 e 79-88, disponível em <https://digitallibrary.un.org/record/801756?ln=fr> [31.08.2023].

⁶⁷ COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION, *General recommendation No. 36...*, cit., §§ 30, 42 e 46-47.

⁶⁸ COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION, *General recommendation No. 36...*, cit., § 9.

⁶⁹ COMMITTEE ON THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF ALL MIGRANT WORKERS AND MEMBERS OF THEIR FAMILIES, *General comment No. 5 on migrants' rights to liberty, freedom from arbitrary detention and their connection with other human rights*, 2021, disponível em <https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-5-2021-migrants-rights-liberty> [26.08.2023].

não lhes serem asseguradas as garantias processuais adequadas aquando da e durante a sua detenção (*e.g.*, falta de assistência jurídica, proteção consular insuficiente, disponibilidade limitada de intérpretes e tradutores), o Comité recomendou *inter alia* que os Estados preparem notificações-modelo com informação sobre os direitos dos migrantes e os meios processuais disponíveis, nas línguas mais usadas ou compreendidas pelos migrantes nessas circunstâncias. Indo mais longe do que anteriores pronúncias de órgãos congéneres da ONU sobre o mesmo assunto, o Comité recomendou que os Estados disponibilizem intérpretes qualificados sempre que os migrantes não falem nem compreendam a língua oficial, notando que, mesmo para os migrantes que compreendem a língua do país em que se encontram, é importante ter um intérprete e também que a informação seja prestada em linguagem acessível, sem jargão jurídico e adaptada à idade, à origem étnica e cultural ou outra circunstância que influencie a capacidade de compreensão por parte dos migrantes⁷⁰.

Nesta secção, limitámo-nos a referir pronúncias de organismos da ONU, por o nosso ponto de partida ser a Agenda 2030 da ONU. Cumpre notar, em todo o caso, que muitas destas preocupações têm eco noutros contextos, onde as questões relacionadas com a igualdade no acesso à justiça também têm sido objeto de recomendações, resoluções, instrumentos normativos, etc. Por razões de brevidade, bastará mencionar as Recomendações de Graz sobre o Acesso à Justiça e Minorias Nacionais, adotadas no quadro da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE)⁷¹, as resoluções, recomendações e diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre acesso à justiça e assistência jurídica⁷², a jurisprudência do

⁷⁰ COMMITTEE ON THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF ALL MIGRANT WORKERS AND MEMBERS OF THEIR FAMILIES, *General comment No. 5...*, *cit.*, §§ 54-55, 57, 61 e 68.

⁷¹ OSCE HIGH COMMISSIONER ON NATIONAL MINORITIES, *The Graz Recommendations on Access to Justice and National Minorities & Explanatory Note*, 2017, disponível em <https://www.osce.org/hcnm/graz-recommendations> [31.08.2023]. Sobre o trabalho desenvolvido pelo Alto-Comissário para as Minorias Nacionais da OSCE em matéria de acesso à justiça, ver LAURENTIU HARDICA, «Access to justice for national minorities – A recurrent theme in the work of the OSCE High Commissioner on National Minorities», *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 24, 2017, pp. 174-194.

⁷² Considerem-se, a título meramente exemplificativo: Resolution (76) 5 on legal aid in civil, commercial and administrative matters; Resolution (78) 8 on legal aid and advice; Recommendation (81) 7 on measures facilitating access to justice; Recommendation (93) 1 on effective access to the law and to justice for the very poor; Recommendation (2005) 12 containing an application form for legal aid abroad for use under the European Agreement on the transmission of applications for legal aid (CETS No. 092) and its Additional Protocol (CETS No. 179); Guidelines on

TEDH sobre assistência por intérprete, ao abrigo do artigo 6º da CEDH⁷³, e as medidas adotadas no âmbito da União Europeia (UE) em matéria de assistência jurídica e linguística em processo penal⁷⁴.

2.4. Justiça inclusiva e diversidade em sociedades multiculturais

Ainda que as clássicas questões de acesso à justiça (disponibilidade de tribunais, apoio judiciário) não estejam resolvidas e conheçam alguns retrocessos (o encerramento de tribunais em regiões menos populosas, por exemplo), a atenção dos organismos internacionais de supervisão – como vimos – e da academia tem vindo a voltar-se para as barreiras culturais no acesso à justiça, ou seja, para questões como a língua usada em juízo e a disponibilidade de intérpretes, a «competência cultural»⁷⁵ e a representatividade étnico-racial dos atores judiciais, a mobilização de mediadores culturais⁷⁶ ou equipas de defesa multidisciplinares⁷⁷, etc. Na doutrina, a discussão destes temas tem subjacente a ideia de que o mero acesso formal ao sistema de justiça estatal – *i.e.*, a superação de obstáculos geográficos, físicos e financeiros no acesso aos tribunais – não é suficiente para a garantia do acesso à justiça em condições de igualdade, por esta depender em larga medida da *qualidade* do serviço

the efficiency and the effectiveness of legal aid schemes in the areas of civil and administrative law, de 2021. Todos os textos estão disponíveis em <https://www.coe.int/en/web/cdcj/recommendations-resolutions-guidelines> [31.08.2023].

⁷³ Considerem-se, por exemplo, os acórdãos *Kamasinski c. Austria*, queixa nº 9783/82, de 19 de dezembro de 1989, e *Cuscani c. Reino Unido*, queixa nº 32771/96, de 24 de setembro de 2002.

⁷⁴ Considerem-se, por exemplo, o Livro Verde: Garantias Processuais dos Suspeitos e Arguidos em Procedimentos Penais na União Europeia, COM(2003) 75 final, de 19 de fevereiro de 2003, e a Diretiva 2010/64/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de outubro de 2010, relativa ao direito à interpretação e à tradução em processo penal. Sobre o tema, ver PATRÍCIA JERÓNIMO, «A Diretiva 2010/64/UE e a garantia de uma assistência linguística de qualidade em processo penal. Implicações para a ordem jurídica portuguesa», in Mário Ferreira Monte *et al.* (orgs.), *Estudos em Comemoração dos 20 Anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 527-564.

⁷⁵ Convocamos a expressão usada por ANNETTE DEMERS, «Cultural competence and the legal profession: An annotated bibliography of materials published between 2000 and 2011», *International Journal of Legal Information*, vol. 39, nº 1, 2011, pp. 22-43.

⁷⁶ Sobre o tema, ver, por exemplo, LAURENTIU HARDICA, «Access to justice for national minorities – A recurrent theme in the work of the OSCE High Commissioner on National Minorities», *op. cit.*, p. 192.

⁷⁷ Para a defesa de uma «representação holística» dos requerentes de asilo, baseada na colaboração entre juristas, psicólogos, ativistas de direitos humanos, assistentes sociais, sociólogos e antropólogos, ver SABRINEH ARDALAN, «Access to justice for asylum seekers: Developing an effective model of holistic asylum representation», *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 48, nº 4, 2015, pp. 1002-1036.

prestado pelos tribunais⁷⁸, aferida pelo tratamento dispensado às partes, pela oportunidade de as partes serem ouvidas, pela fundamentação das decisões e pela justeza dos resultados⁷⁹. Tal como vimos comentar a respeito do ensino inclusivo, sabe-se que a garantia de entrada não se traduz necessariamente em participação significativa ou igual.

A questão da abertura dos canais formais de acesso à justiça estatal tem vindo, de resto, a ser posta em perspetiva, pela observação de que os tribunais estatais não são os únicos dispensadores de justiça na comunidade⁸⁰, atento o crescente espaço ocupado pelos meios alternativos de resolução de litígios, como a mediação e a arbitragem⁸¹, e, nos Estados com populações indígenas, o reconhecimento do papel das instâncias de justiça tradicional⁸². Na Europa e na América do Norte, tem também sido muito discutido, no meio de algum alarme social, o estatuto das instâncias religiosas de resolução de litígios, como os Conselhos da *Sharia*, para litígios entre muçulmanos, e

⁷⁸ Ver, por exemplo, SUKHSIMRANJIT SINGH, «Access to justice and dispute resolution across cultures», *Fordham Law Review*, vol. 88, nº 6, 2020, p. 2422.

⁷⁹ Estudos empíricos sugerem que a perceção das partes processuais sobre a qualidade do sistema de justiça, e a sua disponibilidade para confiarem nos tribunais e aceitarem as suas decisões, depende tanto ou mais da justeza do procedimento – nomeadamente, de lhes ter sido dada a oportunidade de serem ouvidas e de terem sido tratadas com respeito e dignidade – do que do facto de a decisão lhes ser favorável. Nesse sentido, ver, por exemplo, LAURA KLAMING e IVO GIESEN, «Access to justice: The quality of the procedure», *TISCO Working Paper Series on Civil Law and Conflict Resolution Systems*, nº 2, 2008, pp. 4-13.

⁸⁰ Uma observação que não é de hoje. Veja-se, por exemplo, B. V. HARRIS, «Equal access to justice: A constitutional principle in need of a higher profile», *New Zealand Law Review*, nº 3, 1995, p. 283; FIONA ALLISON, «A limited right to equality: Evaluating the effectiveness of radical discrimination law for Indigenous Australians through an access to justice lens», *op. cit.*, pp. 10-11.

⁸¹ Sobre o potencial dos mecanismos de resolução alternativa de conflitos para minorar a «crise do acesso à justiça», ver SUKHSIMRANJIT SINGH, «Access to justice and dispute resolution across cultures», *op. cit.*, pp. 2411-2412 e 2420-2424.

⁸² Algo que os organismos de supervisão da ONU já incorporam nas suas pronúncias, ao referir-se a sistemas de justiça formais e informais. Considere-se, por exemplo, COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN, *General recommendation No. 33...*, *cit.*, § 20(c)(v). Em alguns Estados, como a Nova Zelândia, tem-se discutido a instituição de um sistema de justiça Maori, paralelo ao sistema de justiça estatal, para as questões penais e de Direito da Família, como condição do acesso dos Maori à justiça em condições de igualdade. Os esforços feitos no sentido de aumentar as competências culturais dos juízes dos tribunais estatais e a introdução da possibilidade de usar a língua Maori em tribunal são considerados meritórios, mas insuficientes, por continuarem a assentar numa visão «europeia» da justiça, em larga medida estranha à conceção de justiça predominante entre os Maori. Sobre o tema, ver B. V. HARRIS, «Equal access to justice: A constitutional principle in need of a higher profile», *op. cit.*, pp. 285-288 e 294-298. Para uma leitura de sentido semelhante, mas aplicada à América Latina, ver DANIEL M. BRINKS, «Access to what? Legal agency and access to justice for Indigenous peoples in Latin America», *The Journal of Development Studies*, vol. 55, nº 3, 2019, p. 352.

os «tribunais rabínicos» (*Bet Din*), para litígios entre judeus, para além de outras «ordens jurídicas minoritárias»⁸³.

Ainda assim, apesar de se reconhecer que os tribunais estatais não têm o monopólio da solução dos problemas jurídicos das pessoas, também parece ser inegável que a oportunidade de fazer valer os direitos num tribunal estatal é importante para muita gente e que os Estados não podem eximir-se do dever de assegurar meios judiciais para o exercício de direitos. Aliás, a existência de canais através dos quais possam obter a proteção do sistema de justiça formal é particularmente importante para aqueles que são mais vulneráveis e expostos à discriminação e à exclusão social, ainda que estes, não raro, tenham pouca confiança no sistema e procurem resolver os seus problemas por outros meios. As pronúncias dos tribunais têm um maior potencial de impacto social, uma capacidade para afirmar valores e reprovar comportamentos de que os meios informais de resolução de litígios não dispõem. Foi por isso que, por exemplo, as populações indígenas na Austrália se bateram pelo direito de acionar os tribunais como meio de combate à discriminação racial, apesar da má experiência histórica no relacionamento com o sistema de justiça formal⁸⁴. É também por isso que, na América Latina, o reconhecimento das instâncias de justiça indígena anda de par com a instituição de «tribunais itinerantes», que, em países como o Perú, levam a justiça estatal às zonas mais remotas do país e conduzem as audiências nas línguas maternas das populações locais – precisamente, um exemplo de *justiça inclusiva* saudado por juízes de tribunais supremos, na Declaração de Cajamarca, em 2017⁸⁵. Parafraseando Roger Cotterrell, diremos que a experiência do pluralismo cultural mostra, por um lado, que as reivindicações de acesso à justiça não desaparecem quando os Estados falham, apenas encontram outros *fora*

⁸³ Sobre o tema, ver PATRÍCIA JERÓNIMO, «Intolerância, integração e acomodação jurídica das minorias islâmicas na Europa: Os desafios postos à prática judicial», in Paulo Pulido Adragão et al. (coords.), *A Intolerância Religiosa no Mundo: Estado da Questão*, Porto, FDUP, 2017, pp. 63-75; IDEM, *Lições de Direito Comparado*, Braga, ELSA-UMinho, 2015, pp. 42-49.

⁸⁴ Como explicado por FIONA ALLISON, «A limited right to equality: Evaluating the effectiveness of radical discrimination law for Indigenous Australians through an access to justice lens», *op. cit.*, p. 11.

⁸⁵ Informação sobre a Declaração de Cajamarca está disponível em https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_inicio/as_enlaces_destacados/as_imagen_prensa/as_notas_noticias/2017/cs_n-reconocen-a-poder-judicial-como+ejemplo-de-justicia-inclusiva-17112017 [19.09.2023]. Refira-se ainda que tem sido através da justiça formal que os grupos indígenas têm vindo a aumentar o espaço reconhecido à justiça tradicional, um «paradoxo» observado por DANIEL M. BRINKS, «Access to what? Legal agency and access to justice for Indigenous peoples in Latin America», *op. cit.*, p. 348.

(como os «tribunais arbitrais religiosos» e as instâncias de justiça tradicional), mas também, por outro lado, que não é previsível que, nos tempos mais próximos, os Estados deixem de ser os primeiros e principais responsáveis por assegurar o acesso à justiça a todos em condições de igualdade⁸⁶. Assim sendo, os sistemas de justiça estatais continuarão sob pressão para se tornarem mais acessíveis (menos «estranhos e proibitivos») aos povos indígenas e outros grupos culturalmente excluídos, de modo a que estes possam ter uma genuína oportunidade de recorrer aos tribunais se o desejarem⁸⁷.

Na eliminação das barreiras culturais ao acesso à justiça, um passo prévio fundamental consiste em reconhecer que o Direito estatal, apesar de se pretender neutro e igual para todos, reflete a cultura maioritária e que, à semelhança do resto da sociedade, o sistema judicial é um espaço suscetível ao racismo estrutural ou institucional, mesmo que assegure a igualdade formal. No sistema de justiça, o carácter «difuso, anónimo e intangível» do racismo institucional manifesta-se, por exemplo, na tendência de muitos decisores judiciais para não reconhecerem a discriminação racial e as motivações racistas nos casos com que lidam, só conseguindo detetar as manifestações mais explícitas e grosseiras de racismo⁸⁸. Outra observação importante é a de que o próprio modo como os profissionais da justiça (juízes, procuradores, advogados, oficiais de justiça) operam reflete a «cultura jurídica» da respetiva profissão e ordenamento jurídico⁸⁹. Uma das consequências da constatação

⁸⁶ Ver ROGER COTTERRELL, «Access to justice, moral distance and changing demands on law», *op. cit.*, p. 207.

⁸⁷ Acompanhamos FIONA ALLISON, «A limited right to equality: Evaluating the effectiveness of radical discrimination law for Indigenous Australians through an access to justice lens», *op. cit.*, p. 11; DANIEL M. BRINKS, «Access to what? Legal agency and access to justice for Indigenous peoples in Latin America», *op. cit.*, p. 363. É de notar, entretanto, que também para os meios alternativos de resolução de litígios se erguem vozes a recomendar maior sensibilidade cultural e a diversificação dos perfis dos mediadores e dos árbitros. Nesse sentido, ver, por exemplo, SUKHSIMRANJIT SINGH, «Access to justice and dispute resolution across cultures», *op. cit.*, pp. 2409, 2415 e 2419.

⁸⁸ Algo que confirma e reforça a perceção generalizada de que o problema do racismo fica resolvido (ou reduzido a casos pontuais) por existir legislação de combate à discriminação racial e por a lei ser indiferente à identidade étnico-racial (*colour blind*). Ver FIONA ALLISON, «A limited right to equality: Evaluating the effectiveness of radical discrimination law for Indigenous Australians through an access to justice lens», *op. cit.*, p. 7. Os próprios termos em que a legislação tipifica o ilícito (penal ou contraordenacional) de discriminação racial e distribui o ónus da prova tendem a refletir e a perpetuar este desconhecimento ou indiferença face ao fenómeno social do racismo, por pressuporem a ocorrência de incidentes isolados, perpetradores claramente identificados e nexos de causalidade cristalinos entre o comportamento e o efeito discriminatório denunciado, o que ajuda a explicar o reduzido número de queixas por discriminação racial que tem vindo a ser assinalado com preocupação pelos organismos de supervisão da ONU. Como observa Fiona Allison, a história oficial do racismo articulada pelo sistema jurídico é a de que este só existe em pequenos nichos da sociedade ou nem sequer existe (pp. 15-18).

⁸⁹ Sobre a «cultura» das profissões jurídicas, ver, por exemplo, SARAH MARSDEN e SARAH BUHLER, «Lawyer competencies for access to justice: Two empirical studies», *Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 34, nº 2, 2017,

dos enviesamentos culturais do sistema e do «desconforto cultural» que daí pode advir para as pessoas pertencentes a grupos minoritários tem sido o apelo a que os tribunais não ignorem o enquadramento cultural das partes processuais e das testemunhas, incluindo o facto de diferentes grupos culturais acederem ao sistema judicial com diferentes entendimentos sobre o que seja a justiça e diferentes graus de compreensão, à vontade e confiança no funcionamento do sistema⁹⁰.

A admissibilidade de informação cultural em juízo tem sido muito discutida na doutrina a propósito do uso de argumentos culturais como defesa em processo penal (*culture defense*), com não poucos observadores a alertar para os riscos daí decorrentes, como o de reificar as culturas, reforçar estereótipos negativos sobre grupos minoritários e contribuir para a vulnerabilidade das minorias dentro das minorias⁹¹. A questão, entretanto, deixou de se resumir à matéria penal, tendo passado a abranger genericamente a prática dos tribunais em contextos pluriculturais, plurilinguísticos e/ou plurilocalizados⁹². Sabe-se que os tribunais estatais, incluindo na Europa e na América do Norte, já usam informação cultural como fator de enquadramento e/ou ponderação num grande e variado conjunto de casos, como os relativos a crimes sexuais, contra a integridade física e de homicídio; casamento, divórcio e regulação das responsabilidades parentais; uso de símbolos religiosos e direitos de guarda em contexto laboral; escolarização obrigatória e conteúdos curriculares; imigração e asilo; etc.⁹³. A insistência dos organismos

p. 191; LARISSA VETTERS e MARIE-CLAIRE FOBLETS, «Culture all around: Contextualising anthropological expertise in European courtroom settings», *International Journal of Law in Context*, vol. 12, nº 3, 2016, pp. 279-281.

⁹⁰ Ver B. V. HARRIS, «Equal access to justice: A constitutional principle in need of a higher profile», *op. cit.*, pp. 294-296. Tendo por horizonte de referência a Nova Zelândia, Harris critica o simplismo subjacente à ideia de uma lei igual para todos, notando que esta assenta na presunção equivocada de que existe um «todos» homogéneo, que partilha uma mesma conceção de justiça. O ideal, em seu entender, seria que cada cultura/grupo étnico tivesse o seu sistema de justiça próprio, por a perceção de justiça ser inevitavelmente influenciada pela cultura do observador, mas admite que um tal desiderato é simplesmente inviável nas atuais sociedades multiculturais. Em sentido semelhante, quanto ao carácter culturalmente variável das conceções de justiça e do que significa o acesso à justiça, ver SUKHSIMRANJIT SINGH, «Access to justice and dispute resolution across cultures», *op. cit.*, p. 2407; DANIEL M. BRINKS, «Access to what? Legal agency and access to justice for Indigenous peoples in Latin America», *op. cit.*, pp. 348-350.

⁹¹ Sobre o tema, ver, por exemplo, PATRÍCIA JERÓNIMO, «Direitos humanos e diferença cultural na prática dos tribunais», in Patrícia Jerónimo (org.), *Temas de Investigação em Direitos Humanos para o Século XXI*, Braga, DH-CII, 2016, pp. 306-320.

⁹² Ver PATRÍCIA JERÓNIMO e MANUELA IVONE CUNHA, «A jurisprudência multicultural dos tribunais portugueses», in AAVV, *Multiculturalidade e Direito*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2022, pp. 41-42.

⁹³ Ver PATRÍCIA JERÓNIMO e MANUELA IVONE CUNHA, «A jurisprudência multicultural dos tribunais portugueses», *op. cit.*, pp. 48-50.

internacionais de supervisão nas necessidades de diversificação das magistraturas e de formação dos profissionais forenses para a comunicação intercultural, de que demos conta na secção anterior, sugere, no entanto, que há ainda muito a fazer para assegurar que o tratamento pelos tribunais da informação cultural é feito de forma competente. Sabe-se que, de um modo geral, os atores judiciais continuam pouco familiarizados com dados etnográficos e com o recurso ao testemunho de antropólogos ou sociólogos, tendem a subestimar as dificuldades associadas à administração da justiça em contextos pluriculturais, confiando na sua capacidade para serem neutros, e mostram-se relutantes em ultrapassar uma leitura formalista do princípio da igualdade para considerar e/ou acomodar a diferença cultural⁹⁴.

Foi por referência a estas preocupações que gízámos e desenvolvemos o projeto *Igualdade e Diferença Cultural na Prática Judicial Portuguesa: Desafios e Oportunidades na Edificação de uma Sociedade Inclusiva* (InclusiveCourts), em que nos propusemos estudar a prática dos tribunais portugueses para perceber, por um lado, que tipo de experiência é que estes têm com casos envolvendo pessoas pertencentes a minorias étnico-raciais, religiosas ou linguísticas, estrangeiras ou apátridas, pessoas que não falem nem compreendam a língua portuguesa e/ou que invoquem argumentos culturais para justificar comportamentos ou pretensões *sub judice*, e, por outro lado, para auscultar a perceção dos juízes e procuradores portugueses sobre as eventuais exigências ou dificuldades associadas a este tipo de casos e o modo como outros grupos de interesse (advogados, intérpretes, representantes de organizações da sociedade civil) veem o desempenho dos tribunais⁹⁵. À semelhança de outros

⁹⁴ Mesmo na América Latina e em Estados Parte da Convenção OIT 169, cujo artigo 10º exige que os Estados assegurem que as penas aplicadas aos indígenas tenham em conta valores culturais, os juízes e procuradores mostram-se relutantes em considerar a etnia dos arguidos, como observado por DANIEL M. BRINKS, «Access to what? Legal agency and access to justice for Indigenous peoples in Latin America», *op. cit.*, p. 354. Para uma análise da relutância dos atores judiciais na Europa e na América do Norte, ver, entre outros, MARIE-CLAIRE FOBLETS e ALISON DUNDES RENTELN, «Introduction», in Marie-Claire Foblets e Alison Dundes Renteln (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford e Portland, Hart Publishing, 2009, pp. 1 e 3; ANDRÉ J. HOEKEMA, «Does the Dutch judiciary pluralize domestic law?», in Ralph Grillo *et al.* (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, reimp., Farnham, Ashgate, 2011, p. 194; PAOLA PANNIA, «Claiming cultural diversity in courts. Exploring judicial strategies to elude the 'cultural question' in Italy and the UK», *DPCE Online*, vol. 41, nº 4, 2019, pp. 2529-2557.

⁹⁵ Para uma descrição do projeto, incluindo os métodos adotados, ver PATRÍCIA JERÓNIMO e MANUELA IVONE CUNHA, «A jurisprudência multicultural dos tribunais portugueses», *op. cit.*, pp. 62-72.

estudos recentes sobre a prática judicial em contextos pluriculturais⁹⁶, assumimos o nexó entre diversidade cultural (facto) e inclusividade (norma) como ponto de partida. Neste contexto, *justiça inclusiva* significa o desiderato de que os tribunais sejam mais sensíveis à cultura⁹⁷, de modo a assegurar que os estrangeiros ou apátridas e as pessoas pertencentes a minorias étnico-raciais, religiosas ou linguísticas não são prejudicados no seu direito de (igual) acesso à justiça pela existência de barreiras culturais, como as que resultam, por exemplo, da necessidade de intermediação linguística e/ou do desconhecimento ou incompreensão pelos tribunais de mundividências e práticas próprias de grupos sociais minoritários. Não se trata de propor que a cultura sirva de desculpa para atos ilícitos ou de pretexto para a criação de regimes de exceção, mas simplesmente de defender que, em tribunal, as pessoas tenham a oportunidade de *explicar* – o que não é o mesmo que *justificar* – o seu comportamento ou pretensão quando estes sejam culturalmente fundados. Como tem vindo a ser abundantemente sublinhado na doutrina, a *justiça inclusiva* com o sentido de sistema de justiça sensível à cultura requer atores judiciais «culturalmente competentes», o que implica, nomeadamente, que estes sejam conscientes dos seus próprios preconceitos e dos possíveis enviesamentos implícitos no Direito estatal, atentos ao enquadramento cultural dos intervenientes processuais e às possíveis barreiras culturais (incluindo linguísticas) com que estes se deparem e cuidadosos em evitar linguagem suscetível de reforçar estereótipos negativos sobre grupos minoritários⁹⁸.

⁹⁶ Ver, por exemplo, ROY L. BROOKS, *Diversity Judgments: Democratizing Judicial Legitimacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, pp. xi-xii.

⁹⁷ Sem desvalorizar as discussões em torno do significado de *cultura*, adotámos como conceito operativo a definição encontrada no preâmbulo da Declaração Universal sobre Diversidade Cultural, adotada pela UNESCO em 2001, nos termos da qual *cultura* corresponde ao conjunto dos traços distintivos, espirituais e materiais, intelectuais e afetivos, que caracterizam uma sociedade ou grupo social e que abrange, além das artes e das letras, as formas de viver em comunidade e os sistemas de valores. Sabemos que esta caracterização não é monolítica, estática ou fatalista e também que não são só os outros que têm cultura, pelo que incluímos no acervo de jurisprudência construído para o projeto InclusiveCourts as decisões que referiram argumentos culturais da cultura portuguesa.

⁹⁸ Sobre as competências culturais dos atores judiciais, a adquirir o mais cedo possível, de preferência ainda nas universidades, ver, entre outros, ANNETTE DEMERS, «Cultural competence and the legal profession...», *op. cit.*, pp. 22-25; JUSTIN D. LEVINSON *et al.*, «Judging implicit bias: A national empirical study of judicial stereotypes», *Florida Law Review*, vol. 69, 2017, pp. 63-113; JEFFREY J. RACHLINSKI *et al.*, «Does unconscious racial bias affect trial judges?», *Notre Dame Law Review*, vol. 84, 2009, pp. 1195-1232; ALISON DUNDES RENTELN, «Making room for culture in the court», *The Judges' Journal*, vol. 49, nº 2, 2010, pp. 7-15; MICHELLE ANDERSON, «Legal education reform, diversity, and access to justice», *Rutgers Law Review*, vol. 61, nº 4, 2009, pp. 1011-1036.

3. Os desafios da *justiça inclusiva* nos tribunais portugueses

A avaliar pela sua legislação e pelas suas políticas públicas, Portugal parece ser uma das sociedades mais inclusivas da Europa. Não têm faltado elogios à nossa Lei da Nacionalidade⁹⁹, à nossa legislação de combate à discriminação racial e às nossas políticas de integração para imigrantes e refugiados. Segundo o relatório de 2020 do Migrant Integration Policy Index (MIPEX), Portugal tem um modelo de cidadania líder à escala mundial (*world-leading Citizenship Model*) e as suas políticas de integração merecem a classificação de 81%, colocando-o no Top 10 do *ranking*, ao lado de países com longa experiência como destinos de imigração¹⁰⁰. A Organização Internacional para as Migrações (OIM) elogiou, em 2019, o modelo *one-stop-shop* adotado em Lisboa para facilitar o acesso dos estrangeiros aos serviços públicos e, em 2021, o facto de, durante a emergência pandémica, as autoridades portuguesas terem libertado os estrangeiros detidos a aguardar expulsão do país para reduzir o risco de contágio¹⁰¹. Um estudo comparativo das políticas de integração nos Estados membros do Conselho da Europa sinalizou como medida promissora o programa de ensino da língua portuguesa *Português Para Todos*, que é oferecido gratuitamente aos imigrantes e refugiados¹⁰². É também de notar que a imigração e o acesso à nacionalidade não são tão fortemente politizados como no resto da Europa. Considere-se, por exemplo, que o Governo português se mostrou disponível para acolher refugiados oriundos dos campos gregos para além da quota que lhe cabia no quadro da repartição de encargos entre os Estados Membros da União Europeia e abriu prontamente as fronteiras ao recente afluxo de refugiados da Ucrânia sem

⁹⁹ Lei nº 37/81, de 3 de outubro, revista pela última vez pela Lei Orgânica nº 2/2020, de 10 de novembro.

¹⁰⁰ O relatório elogiou, entre outros aspetos, as regras favoráveis ao reagrupamento familiar, os fortes dispositivos de combate à discriminação racial, a existência de claros canais de acesso ao estatuto de residente de longa duração e de aquisição da nacionalidade portuguesa por naturalização, bem como as recentes melhorias na abordagem do Estado à educação intercultural, pela maior atenção à diversidade cultural no curriculum escolar e nas escolas. Informação disponível em <https://www.mipex.eu/> [24.09.2022].

¹⁰¹ Ver IOM, *World Migration Report 2020*, 2019, disponível em https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020.pdf; IDEM, *World Migration Report 2022*, 2021, disponível em <https://publications.iom.int/books/world-migration-report-2022> [24.09.2022].

¹⁰² Ver SERGIO CARRERA e ZVEZDA VANKOVA, *Issue Paper Human Rights Aspects of Immigrant and Refugee Integration Policies: A Comparative Assessment in Selected Council of Europe Member States*, 2019, disponível em <https://rm.coe.int/168093de2c> [24.09.2022].

incorrer na ira popular. Esta disponibilidade das autoridades portuguesas para acolher imigrantes e refugiados e para facilitar o acesso à nacionalidade portuguesa – em clara contra tendência face aos seus vizinhos europeus – tem causado perplexidade nos observadores estrangeiros, que veem Portugal como um caso à parte que merece ser estudado com mais atenção¹⁰³.

Claro que boas leis, medidas promissoras e manifestações de boa vontade política não obstam a que imigrantes, refugiados e pessoas pertencentes a minorias étnico-raciais e/ou religiosas continuem a deparar-se com muitos obstáculos no acesso a direitos e na sua integração na sociedade portuguesa, fruto de burocracias labirínticas, programas de formação linguística insuficientes, «micro agressões» quotidianas, discriminação no acesso ao emprego, a serviços de saúde, à habitação, ao ensino, etc.¹⁰⁴. Há também sobejos relatos de uso excessivo da força pelas polícias e serviços de fronteiras contra estrangeiros e minorias étnico-raciais, sobretudo ciganos e afrodescendentes¹⁰⁵, e – com especial interesse para o nosso estudo –, nas mais recentes interações com os organismos de supervisão da ONU, as autoridades portuguesas têm vindo a ouvir reparos sobre o caráter endémico do racismo e da discriminação racial no sistema de justiça¹⁰⁶.

¹⁰³ Nesse sentido, ver, por exemplo, MARIA LORENA COOK, «Portugal's immigration and integration policies: A case apart?», *Journal of International Migration and Integration*, vol. 19, nº 3, 2018, pp. 771-789.

¹⁰⁴ Como já observado em PATRÍCIA JERÓNIMO, «Nós e os outros: Diversidade cultural e religiosa nos marcos das fronteiras», in Anabela Costa Leão et al. (eds.), *Nós e os Outros: Alteridade, Políticas Públicas e Direito*, Porto, Universidade do Porto, p. 54. Note-se que mesmo o muito elogioso relatório MIPEX considerou que ainda há alguns aspetos a melhorar, tendo recomendado, por exemplo, que deve haver maior investimento nas competências interculturais dos funcionários públicos (e.g., educadores, profissionais de saúde) para facilitar o acesso e a qualidade dos serviços, e maior atenção à qualidade do ensino e à diversidade no ensino superior, na profissão docente e nos currícula escolares.

¹⁰⁵ Considerem-se, por exemplo, as conclusões do Comité dos Direitos Humanos e do Comité contra a Tortura, a respeito dos últimos relatórios periódicos submetidos pelo Estado português, e o relatório do Grupo de Trabalho sobre Pessoas de Ascendência Africana a respeito da visita feita a Portugal entre 29 de novembro e 6 de dezembro de 2021. COMMITTEE AGAINST TORTURE, *Concluding observations on the seventh periodic report of Portugal*, CAT/C/PRT/CO/7, 18 de dezembro de 2019, §§ 17-18; HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Concluding observations on the fifth periodic report of Portugal*, CCPR/C/PRT/CO/5, 28 de abril de 2020, §§ 24-27; HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Visit to Portugal: Report of the Working Group of Experts on People of African Descent*, A/HRC/51/54/Add.2, 16 de agosto de 2022, §§ 26-32, 46-51, 77 e 80.

¹⁰⁶ Assim foi, por exemplo, na audiência da delegação portuguesa com os peritos do Comité para a Eliminação da Discriminação Racial, ocorrida em 19 de abril de 2023. Informação disponível em <https://www.ungeneva.org/en/news-media/meeting-summary/2023/04/examen-du-portugal-les-experts-du-comite-pour-lelimination-de-la> [01.10.2023]. Nas subsequentes conclusões sobre o relatório português, o Comité usou linguagem menos enfática, mas disse-se preocupado com a persistente incapacidade dos tribunais portugueses de lidar com casos de discriminação racial. COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION, *Concluding observations on the combined eighteenth and nineteenth periodic reports of Portugal*, CERD/C/PRT/CO/18-19, de 24 de maio de 2023, §§ 9-10.

Há vários anos que as conclusões dos comités da ONU sobre os relatórios portugueses incluem recomendações no sentido de que Portugal melhore a formação de magistrados judiciais e do Ministério Público como parte do esforço de combate à intolerância, estereótipos, preconceitos e discriminação contra grupos minoritários e vulneráveis (incluindo ciganos, afrodescendentes e muçulmanos) e promova a sensibilidade e o respeito pela diversidade cultural¹⁰⁷. No quadro do Conselho da Europa, o Comité Consultivo sobre a Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais tem vindo a fazer recomendações de sentido semelhante¹⁰⁸ e, no acórdão *Soares de Melo c. Portugal*, de 2016, o TEDH censurou explicitamente a falta de sensibilidade cultural dos tribunais portugueses, por entender que estes não haviam tido em suficiente consideração as diferenças culturais na apreciação do caso, designadamente, o facto de a autora da queixa, uma muçulmana nacional de Cabo Verde, ter invocado razões religiosas para recusar submeter-se ao processo de esterilização que lhe havia sido imposto pelo Estado como condição para não perder a guarda dos filhos¹⁰⁹.

Não surpreende, por isso, que o Plano Nacional de Combate ao Racismo e à Discriminação¹¹⁰, adotado pelo governo português em prossecução do Plano de Ação da União Europeia Contra o Racismo 2020-2025¹¹¹,

¹⁰⁷ Ver, por exemplo, HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Concluding observations on the fifth periodic report of Portugal*, cit., § 15; COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Portugal*, CRC/C/PRT/CO/5-6, de 9 de dezembro de 2019, § 16; COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION, *Concluding observations on the fifteenth to seventeenth periodic reports of Portugal*, CERD/C/PRT/CO/15-17, de 31 de janeiro de 2017, §§ 13(d) e 17(c).

¹⁰⁸ ADVISORY COMMITTEE ON THE FRAMEWORK CONVENTION FOR THE PROTECTION OF NATIONAL MINORITIES, *Forth Opinion on Portugal*, ACFC/OP/IV(2019)002, 28 de junho de 2019, §§ 44 e 51.

¹⁰⁹ «[La Cour] note aussi que les juridictions n'ont pas dûment pris en considération les différences culturelles dans le cadre de la procédure en question et relève la pression exercée sur celle-ci en vue de sa soumission à une opération de stérilisation dans le cadre de la procédure de protection des mineurs». Acórdão *Soares de Melo c. Portugal*, TEDH (4.ª secção), queixa nº 72850/14, de 16 de fevereiro de 2016, § 118. Os tribunais portugueses foram entretanto também censurados pelo TEDH devido ao uso de estereótipos de género, no acórdão *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, TEDH (4.ª secção), queixa nº 17484/15, de 25 de julho de 2017, § 54.

¹¹⁰ Plano Nacional de Combate ao Racismo e à Discriminação 2021-2025 – Portugal contra o Racismo, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros nº 101/2021.

¹¹¹ COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação Uma União da Igualdade: Plano de Ação da UE Contra o Racismo 2020-2025*, COM(2020) 565 final, de 18 de setembro de 2020. Portugal foi o primeiro Estado Membro da União Europeia a adotar o seu plano nacional, o que foi notado pela presidente do painel de peritos da ONU que ouviu a delegação portuguesa na audiência de 19 de abril de 2023 referida *supra* e fora já saudado como mostra de liderança política pelo Grupo de Trabalho da ONU sobre Pessoas de Ascendência Africana, no seu relatório da visita a Portugal ocorrida entre 29 de novembro e 6 de dezembro de 2021. HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Visit to Portugal: Report of the Working Group of Experts on People of African Descent*, cit., § 9.

inclua a justiça entre as suas dez áreas de intervenção e preveja programas de formação para magistrados e outros atores judiciais sobre combate ao racismo e à discriminação, e sobre diversidade e igualdade étnico-racial, cultural, linguística e religiosa (incluindo informação sobre a história do colonialismo, escravatura e Holocausto), bem como ações dirigidas a profissionais com intervenção no sistema de proteção de crianças e jovens e de justiça juvenil com vista a possibilitar um «melhor relacionamento intercultural»¹¹². A capacitação em matéria de direitos humanos e multiculturalidade está explicitamente prevista, desde 2008, no diploma legal que regula o ingresso nas magistraturas, a formação de magistrados e a natureza, estrutura e funcionamento do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)¹¹³, e os programas de formação contínua organizados pelo CEJ incluem, há já vários anos, sessões sobre Multiculturalidade e Direito, Migrações, Estrangeiros e Globalização, Julgar com Perspetiva de Género, Sociedade, Cultura e Tribunais, etc.¹¹⁴. A importância da formação nestas matérias é abertamente reconhecida pelos próprios magistrados que desempenham funções docentes no CEJ, em

¹¹² Uma «abordagem intercultural dos princípios da Igualdade, da Não Discriminação e da Cidadania» é também assumida como parte dos princípios orientadores da Estratégia Nacional para a Integração das Comunidades Ciganas, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 25/2013 e prorrogada até 31 de dezembro de 2023 pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 36/2023. A justiça e a segurança constituem uma dimensão da Estratégia Nacional (§ 3.6), sendo prevista a divulgação das prioridades e das medidas que fazem parte da Estratégia Nacional junto dos efetivos territoriais das forças de segurança e justiça enquanto ferramenta fundamental para a sua formação, capacitação e atuação (prioridade 11).

¹¹³ Artigo 34.º, n.º 2, alínea c), da Lei n.º 2/2008, de 14 de janeiro (última versão dada pela Lei n.º 21/2020, de 2 de julho). Em 2019, na sequência do alarme social provocado pelas considerações tecidas no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de outubro de 2017, no processo n.º 355/15.2 GAFLG.P1, onde se lê que «o adultério da mulher é um gravíssimo atentado à honra e dignidade do homem», o legislador alterou a Lei n.º 2/2008 (através da Lei n.º 80/2019, de 2 de setembro) para assegurar formação obrigatória aos magistrados em matéria de direitos humanos e violência doméstica, que passaram a integrar a componente formativa de especialidade do curso para ingresso nos tribunais judiciais – alíneas x) e xi) do artigo 39.º da Lei n.º 2/2008.

¹¹⁴ Informação disponível em <https://cej.justica.gov.pt/Forma%C3%A7%C3%A3o/Forma%C3%A7%C3%A3o-Cont%C3%ADnua/Hist%C3%B3rico-Forma%C3%A7%C3%A3o-Cont%C3%ADnua-Outras-tem%C3%AIticas> [08.10.2023]. Na audiência com o painel de peritos da ONU ocorrida em 19 de abril de 2023, a delegação portuguesa indicou que mais de 500 juízes receberam formação em matéria de direitos humanos e discriminação racial, incluindo discurso de ódio, no CEJ, num total de mais de 400 horas de formação. Refira-se ainda que, em 2021, o CEJ publicou a tradução para língua portuguesa do memorando explicativo dos Princípios de Bangalore para a Conduta Judiciária, que inclui um grande número de recomendações sobre a atuação dos juízes em contextos pluriculturais. Ver *Comentário aos Princípios de Bangalore para a Conduta Judicial (traduzido para português europeu)*, 2021, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_Principios_Bangalor.pdf [04.12.2021].

publicações sobre o tema¹¹⁵. Resta saber, claro está, se os programas de formação ministrados estão a ter alguns efeitos positivos, visíveis e mensuráveis¹¹⁶.

Os magistrados judiciais e do Ministério Público auscultados no âmbito do projeto InclusiveCourts mostraram-se, de um modo geral, confiantes de que a formação ministrada nas universidades portuguesas e no CEJ é suficiente para capacitar os atores judiciais a atuar em contextos pluriculturais, ainda que não tenham faltado participantes a reconhecer que podem existir algumas carências em termos formativos e a sugerir o alargamento dos programas de formação a novas matérias, como a História Colonial, a Antropologia e o Direito Comparado, e o aprofundamento de matérias já cobertas, como as várias dimensões do princípio da igualdade e os instrumentos internacionais de direitos humanos sobre minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, por exemplo¹¹⁷. Nas respostas ao questionário, a confiança dos magistrados na adequação da formação académica e profissional disponível foi expressiva, com 70% dos respondentes a considerar que a formação é adequada e, destes, 5,7% a considerar que ela é muito adequada¹¹⁸. Nas reuniões de grupo focal com magistrados, alguns dos participantes desvalorizaram a necessidade de oferecer formação específica sobre diversidade cultural, observando que a sensibilidade e o bom senso não são algo que possa ser ensinado nos cursos de Direito e que os atores judiciais já estão atentos ao que se passa à sua volta a partir do que veem nos meios de comunicação social¹¹⁹.

¹¹⁵ Assim, por exemplo, ALBERTINA AVEIRO PEREIRA, «Formação de magistrados – uma breve perspectiva», *Revista do CEJ*, nº 1, 2013, p. 165.

¹¹⁶ Um dos peritos do painel da ONU que ouviu a delegação portuguesa em 19 de abril de 2023, Gun Kut, sublinhou isto mesmo – saber que existem programas de formação é diferente de saber se esses programas estão a produzir os efeitos pretendidos – e perguntou se as autoridades portuguesas dispõem de instrumentos aptos a avaliar a eficácia dos programas de formação e demais medidas adotadas. O Grupo de Trabalho sobre Pessoas de Ascendência Africana, no seu relatório sobre a visita a Portugal em 2021, mostrou-se muito cético quanto às virtualidades das ações de formação, sobretudo junto das polícias e outras forças de segurança, recomendando ao invés a instituição de procedimentos disciplinares e criminais eficazes de resposta a manifestações de racismo e a atos de discriminação racial. HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Visit to Portugal: Report of the Working Group of Experts on People of African Descent*, cit., §§ 28, 49, 80 e 109.

¹¹⁷ Como já indicado em PATRÍCIA JERÓNIMO e MANUELA IVONE CUNHA, «A jurisprudência multicultural dos tribunais portugueses», *op. cit.*, pp. 71-72.

¹¹⁸ Uma percentagem, em todo o caso, inferior à de respondentes que indicaram considerar que a formação não é nada adequada (7,8%). Os dados que aqui apresentamos são atualizados face aos constantes do texto referido na nota anterior, resultando da aplicação do questionário a 19 magistrados adicionais, num total de 231 magistrados.

¹¹⁹ Como já indicado em PATRÍCIA JERÓNIMO e MANUELA IVONE CUNHA, «A jurisprudência multicultural dos tribunais portugueses», *op. cit.*, p. 71.

Esta confiança na capacidade dos tribunais portugueses para lidarem de forma competente com a diversidade cultural manifesta-se também na desvalorização das dificuldades associadas a eventuais barreiras culturais surgidas nos casos que envolvam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas ou pessoas estrangeiras. Nas reuniões de grupo focal e nas entrevistas individuais, vários magistrados equipararam as diferenças culturais trazidas pela imigração e pela presença de minorias étnicas, religiosas ou linguísticas às diferenças de hábitos e vocabulário que existem entre regiões de Portugal (Alentejo/Trás-os-Montes/Ilhas, zonas rurais/zonas urbanas, interior/litoral) e com as quais os tribunais estão habituados a lidar desde sempre¹²⁰. Também recorrente foi a ideia de que a condição socioeconómica é tão ou mais importante do que o enquadramento cultural. Para além disso, apesar de reconhecerem, de um modo geral, que a informação cultural pode ser útil para ajudar a compreender o contexto sociocultural das partes processuais¹²¹, os magistrados tendem a considerar que o seu dever de aplicar a lei portuguesa de forma igual para todos os impede de atribuir relevância aos fatores culturais no momento da decisão, desde logo, porque os fundamentos da decisão têm de ser os definidos pela lei geral¹²². Apesar de ter havido quem observasse que

¹²⁰ Muitos dos magistrados disseram não sentir necessidade de ouvir testemunhos de líderes comunitários, antropólogos, ou outros, para obter esclarecimentos sobre argumentos culturais invocados em juízo, nem de recorrer a bibliografia específica, por conhecerem bem as características das comunidades com que lidam mais frequentemente (ciganas, brasileira e africanas). Não faltam, de facto, decisões em que os tribunais portugueses tecem considerações sobre as características culturais das comunidades ciganas sem qualquer apoio bibliográfico explícito. Considerem-se, a título exemplificativo, os acórdãos analisados em PATRÍCIA JERÓNIMO e NICOLE FRIEDRICH, «O direito à educação e a escolarização das crianças ciganas na prática dos tribunais portugueses», *Scientia Iuridica*, LXXI, nº 359, 2022, pp. 262-279. Quanto ao Direito estrangeiro, a maioria dos participantes disse confiar na informação disponibilizada pelo Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria-Geral da República. A análise da jurisprudência permite, no entanto, identificar alguns casos em que os tribunais se depararam com sérias dificuldades na obtenção de informação fiável. É disso exemplo o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19 de novembro de 2019, prolatado no proc. 1378/18.YRLSB-7. Algumas das vozes dissonantes quanto à relevância da informação cultural e à suficiência dos recursos informacionais disponíveis vieram de magistrados que lidam com processos de asilo e proteção internacional. Para outros desenvolvimentos, ver PATRÍCIA JERÓNIMO e MANUELA IVONE CUNHA, «A jurisprudência multicultural dos tribunais portugueses», *op. cit.*, pp. 67-68 e 70-71.

¹²¹ Nas respostas ao questionário, 68,1% dos respondentes disseram prestar alguma ou muita atenção à informação cultural trazida a juízo. Só um respondente (0,4%) disse não prestar nenhuma atenção e dez (4,4%) disseram prestar pouca atenção à informação cultural.

¹²² Nas reuniões de grupo focal e nas entrevistas individuais, alguns participantes admitiram que os fatores culturais podem ser tidos em consideração na graduação da medida da pena, em processo penal, ainda que não necessariamente em benefício do arguido. Todavia, a análise jurisprudencial levada a cabo no âmbito do projeto InclusiveCourts permite observar que, se é certo que a fundamentação das decisões é frequentemente opaca quanto ao peso atribuído aos fatores culturais pelo tribunal, não faltam exemplos de decisões em que os tribunais sopesam de forma explícita a relevância dos argumentos culturais e/ou tecem considerações que podemos designar como sendo de ordem cultural

a atenção a «critérios diferenciadores do ponto de vista cultural» pode ser uma forma de inclusão, foi mais comum a ideia de que a atenção a argumentos culturais é contrária aos padrões internacionais de direitos humanos¹²³. Digno de nota é também o facto de alguns dos magistrados entrevistados se terem dito inteiramente confiantes na sua capacidade para serem neutros no exercício das suas funções.

O único domínio em que a generalidade dos magistrados se mostrou prontamente disponível para reconhecer a existência de dificuldades associadas à diversidade cultural foi o da intermediação linguística por intérprete quando alguma das partes processuais não fale ou não compreenda a língua portuguesa¹²⁴, ainda que, mesmo aqui, muitos tenham afirmado que, na maioria das situações, os tribunais conseguem resolver os problemas a contento¹²⁵. Para além da escassez de intérpretes qualificados, os magistrados mencionaram o «desconforto» resultante das quebras na oralidade impostas pela intermediação linguística e da impossibilidade de controlarem a qualidade da interpretação feita no caso de línguas que não dominem, bem como a desconfiança de que os intérpretes nem sempre se limitam a traduzir o que é dito e de que, por vezes, tentam aconselhar as pessoas a quem prestam o serviço de interpretação¹²⁶. Apesar de os magistrados reconhecerem que o desconhecimento da língua pode constituir uma barreira difícil de superar,

a propósito ou em apoio da fundamentação jurídica das suas decisões. Para maiores desenvolvimentos, ver PATRÍCIA JERÓNIMO e MANUELA IVONE CUNHA, «A jurisprudência multicultural dos tribunais portugueses», *op. cit.*, pp. 69-70.

¹²³ Como já indicado em PATRÍCIA JERÓNIMO e MANUELA IVONE CUNHA, «A jurisprudência multicultural dos tribunais portugueses», *op. cit.*, p. 69.

¹²⁴ A nomeação de intérprete está prevista nos artigos 92º e 93º do Código de Processo Penal (aprovado pelo Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de fevereiro; atual redação dada pela Lei nº 52/2023, de 28 de agosto) e no artigo 17º, nº 3, da Lei nº 65/2003, de 23 de agosto, que aprova o regime jurídico do mandado de detenção europeu (atual redação dada pela Lei nº 52/2023, de 28 de agosto).

¹²⁵ A experiência dos magistrados com casos plurilinguísticos não parece ser muito extensa, de resto. Nas respostas ao questionário, foi baixa a percentagem de respondentes que afirmaram lidar frequentemente (11,4%) ou muito frequentemente (3,5%) com processos que requerem a intervenção de intérprete ou tradutor.

¹²⁶ Uma desconfiança que não é inteiramente descabida, a avaliar por episódios relatados na reunião de grupo focal com intérpretes, em que alguns participantes assumiram que, por vezes, se compadecem das pessoas que estão a ser inquiridas e procuram ajudá-las para evitar que estas se prejudiquem com as respostas que dão ao tribunal. Como já indicado em PATRÍCIA JERÓNIMO e MANUELA IVONE CUNHA, «A jurisprudência multicultural dos tribunais portugueses», *op. cit.*, p. 68.

não faltam decisões judiciais a desvalorizar as barreiras linguísticas e as suas implicações para o exercício por estrangeiros do direito de acesso à justiça¹²⁷.

Refira-se, por último, que as opiniões colhidas nas reuniões de grupo focal com advogados e com representantes de organizações da sociedade civil nos deram um retrato muito menos otimista sobre a capacidade dos tribunais portugueses para lidarem com a diversidade cultural. Vários advogados não hesitaram em reputar de discriminatório e racista o tratamento dispensado nos tribunais às pessoas de etnia cigana, aos membros de minorias religiosas, aos imigrantes e às pessoas racializadas, exemplificando com a relutância dos tribunais em nomear intérprete de crioulo e em aceitar como provada a motivação racial dos crimes praticados contra ciganos e negros¹²⁸. Também houve advogados que, sem falarem propriamente em discriminação, criticaram a atitude de «indiferença» e de falta de empatia dos tribunais para com as vidas que sejam diferentes daquelas que os magistrados conhecem, nomeadamente, por estes raramente deferirem os pedidos de prestação de declarações de parte que permitiriam aos requerentes de asilo ir a juízo contar a sua história na primeira pessoa. Um aspeto interessante é o facto de alguns dos advogados participantes terem manifestado reservas quanto à bondade e oportunidade de invocar argumentos de ordem cultural, parecendo entender que o uso de tais argumentos é abusivo e/ou contrário ao respeito pelo princípio da igualdade¹²⁹. Ideia semelhante foi expressada por alguns dos representantes de organizações da sociedade civil, que fizeram questão de sublinhar que não pretendem reclamar tratamento especial ou arranjar

¹²⁷ Para algumas ilustrações desta tendência, a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional, ver PATRÍCIA JERÓNIMO, «A jurisprudência multicultural do Tribunal Constitucional português: Mapeamento e análise crítica», *JusGov Research Paper Series*, nº 15, 2022, pp. 38-40. Exemplos de boas práticas são, entretanto, os acórdãos do Tribunal da Relação de Évora, de 20 de dezembro de 2018, no proc. 55/2017.9GBLGS.E1, e de 24 de outubro de 2017, no proc. 884/15.8PBSTB.E1.

¹²⁸ Como já indicado em PATRÍCIA JERÓNIMO e MANUELA IVONE CUNHA, «A jurisprudência multicultural dos tribunais portugueses», *op. cit.*, p. 68. Um dos participantes disse mesmo que, sabendo, por experiência, que os processos em que se invoca discriminação racial são «processos para perder», opta por dar outro enquadramento jurídico aos pedidos para não indispor os juízes e, desse modo, não prejudicar os seus constituintes.

¹²⁹ Notando que os tribunais, muitas vezes, nem sequer querem nomear intérprete a pessoas que não compreendem a língua portuguesa, um dos participantes considerou «absolutamente ridículo» pretender aduzir argumentos de ordem étnica ou cultural, por ser claro que os tribunais não querem entender as pessoas nem fazer-se entender por elas. Outro participante disse não usar argumentos culturais por não ser estratégico (*i.e.*, poder indispor os juízes e prejudicar os constituintes) e também por não lhe parecer «o argumento juridicamente correto».

desculpas para comportamentos ilícitos por apelo à cultura¹³⁰. As maiores dificuldades de interação com os tribunais portugueses apontadas neste grupo focal foram a falta de recursos humanos e financeiros próprios, as barreiras linguísticas e os preconceitos dos magistrados contra ciganos e imigrantes, ainda que alguns participantes não tenham secundado a ideia de que existe discriminação nos tribunais portugueses¹³¹.

4. Considerações finais

Disse Francisco Salgado Zenha: «Quem não quer escutar, dificilmente poderá fazer justiça». A importância de ouvir o outro – de o entender e de se fazer entender por ele – é também uma das preocupações centrais de todos os que, hoje, hasteiam a bandeira da inclusividade. Aplicado à justiça, este desiderato implica, desde logo, a criação de condições para que os *outros* proverbiais das nossas sociedades multiculturais não sejam prejudicados no seu direito de acesso à justiça pela existência de barreiras como as que podem resultar da ausência de intérpretes qualificados, da insensibilidade dos tribunais perante manifestações de racismo individual e/ou sistémico, de preconceitos, falta de empatia ou incompreensão por parte dos atores judiciais face a mundividades e práticas próprias de grupos minoritários.

Nos tribunais portugueses, as possibilidades da *justiça inclusiva* com este sentido intercultural estão ainda largamente por explorar. Parafraseando o relatório da visita do Grupo de Trabalho sobre Pessoas de Ascendência Africana a Portugal, em 2021, diremos que as implicações da diversidade cultural para a prática judicial – talvez até mais do que as do racismo

¹³⁰ No acervo de jurisprudência construído para o projeto InclusiveCourts, são comparativamente raros os casos que envolvem minorias ou estrangeiros em que as partes invocam argumentos culturais para justificar um comportamento ou uma pretensão. Deste tipo, encontramos argumentos culturais em casos de abuso sexual de menores, abandono escolar, recusa de exame de sangue, pedido de dispensa de trabalho ou exame por motivo religioso, regulação das responsabilidades parentais, divórcio, objeção de consciência, intervenção médica em crianças, pedido de proteção internacional, injúrias e violência doméstica. Em contrapartida, é bastante comum a invocação de argumentos culturais da *cultura portuguesa*, tanto pelas partes processuais como pelos tribunais de moto próprio. Ver PATRÍCIA JERÓNIMO e MANUELA IVONE CUNHA, «A jurisprudência multicultural dos tribunais portugueses», *op. cit.*, p. 70; PATRÍCIA JERÓNIMO, «A jurisprudência multicultural do Tribunal Constitucional português: Mapeamento e análise crítica», *op. cit.*, pp. 45-58.

¹³¹ Como já indicado em PATRÍCIA JERÓNIMO e MANUELA IVONE CUNHA, «A jurisprudência multicultural dos tribunais portugueses», *op. cit.*, p. 68.

sistémico – continuam a ser um «não assunto» que muitos magistrados e outros atores judiciais consideram desnecessário tratar. Afinal – dizem – são raros os casos que envolvem fatores culturais, a lei é igual para todos e não há racismo nos tribunais. Não faltam, no entanto, na jurisprudência, exemplos de casos em que fatores culturais assumem importância na solução do caso e, por aí, para a garantia de acesso à justiça por pessoas pertencentes a minorias étnico-raciais, religiosas ou linguísticas, estrangeiros ou apátridas e pessoas racializadas. Muitos dos magistrados ouvidos no âmbito do projeto InclusiveCourts reconhecem, de resto, utilidade e (pontual) relevância à informação cultural para explicar o que se passou ou o que se pretende, sendo possível observar diferentes sensibilidades consoante as áreas (temáticas e territoriais) de intervenção e a experiência profissional. Também importa notar que, apesar de alguns magistrados parecerem não duvidar da sua capacidade para serem neutros, outros há que se mostram conscientes da possível influência dos seus pré-conceitos sobre o modo como apreciam e decidem os casos concretos. Observámos, para além disso, uma grande preocupação com o uso da terminologia adequada durante as entrevistas e não poucos magistrados judiciais mencionaram ter consciência da necessidade de prestar atenção à linguagem usada na fundamentação das suas decisões e de ter muito cuidado com as generalizações. Muito há a fazer, naturalmente, a começar pela melhoria dos serviços de intermediação linguística e pelo alargamento do papel dos mediadores interculturais nos tribunais. Sem descurar os programas de formação para magistrados e outros atores judiciais que, em linha com os Princípios de Bangalore, os auxiliem a (a) reconhecer os seus preconceitos, evitar estereótipos negativos e comentários de tom racista, demonstrar sensibilidade e corrigir essas atitudes; (b) estar familiarizados com a diversidade cultural, racial e religiosa da sociedade e a manter-se informados sobre mudanças de atitudes e valores na sociedade; e (c) criar o ambiente para um julgamento justo no seu tribunal, garantindo que todas as pessoas são protegidas de manifestações de preconceito racial, religioso ou outro, incluindo por parte de advogados e funcionários judiciais. Acreditamos que Francisco Salgado Zenha não diria que não.

PODERÁ O DIREITO SOBREVIVER? *SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA & PROSPETIVA JURÍDICA*

Paulo Ferreira da Cunha¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.13>

*Em memória de Vitor Aguiar e Silva
e Lúcio Craveiro da Silva*

*Aos meus Colegas, Estudantes e Funcionários
da Escola de Direito da Universidade do Minho*

I. Pressuposto e Escopo

“Quem só sabe Direito, nem sequer Direito sabe”. Esta expressão, muito feliz e certa, foi salvo erro proferida pelo nosso Professor de Direito Constitucional logo do 1º ano da Faculdade, e que nos acompanhou em toda a carreira, José Joaquim Gomes Canotilho. É uma adaptação ao mundo jurídico do que tinha observado, para a Medicina, um grande médico e investigador científico, mas também polígrafo e artista plástico, Abel Salazar: “quem só

¹ Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça. Professor Catedrático com *tenure* da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (funções suspensas para exercício da magistratura). Professor de História do Direito, Direitos Fundamentais e Metodologia e Filosofia do Direito nas primeiras Licenciaturas em Direito da Universidade do Minho e Diretor do seu primeiro instituto de investigação.

sabe Medicina nem sequer Medicina sabe”. O mesmo constitucionalista, no seu manual / tratado, aplica essas ideias à sua disciplina, dizendo:

“Muitos juristas julgam estas questões como mera filosofia. A nosso ver, se o direito constitucional não recuperar o impulso dialógico e crítico que hoje é fornecido pelas teorias políticas da justiça e pelas teorias críticas da sociedade ficará definitivamente prisioneiro da sua aridez formal e do seu conformismo político”².

Cada vez mais todas estas observações são verdade (e verdade urgente), porque cada vez mais o Direito, na sua grandeza de vasto diálogo e imensas janelas, se está a fechar e a amesquinhar: pois desde cedo se inculca nos indefesos estudantes (hoje, por sinal, ao menos aparentemente, menos reivindicativos que nunca, e com menos consciência do que andam a fazer na Universidade – ou deveriam andar a fazer³) a ideia de que é preciso saber muito de pouco, numa frenética e afunilada especialização, com antolhos a todas as “tentações” do exterior. Só Direito, e não todo o Direito, mas apenas um Direito tecnicista, positivista, virado para se ser rico, mesmo sem se saber matemática, como ironizou, um dia o Professor de Brasília Inocêncio Coelho⁴. E limitado o mais possível à letra da lei, num estrito, apagado e acanhado positivismo normativista e dogmático. Como no séc. XIX dissera Liard, cremos que na sua juventude:

“Le droit c'est la loi écrite; partant, la tâche des facultés de droit est d'apprendre à interpréter la loi, et il résulte que leur méthode est déductive: les articles du code sont autant de

² CANOTILHO, J. J. Gomes — *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 21.

³ A estória clássica a este propósito, que já terá uma certa dimensão mítica, terá ocorrido nas aulas de Luigi Lombardi Vallauri. Anos a fio perguntava aos seus estudantes o que estariam ali todos a fazer. E sempre tinha obtido resposta reticentes e mediócras. Até que um dia uma estudante da cidade de Macherata, lhe deu a desvolta resposta, a “resposta certa”: Disse-lhe algo como estarem ali para que houvesse mais Justiça no Mundo. Cf. LOMBARDI-VALLAURI, Luigi — *Corso di filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1978, nova ed., 1981.

⁴ COELHO, Inocêncio M. — *A Reforma Universitária e a Crise do Ensino Jurídico*, in “Encontros da Un B”, Brasília, Ed. Univ. Brasília, 1979.

théorèmes dont il s'agit de démontrer la liaison et de montrer les conséquences: le juriste est un géomètre”.

O texto que se segue insere-se em toda uma outra perspectiva, e desde logo parte do princípio de que o Direito não é uma entidade autoproduzida, mas em grande medida fruto da interação com o seu meio social, onde a dimensão sócio axiológica, das representações e valorações sociais concretas, tem um papel muito relevante. Para se chegar a esse pressuposto, a análise a empreender não de ciência jurídica material, estrita, mas deve ser mais alargada.

II. Base Social do Direito

O mundo jurídico (e mais ainda especificamente a sua dimensão jurídico-política) é o que se pode chamar uma verdadeira dimensão da superestrutura da realidade social e, por isso, só se compreende na sua plenitude com uma prévia (mas também renovada *pari passu*) análise pós-disciplinar⁵ (e implicitamente multidimensional⁶), curando da sua inserção social geral, com a análise integrada e hábil dos diversos elementos que implica (e o implicam).

Não serão, porém, de modo algum, as expressões utilizadas para caracterizar esta realidade em que assenta o Direito e a qualificação deste como algo que não está desenraizado, mas tem estrutura que o enforma e sustenta, elementos que nos possam necessariamente encaminhar, por analogia, para qualquer posição ideológica. Não cremos necessário convocar o materialismo dialético (ou histórico?) para o reconhecer e observar o que se nos afigura ser uma evidência, e hoje, até, de algum modo, mais uma banalidade a juntar a tantas que caracterizam a nossa sociedade moderna.

Eleva-se, pois, a juridicidade (institucional, cultural, epistémica, ideológica) a partir de elementos de base, a que podemos chamar infraestruturais, que são em geral de cultura material (historiograficamente constituindo a

⁵ MAYOS SOLSONA, Gonçal — *Empoderamiento y Desarrollo Humano. Actuar Local y pensar Postdisciplinarmente*, in *Postdisciplinariedad y Desarrollo Humano. Entre Pensamiento y Política*, ed. de Yanko Moyano Díaz / Saulo de Oliveira Pinto Coelho / Gonçal Mayos Solsona, Barcelona Red, 2014.

⁶ Num sentido semelhante, *mutatis mutandis*, ao de PODGÓRECKI, Adam / LOS, Maria — *Sociología Multidimensional*, ed. portug., Porto, Rés, 1984.

História material), numa palavra, económico-sociais, não no plano epistemológico (se assim fosse, estaríamos perante Ciências Sociais), mas como realidades fáticas. Os Romanos viram-no muito sinteticamente, como sintético e prático (e não especulativo) era o seu “génio”: *da mihi factum dabo tibi jus*.

Com fundamento no tecido socioeconómico de base (ou *social*, numa palavra, se preferirmos – tal como falamos em Direitos Sociais *tout court* para designar direitos sociais, económicos e culturais⁷... e hoje mais até que esses, como, desde logo, os ecológicos) há uma resposta jurídica, mais ou menos lenta e dependendo de elementos idiossincráticos do Direito (por isso, tantas vezes, de forma quase sempre superficial, se acusa o Direito de ser “conservador”; embora haja períodos de Direito voluntarista e revolucionário e reações de mera cautela, ou simples atraso na reação).

Importa sobremaneira, num futuro estudo de sociologia jurídica atento aos valores, ou seja, em grande medida de sociologia dos valores jurídicos, traçar um panorama de alguns vetores componentes da base social (especialmente olhados por um prisma cultural, mas não deixando, por isso, a sua dimensão infraestrutural) da contemporaneidade jurídica, muito especialmente procurando um timbre dos tempos atuais. No presente artigo, como que pressupomos alguns desses dados, mas seria necessário aprofundar cientificamente.

Fica o desafio a novas pesquisas para se indagar a montante e a jusante: das bases sócio axiológicas da sociedade e do direito hodiernos, por um lado, e, por outro, das consequências especificamente jurídicas das presentes reflexões. Por ora, apenas se delineiam, e de forma sumária e muito impressionista, as intuições jurídicas sobre essas realidades sociais determinantes, que possuem uma dimensão cultural e por vezes até civilizacional de grande relevo, e a que os juristas não podem ficar alheios.

⁷ Cf., v.g., o clássico CANOTILHO, J. J. Gomes — *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais*, separata do “Boletim da Faculdade de Direito”, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1988 e os nossos *Teoria da Constituição*, vol. II. *Direitos Humanos, Direitos Fundamentais*, Lisboa, Verbo, 2000; *Fundamentos da República e dos Direitos Fundamentais*, Belo Horizonte, Forum, 2008, Apresentação de André Ramos Tavares; *Direitos Fundamentais. Fundamentos e Direitos Sociais*, Lisboa, Quid Juris, 2014.

III. Que Direito para a nossa Sociedade?

A grande questão é a de se saber que tipo de Direito pode haver numa sociedade com um o travejamento social hodierno – sobretudo ao nível do imaginário e das convicções, que obviamente se traduzem em comportamentos.

Os indícios parecem indesmentíveis. Há, antes de mais, uma necessidade de convivência do Direito com a massificação (que acarreta burocratização e hoje cada vez mais tecnocracia e dependência da máquina), mas não deveria ser para a seguir e se lhe submeter, antes para a regular e até, dir-se-ia, “domar” (ou “domesticar”).

A banalização (grande característica dos nossos dias), na sua versão de indiscriminação (indistinção, indiferença, avaloração), naturalmente que tende para um alheamento aos ditames (e mais ainda ao espírito) jurídicos e a um soberbo e cínico desrespeito por parte de muitos pela Lei e pela própria autoridade. Tudo decorre, antes de mais, de uma espécie de cegueira ética prévia. Já Hessen havia detetado a cegueira a valores⁸, e alguns autores a inimizade pelo Direito (*Rechtsfeindschaft*). Mas agora é mesmo uma cegueira amoral e ajurídica.

Ora é preciso advertirmos que aquilo que ocorre com o Direito é apenas uma consequência.

IV. A dimensão simbólica e profanação

A grande forma de lidar com esta complexa situação não releva diretamente do Direito, mas da Educação. Já diziam os Gregos Antigos: *Paideia telleion ton nomon* – a educação é mais importante que as leis.

Porém, as instâncias jurídicas, universitárias e judiciais, por exemplo, não deixarão de ser confrontadas com uma dessacralização jurídica que em grande medida poderá causar problemas e acarreta consigo um depauperamento de elementos simbólicos da aplicação da juridicidade e da sua assunção pela sociedade. Não podemos execrar o simbolismo e mesmo a *mise-en-scènes*

⁸ HESSEN, Johannes — *Filosofia dos Valores*, tradução portuguesa de Luís Cabral de Moncada, nova ed., Coimbra, Almedina, 2001

de muitos rituais jurídicos⁹ e afins: eles são interiorizados, ajudam profundamente ao discurso legitimador¹⁰ do Direito – para o mal, sim, mas também para o bem.

Há um texto de Pascal absolutamente indispensável para vermos que, já no séc. XVII, havia quem muito compreendesse a função simbólica no Direito... e não só:

“Nos magistrats ont bien connu ce mystère. Leur robes rouges, leurs hermines, dont ils s’emmaillotent en chats fourrés, les palais où ils jugent, les fleurs de lis, tout cet appareil auguste était fort nécessaire; et si les médecins n’avaient les soutanes et des mules, et que les docteurs n’eussent des bonnets carrés, jamais ils n’auraient dupé le monde qui ne peut résister à cette montre si authentique. S’ils avaient la véritable justice et si les médecins avaient le vrai art de guérir, ils n’auraient que faire de bonnets carrés; la majesté de ces sciences serait assez vénérable d’elle-même. Mais n’ayant que des sciences imaginaires, il faut qu’ils prennent ces vains instruments qui frappent l’imagination à laquelle ils ont affaire; et par là, en effet, ils attirent le respect. Les seuls gens de guerre ne sont pas déguisés de la sorte, parce qu’em effet leur parte est plus essentielle, ils s’établissent par la force, les autres par grimace”¹¹.

E um pouco mais à frente, acrescentará o autor das *Provinciales*: “Nous ne pouvons pas seulement voir un avocat en soutane et le bonnet en tête, sans une opinion avantageuse de sa suffisance”¹².

⁹ REHFELOT, B. — “Recht und Ritus”, in *Festschrift fuer Heinrich Lebmann*, 1956, pp. 45 ss.; GARAPON, Antoine — *L’âne portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire*, Le Centurion, Paris, 1985; GUILLERMO CICHELO, Carlos Raul — *Teoria Totémica del Derecho*, Buenos Aires, Circulo Argentino de Jusfilosofia Intensiva, 1986.

¹⁰ BAPTISTA MACHADO, João — *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, reimp., Coimbra, Almedina, 1985.

¹¹ PASCAL, Blaise — *Pensées*, in *Oeuvres complètes*, ed. estabelecida e anotada por Jacques Chevalier, Paris, Gallimard, NRF, Bibliothèque de la Pléiade, 1954, 1118 (101, 369).

¹² *Idem, ibidem*.

A nossa sociedade não deixa de ter, quando abandona a sua placidez e quase indiferença, momentos de profanação (os quais andam, normalmente, carregados de simbolismo).

A profanação mais gravosa implica muitas vezes a prática de crimes. Além dos relacionados com as convicções religiosas, pense-se, desde logo, no de “profanação de cadáver” (artigo 254º do Código Penal), até nem tão incomum em casos de homicídio – mas não tanto por sanha ritual, ódio ou magia, mas com o fim de mais fácil ocultação do cadáver.

Mas a profanação de nível mais superficial inculca já uma mentalidade completamente contrária à sacralização que o Direito ainda transporta como herdeiro da primeira função do político, a chamada “função soberana”, dos indo-europeus. A especialização epistémica do *ius redigere in artem* românico não apagou essa dimensão sacral(izante). O próprio facto de o Direito ser um discurso legitimador, como dissemos já, (e discurso legitimador tal como tem sido) faz transparecer essa dimensão.

Podem ver-se a contemporaneidade como um campo de batalha entre um mundo de sentido, de hermenêutica, de simbolismo e de procura da sua interpretação, de transcendência e de poesia, e um outro mundo prosaico, em que o suplemento à banalidade quotidiana é apenas representado pela violência não sagrada e não estética, uma violência nua e gratuita, e a sua fruição como espetáculo (novo circo romano). Tal violência é a do trânsito agressivo, das redes sociais e mesmo de alguma comunicação social mais clássica de escárnio e maldizer, e, no limite da brutalidade da guerra. O Direito, “medicina da cultura”, que procura a pacificação das relações sociais e busca a paz entre as pessoas, e a satisfação dos seus anseios de justiça, está do lado da simbolização e de todos os bons e belos valores. Teófilo Braga esclarece bem as idades do símbolo em relação com as do Direito:

“O símbolo, obscuro, complicado, supersticioso, inalterável, caracteriza o elemento aristocrático predominando no Direito. A fórmula ou o símbolo falado, é a simples alusão ao rito jurídico primitivo, como a uma coisa que todos sabem, e que como inútil se omite. Denota o triunfo do elemento democrático sobre o monopólio dos patrícios, a *plebs* dizendo de direito como

o *populus*. A ficção, é o direito tirado de sua imobilidade religiosa, é a influência do espírito da filosofia estóica nas escolas jurídicas.

Na idade simbólica, predomina uma cor religiosa, o direito é na maior parte augural: é o ciclo divino. A época formular é a sua idade heróica. São heróis os jurisconsultos; Papiniano abraça a morte fugindo de uma injustiça, Ulpiano é assassinado, imóvel na sua integridade, velho romano sentado na cadeira curul. A ficção pertence à época puramente humana.”¹³

Estaríamos numa idade de ficção, muito para além da verdadeira e própria ficção jurídica¹⁴ do ponto de vista mais técnico. Mas em que medida disso tiramos partido?¹⁵

V. Os juristas entre adaptação banalizadora e resgata da sua imagem social

Ora, um dos perigos que assalta a juridicidade é a sua pretensa *adaptação banalizadora* aos novos tempos (um mimetismo descaracterizador, que Michel Villey já vira no seu tempo¹⁶, mas que será agora muito aprofundado), correndo-se o risco de, cedendo a uma velhíssima pressão de intelectuais e observadores que não encaram os juristas com bons olhos (no tempo da Renascença, eram os Humanistas que a eles pouco toleravam¹⁷, porque

¹³ BRAGA, Teófilo, *Poesia do Direito. Origens Poéticas do Cristianismo. As Lendas Cristãs*, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2000, p. 121.

¹⁴ JUSTO, A. Santos — *A 'Fictio Iuris' no Direito Romano. Aspectos Gerais*, Coimbra, separata do Suplemento do “Boletim da Faculdade de Direito” da Universidade de Coimbra, 1983; TODESCAN, F. — *Diritto e realtà, storia e teoria delle fictio juris*, Padova, Cedam, 1979;

¹⁵ CORNIL, G. — *Réflexions sur le rôle de la fiction dans le droit*, in “Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique”, ano V, n.º 3-4, 1935; MARI, Enrique — *Jeremy Bentham: du 'souffle pestilentiel de la fiction' dans le droit à la théorie du droit comme fiction*, in « Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques », 1985, nº 15, p. 1 ss.; VAIHINGER, Hans — *Die Philosophie des Als Ob*, 5.ª ed., Leipzig Félix Meiner, 1920, trad. ingl., *The Philosophy of 'As if'. A system of the theoretical, preactical and religious fictions of mankind*, trad. ingl. De C.K. Ogden, reimp. da 2.ª ed., Londres, Routledge & Kegan Paul, 1965; CASTAGLIA, T. A., *La Filosofia del 'Als ob' nel Diritto*, in “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, A. VI, 1926, pp. 98 ss.

¹⁶ Cf., *v.g.*, as observações “diarísticas” em VILLEY, Michel — *Réflexions sur la Philosophie et le Droit*, Paris, P.U.F., 1995.

¹⁷ Cf., *v.g.*, as ásperas críticas de ERASMO DE ROTERDÃO — *Elogio da Loucura*, ed. port. com trad., prefácio e notas de Maria Isabel Gonçalves Tomás, Mem Martins, Europa-América, 1973.

ganhavam muito menos que as pessoas da Lei...), pressionam o Direito a ser falado num “vulgar” para pretensamente poder ser entendido por toda a gente. O que, como já bem vimos em Miguel Reale¹⁸, implicaria um abastardamento da linguagem jurídica técnica. Ninguém se queixa da linguagem cifrada dos médicos ou dos mecânicos de automóveis, porque será que se tem tanto ódio à dos juristas e não se reconhece que é uma ferramenta como qualquer outra?

Um problema que os juristas têm a resolver é o da sua imagem social, da sua “má imprensa” em geral. Não tenhamos medo de ir à raiz dos problemas: é que os juristas são, afinal, um elemento de elitização social (por muito que a proliferação de licenciados ou bacharéis em Direito na prática a muitos proletarize, o que interessa é o topo das respetivas profissões – esse o icebergue visível socialmente). Ora, uma sociedade de banalização, de equivalência, de olvido de valores e de discernimento sobre competências, uma sociedade até de profanação, não convive bem com qualquer distinção social mais profunda e com um corpo social destacado, para mais usando de uma linguagem própria, que é à massa incompreensível. Como se de uma casta sacerdotal se tratasse, cultivando uma língua morta, que é seu santo e senha. E clássica passagem do Digesto diz que os juristas são sacerdotes:

“Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus : et boni et aequi notitiam profitemur : aequum ab iniquo separantes: licitum ab illicito discernentes : bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes : veram (nisi fallor) philosophiam, non simulatam affectantes.”¹⁹.

Seria necessário explicar bem – de forma convincente – a legitimação do trabalho dos juristas, o que implicaria que o seu trabalho fosse visto como socialmente muito mais útil do que é considerado. Tudo isto, obviamente,

¹⁸ REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, décima ed. revista, Coimbra, Almedina, 1982.

¹⁹ *Digesto*, Lib. I, Tit. I, Pr. I, § 1. *De officio iurisconsultorum*. Há na *Internet* a seguinte tradução: “Quem nos chama de sacerdotes possui o seu mérito, pois, cultivamos a Justiça e professamos o conhecimento do bom e do imparcial, separando a imparcialidade da iniquidade, discernindo o lícito do ilícito. Aspiramos a formar boas pessoas, não apenas pelo medo das penas, senão ainda pela exortação também das recompensas. Eis a verdadeira filosofia (se não me engano), sem a pretensão de simulação.”. *Apud* <http://www.scientific-socialism.de/LeninMaterialismoAnexoCap2.htm> (consulta em 16 de agosto de 2023).

sem baixar o nível, sem, para ir ao encontro da vontade de vingança social, por exemplo, subir exageradamente as penas (nomeadamente a pena máxima consentida) ou instituir a pena de morte. Os clamores vingativos da sociedade são imparáveis e uma cedência não estancaria os descontentamentos.

Como disse o jurista (e artista plástico) brasileiro Ricardo Giuliani Neto:

“O problema é que uma sociedade perguntada sobre temas tipo ditadura x democracia, sufraga a ditadura, quando perguntada sobre pena de morte, oferece índices de 85% à execução dos presos; questionada sobre maioria penal, pede que crianças e adolescentes sejam levados para a cadeia, não pode querer outra coisa que não prisões sumárias, advogados afastados dos seus clientes e, muito menos, pode esta sociedade querer um Estado democrático entupido daquelas garantias (...) Esta sociedade quer um Estado Policial capaz de oferecer-lhe o sangue transbordante das páginas de jornal, onde podem, daí, tirar prazeres mínimos para suportarem a dureza do dia a dia, convenhamos, cada vez mais cruel.”²⁰.

VI. A Juridicidade frente aos mitos da ciência e à concorrência informática

Para além da falta de apoio social (ou, se preferirmos uma expressão que se terá já tornado até um *nariz de cera*, sem significativa “base social de apoio”), o Direito da sociedade da banalização vai ter de lidar com um sério concorrente à sua racionalidade, e que vem aureolado da mitologia da “Ciência”, com os mitos anexos de Progresso e até de Infalibilidade, ou lá perto. É o complexo da informatização e da robotização, que começa, decerto, por atacar os livros físicos, em papel, e alguns temem que caminhará para uma sua futura existência residual, com as consequências até psicológicas de se ser um mero leitor em *écran* (ou “telinha”).

²⁰ NETO, Ricardo Giuliani — *Pedaços de Reflexão Pública. Andanças pelo torto do Direito e da Política*, Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2009, p. 60.

Mas, mais grave, decerto, ainda é a crença, que vai conquistando mesmo alguns juristas, de que será possível substituir em larga medida o trabalho jurídico (e a artesanaria própria do trabalho quase “manual” do jurista), e nomeadamente a atividade jurídica forense, pela chamada inteligência artificial (IA ou AI, na formulação anglo-saxónica). A qual se reconhece que, desde logo, ainda misturará, algo indiscriminada e caoticamente, pelo menos alguma legislação portuguesa e brasileira (eventualmente dos PALOPs e de Timor) se se lhe perguntar agora por qualquer ponto controverso. Porém, muito se acredita que virá a melhorar exponencialmente e aprender com os erros, até vir em breve a ser capaz de substituir pelo menos em muito boa parte até o trabalho judicatório dos juízes. Há quem creia piamente nisso, sobretudo não juristas, que nunca entenderam realmente a racionalidade e o labor jurídicos, mas, pior ainda, alguns juristas mesmo, subjugados já pela colonização epistémica exterior.

Que melhor legitimador terá o poder político, então? Hoje, quando não usa o discurso de dedo em riste de que haverá “punições exemplares”, falando assim pelo poder judicial, procura (com algum aprumo, neste caso, deve louvar-se) a separação dos poderes e diz que não se imiscui nos casos que estão na Justiça e que só ela pode e deve decidir.

Muito bem. Diz, neste último caso muito bem. Mas, futuramente, se tais casos viessem a ser decididos pela pretensa omnisciência do computador, poderia bem proclamar-se a sua infalibilidade científica. Será que isso resolveria as ânsias punitivistas? Não queremos estar cá para ver, num contexto de ficção científica como esse...

VII. Desafios de comunicação externa e de formação interna

Não são poucos nem fáceis os desafios que se colocam aos juristas, que infelizmente têm tanto que estudar e trabalhar (só o trabalho de atualização, perante a inflação legislativa e a produção exponencial de doutrina e jurisprudência é um trabalho de Sísifo que só nos surpreendemos como não afasta mais gente dessa vocação) que pouco se preocupam em cuidar da sua imagem, e quando respondem ao “mundo lá fora” naturalmente o não fazem com conhecimento de técnicas de comunicação, *marketing* e afins.

Podendo ainda aprofundar o fosso com a sociedade, a qual não está nada preparada para o seu tipo de racionalidade e de discurso. As tentativas de ensinar rudimentos de Direito ou da própria Constituição no ensino pré-universitário foram manifestamente insuficientes, e algumas nem sequer conseguiram concretizar-se, apesar de esparsos esforços louváveis.

Nos próprios cursos de Direito, a tendência para a especialização e para a tecnocratização é, salvo honrosas exceções, pelo mundo fora, uma forma de aprofundar o autismo dos juristas, que nem da sua própria *episteme* tomam cabal conhecimento²¹.

O fim de disciplinas não meramente técnicas, mas que dariam ao jurista um domínio mais aprofundado e alargado do que estudam, nomeadamente em diálogo com a sociedade e não a ela fechados, é uma situação que deveria ser invertida. O que se tem assistindo é, em contrapartida, ao encerramento de disciplinas: não apenas de cultura geral, como ainda Jurídico-Humanísticas, de História, Filosofia e Sociologia jurídicas, Direito Comparado, etc. Têm escapado, por um lado felizmente, as cadeiras económicas e afins, como Economia Política, ou Análise Económica, Finanças Públicas, e afins. Mas nem totalmente nem sempre.

E mesmo em disciplinas de direito positivo, pode em muitos casos verificar-se que as partes iniciais, pelo menos históricas e comparatísticas (que eram uma espécie de timbre e ponto de honra na bela reforma dos estudos jurídicos de 1911 – e ainda iam resistindo, *tant bien que mal*, na prática e em alguns manuais e sebentas), são liofilizadas, minimizadas, ou mesmo excluídas. Não entendemos como se possa bem saber, desde logo, Direito Constitucional, Direito Internacional, ou Direito Penal sem ter uma panorâmica da sua evolução. Cremos até que as lutas, as polémicas, os “marcos” historicamente registados, são parte integrante das respetivas ciências (jurídicas materiais). É de uma enorme privação de dados, de exemplos, de cultura e de instrumentos, não meramente decorativos, eruditos, teóricos, que se trata.

Evidentemente que esse banimento dos eixos históricos e geográficos que permitiriam o cotejo sincrónico e diacrónico (comparatístico e histórico) se integra na geral tendência para a indiscriminação da banalidade dos

²¹ Cf., por exemplo, já SANTOS, Boaventura de Sousa — *Surge Bestia*, “Revista Crítica de Ciências Sociais”, Coimbra, nº 31, Março 1991.

tempos (e corresponde, no plano especificamente da orientação ou “filosofia jurídica”, a um positivismo servil a qualquer poder). Fica o ingénuo aluno com a sensação de que tudo o que está a aprender é a ciência pura e única (o que é particularmente chocante em casos como a Teoria Geral da Relação Jurídica, no direito privado, sobretudo, ou a Teoria Geral do Estado, no direito público), sem passado (e naturalmente tornando um futuro impensável) e sem outras experiências de cotejo a serem seriamente consideradas. O que é o grande princípio para se tornar um tecnocrata dócil, que sabe apenas fórmulas de um ucronismo suficiente.

Quando a Arte Jurídica fica assim minada por dentro, na própria formação dos juristas, é muito complicado resistir à banalização dela mesma. Afinal, o Direito é ainda (com alguns setores sociais mais, como a Arte, a Literatura, por exemplo – se não cederem a ser produzidas pela dita Inteligência Artificial) um reduto de um mundo ao mesmo tempo perigoso e desafiador, de aventura humana de uma personagem com identidade e personalidade, a Pessoa. Não uma espécie desistente, eventualmente sucedida por robots e cachorros, como numa conhecida obra de ficção²².

VIII. Poderá o Direito sobreviver?

Num contexto de despersonalização da Pessoa, de submersão na massa, ao mesmo tempo amorfa (consumista, hipnotizada pelos *media*, conduzida pelos demagogos, narcotizada com vários tipos de drogas – e desde logo a simples híper medicação, não se suportando a mais leve dor, ou incómodo psicológico) e excitada contra bodes expiatórios das teorias da conspiração (em que, além dos “suspeitos do costume” estão alguns grupos que são apontados como privilegiados e elitistas, designadamente os juristas), poderá o Direito sobreviver?

A resposta é a nosso ver simples. Se essas tendências persistirem e se aprofundarem, o Direito não mais existirá. Naturalmente, continuará a haver normas, eventualmente tribunais (eletrónicos, total ou parcialmente²³), even-

²² SIMAK, Clifford D. — *City*, trad. port., *A Cidade no Tempo*, Lisboa, Europa-América, 1955.

²³ Cf. a ficção de PAPINI, Giovanni — “O Tribunal electrónico”, in *O Livro Negro. Novo Diário de Gog*, trad. port., Lisboa, Livros do Brasil, s/d.

tualmente até técnicos ou engenheiros de legislação a que se poderá ainda, por arcaísmo, chamar juristas... O nosso vaticínio é antigo, não fazemos mais que recordá-lo, agora que mais sinais de alerta se avolumam²⁴...

Sempre o Direito luta com a sua própria negação, desde logo no seu seio e pelas suas próprias vias, ou moldes, ou contra as suas “perversas imitações” (mesmo salteadores medievais e a máfia, ou os julgamentos de Moscovo, imitaram processualmente o Direito). Até que ponto o Direito retratado por Kafka²⁵ na sua ficção é realmente Direito? A questão, para vermos as coisas com clareza, não parece, porém, ser se um “Direito” distópico, de uma utopia negativa (*Animal farm*²⁶, 1984²⁷, *Brave new world*²⁸, e tantas outras²⁹) ou o mau e injusto “Direito” de uma ficção (ou mesmo de uma particular e localizada realidade historicamente existente) é ainda Direito, *tout court*.

O que cremos importa mais é saber se terá havido ou virá a haver algum salto qualitativo social geral numa sociedade histórica concreta (na sociedade futura, ou, anteriormente, no mundo do imperador Calígula³⁰, ou no III Reich³¹) de forma a que se possa com segurança afirmar que nesse contexto a desfiguração, o desvirtuamento da *arte boa e équa* foi tal que se trata apenas de uma ordem de força, de comandos coativos, e da sua verificação e punição das respetivas infrações, o que nada tem a ver já com a *constante e perpétua vontade de atribuir a cada um o que é seu*.

Ou seja, a total desconexão do Direito com a Justiça será, assim, mais uma vez e afinal, a grande pedra de toque. Sempre que se ignore a Justiça

²⁴ Cf., desde logo começando por citar CASTANHEIRA NEVES, António — “Justiça e Direito” in *Digesta*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 253, nomeadamente o nosso “Para uma definição de Direito”, *Amor Iuris. Filosofia Contemporânea do Direito e da Política*, Lisboa, Edições Cosmos, Livraria Arco-Iris, 1995, p. 63 ss.. E outros se debruçaram preocupadamente sobre a prospetiva da ciência jurídica. Cf., por exemplo, STITH, Richard — *Habra Ciencia del Derecho en el siglo XXI?*, in AA. VV. — *En el umbral del siglo XXI. Nuevos conceptos y instituciones jurídicas?*, Valparaíso, EDEVAL, 1989, p. 69 ss..

²⁵ Nomeadamente, KAFKA, Franz — *O Processo*, Mem Martins, Europa-América, s/d..

²⁶ ORWELL, George — *Animal Farm*, trad. port., *O Triunfo dos Porcos*, Lisboa, Perspectivas & Realidades, 1977.

²⁷ ORWELL, George — 1984, trad. port., Lisboa, Unibolso, s/d.

²⁸ HUXLEY, Aldous — *Brave new world*, trad. port., *Admirável Mundo Novo*, Lisboa, Editores Associados, s/d [1.ª ed. 1932].

²⁹ Cf. o nosso *Constituição, Direito e Utopia, Do Jurídico-Constitucional nas Utopias Políticas*, Coimbra, Faculdade de Direito de Coimbra, Studia Iuridica, Coimbra Editora, 1996.

³⁰ Cf., além do respetivo texto na *Vida dos Doze Césares*, de Suetónio, CAMUS, Albert — *Calígula*, in *Théâtre, Récits, Nouvelles*, Paris, Gallimard, 1962, p. 7 ss.

³¹ Cf., v.g., WINTGENS, Luc J. — *Le concept du droit dans le National-socialisme*, in « Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques », 1991, vol. 26.

(ou se faça uma sua *epoché*, com o pretexto, por exemplo, de que há muita matéria de direito positivo e debitar nos cursos), a ordem social e política (e naturalmente jurídica) não será de Direito, mas outra coisa. Como corajosamente afirmou Santo Agostinho, “Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia?”³². Citemos um pouco mais longamente, e em tradução portuguesa:

«Sem a Justiça [...] *que são os reinos senão grandes bandos de ladrões?* E o que é um bando de ladrões senão pequenos reinos? Porque se trata de uma reunião de homens em que um chefe comanda, em que um pacto social é reconhecido, em que certas convenções regulam a partilha do produto do saque. Se esta quadrilha funesta, recrutando para si malfeitores, cresce ao ponto de ocupar um país, de estabelecer postos importantes, de tomar cidades, de subjugar povos, então arroga-se abertamente o título de reino, título que lhe assegura não a renúncia à cupidez, mas a conquista da impunidade. Foi um dito certo e de espírito o que a Alexandre Magno respondeu um pirata caído em seu poder. ‘Em que pensas para infestar o mar?’ — questionou o monarca. ‘E em que cuidas tu para infestar a terra?’ — retorquiu o pirata, com audaciosa liberdade. ‘Mas porque tenho uma pequena frota, chamam-me corsário, enquanto tu, por teres uma grande marinha, dizem-te conquistador.’».

Não, Santo Agostinho, respeitável bispo de Hipona, antigo professor romano de Retórica, autor das *Confissões*³³, que dizem ser a obra imprescindível de qualquer pessoa culta, não era um anarquista. Compreendia apenas mais além.

³²AGOSTINHO, Santo (Aurélio) — *Civitas Dei*, trad. ingl. de Henry Bettenson, *City of God*, reimp., Harmondsworth, Penguin, 1984, IV, 4.

³³ AGOSTINHO, Santo (Aurélio) — *Confissões*, trad. port. de J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina, prólogo de Lúcio Craveiro da Silva, 11.ª ed., Braga, Livraria Apostolado da Imprensa, 1984.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES POLÍTICO-CRIMINAIS A PROPÓSITO DA CIBERSEGURANÇA

Pedro Jacob Morais¹
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.14>

1. Considerações introdutórias

O direito penal encontra-se matricialmente marcado pelo signo da contingência, pela circunstância sempre mutável no dinamismo do binómio espaço-tempo. Assim sendo, os desafios jurídico-penais apresentam-se sempre históricos, no preciso sentido de que o direito penal assenta num concreto *bic et nunc*. Neste sentido, a circunstância espaço-temporal que circunda e secunda o fenómeno criminal demanda desafios jurídico-penais diversos, realizados, ou seja, que contactem com a realidade e que, nesse contacto, se transformem materialmente num dos seus elementos constitutivos.

Não necessitamos de recuar a Liszt e aos alvares da “ciência conjunta do direito penal”² para compreendermos com cada vez maior agudeza que o fenómeno criminal demanda um tratamento sistémico. Um tratamento

¹ Professor Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho.

² Para a compreensão o conceito original, cfr. LISZT, Franz von - *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Berlin: Walter Gruyter & Co., 1970, pág. 290 e ss [em especial, pág. 283 e ss].

sistémico que, sob pena de exiguidade problemática, não deve ser reduzido à estreiteza da amurada da dogmática penal. Destarte, o direito penal perfila-se como parte integrante de um sistema mais complexo e amplo de justiça. No seio deste sistema, o direito penal compreende um cômputo ou, melhor, representa uma unidade sistémica substantivo-adjectiva. Uma unidade sistémica capaz de exponenciar a comunicação e a harmonização de soluções entre o direito penal e o direito processual penal. Ademais, no sistema de justiça em estudo, a criminologia surge como ciência preparadora do direito penal. No seu arquipélago de interdisciplinaridade³, a criminologia não se limita a explicar mecânico-causalmente o surgimento do fenómeno criminal, mas valida as opções normativas e acompanha a decisão judicativa⁴. Por fim, não devemos perder de vista a política criminal como parte essencial da equação da justiça penal⁵. Política criminal que actua como o vector-guia do *ius puniendi* estatal, linha de fuga a quadrar as principais opções jurídico-penais do Estado. Claro que as concretas opções político-criminais devem encontrar-se orientadas e balizadas pelos resultados dos estudos do direito penal substantivo e adjectivo, bem como pela investigação criminológica.

O direito penal substantivo e adjectivo, a criminologia e a política criminal encetam um conjunto de relações de mútua perturbação ou, dito de modo diverso, de mútuo contributo e aperfeiçoamento a que damos o nome de sistema global de justiça penal⁶. Note-se que não nos referimos à supra-mencionada “ciência conjunta do direito penal”, visto que agora, ao contrário de antanho, a dogmática penal não tem de se soerguer num amuralhamento de marfim, avesso a influências externas. A dogmática penal já não se

³ A incidir na ideia da interdisciplinaridade, ver o conjunto de textos organizados em AGRA, Cândido da – *A Criminologia: Um arquipélago inderdisciplinar*. Porto: U.Porto, 2012.

⁴ Sobre a relação entre a criminologia, o direito penal e a política criminal, ver DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – *Criminologia: O homem delinquent e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, pp. 96 e ss.

⁵ De acordo com a lição de DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral. Tomo I: As Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Gestlegal, 2019, pp. 38 e 39, “[a] política criminal, de ciência simplesmente competente para as tarefas da reforma penal, cujas proposições, por conseguinte, não podiam ser levadas em conta senão no plano do *iure constituendo*, torna-se em ciência competente para, em último termo, definir os limites da punibilidade”.

⁶ A propor e a desenvolver o conceito de “sistema global de justiça penal”, ver MONTE, Mário Ferreira, *Apontamentos de Direito Penal. I: Fundamentos, Teoria da Lei Penal*, 2021 (exemplar policopiado gentilmente cedido pelo Autor), pp. 55 e ss, e idem, “Da realização Integral do Direito Penal”. In Dias, Jorge de Figueiredo, [et al.], *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Vol. 3, pp. 752 e ss.

perspectiva como a “barreira insuperável da política criminal”⁷. Pelo exposto, a contemporaneidade demanda uma abordagem conjunta das diversas ciências criminais na resolução do fenómeno criminal. Uma abordagem não hierárquica ou pré-concebida, uma abordagem que não é coutada dos juristas, dos criminólogos ou dos operadores políticos. Uma abordagem que reconhece a premência social dos desafios colocados pela criminalidade, nas suas diversas declinações e, para o que nos ocupa, na sua dimensão cibernética.

2. Aproximação à cibersegurança e à cibercriminalidade

Antes de nos adentrarmos no tratamento político-criminal da cibersegurança e da cibercriminalidade, tentemos uma aproximação aos conceitos em estudo. Os desafios cibernéticos convocam a separação entre o mundo físico e o mundo digital, como se de duas linguagens ou de dois universos incompatível ou refractários se tratassem. Como se o mundo digital estivesse firmado num tempo e num espaço próprios que o impedissem de comunicar com o mundo físico. Um tempo digital, diacrónico, encerrado sob si próprio e aparentemente diverso do tempo analógico que marca o sincronismo espaço-temporal do mundo dito físico⁸.

Em termos semiológicos, o mundo físico e o mundo digital parecem firmar uma oposição insanável, como se o mundo digital não fosse real, como se fosse um mero simulacro ou simulação⁹. Como se o mundo digital não interferisse ou não afectasse o mundo dito real. Como se pudéssemos distinguir um mundo autêntico e um sucedâneo de mundo. Notemos que a “busca pela autenticidade”, esta procura pelo tecido da realidade que ocupa a reflexão em torno dos desafios digitais possui raízes filosóficas muito profundas. Pensemos, a título de exemplo, na Alegoria da Caverna de Platão e na distinção entre o mundo das ideias e o mundo dos sentidos¹⁰, na clivagem

⁷ A analisar detidamente esta “barreira insuperável”, ver MUÑOZ CONDE, Francisco – “La herencia de Franz von Liszt”. Revista Penal México. nº 2 (2011), p. 58 e ss.

⁸ Sobre o tempo analógico e o tempo digital, cfr. LANDES, David S. - *A Revolução no Tempo*. Lisboa: Gradiva, 2009.

⁹ A propósito dos conceitos de simulação e simulacro, ver BAUDRILLARD, Jean – *Simulacros e Simulação*. Lisboa: Relógio D'Água, 1991, p. 11 e ss.

¹⁰ Cfr. PLATÃO – *A República*. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 315 e ss [514a e ss].

agostiniana entre a cidade de Deus e a cidade dos homens, na contraposição kantiana insanável entre númeno e fenómeno¹¹, ou na clareia heideggeriana entre o *sein* e o *dasein*¹². Esta permanente preocupação acompanhante da filosofia influenciou claramente diversas expressões artísticas populares através de lugares-comuns. Pensemos, como mero exemplo, em obras cinematográficas como “Mundo no Arame” (1973), “Ghost in the Shell” (1995) ou “Matrix” (1999) e na fractura entre o mundo físico e o mundo digital que convocam. Uma fractura que não deixa de representar, em jeito de paradoxo, uma inevitável imbricação ou interferência mútua que, a seu tempo, abordaremos. Nestas obras cinematográficas, o protagonista invariavelmente desperta para a realidade, transita do sonho para a vigília apercebe-se de que aquilo que julgava ser a realidade não passava de uma simulação ou de um simulacro.

3. Ameaças cibernéticas e respectivos corolários

De volta à realidade contingente, os ordenamentos jurídicos, independentemente da sua conformação, têm vindo a ser assolados por diversas ameaças cibernéticas. Refira-se os pedidos de resgate (“ransomware”) a pessoas singulares e colectivas, o acesso a dados bancários e a servidores informáticos ou os problemas de segurança convocados pela “internet das coisas”¹³. Dizíamos que as ameaças cibernéticas atingem os diversos ordenamentos jurídicos, independentemente da sua conformação, na medida em que o desenvolvimento do mundo digital está intimamente relacionado com a globalização ou com o processo globalizante em curso, se preferirmos. Nesta redução exponencial de distâncias ou subversão da relação de proporcionalidade directa entre o espaço e o tempo que caracteriza a globalização, o ciber mundo compreende um *locus* sem fronteiras, dando clara expressão à

¹¹ Vide KANT, Immanuel - *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 115 e ss.

¹² Cfr. HEIDEGGER, Martin - *Ser y Tiempo*. Editorial Trotta, 2018, p. 63 e ss.

¹³ Numa aproximação ao conceito de “internet das coisas”, ver FACHANA, João – *Que Papel Para o Consentimento na Sociedade em Rede?* In Neto, Luísa; Ribeiro, Fernanda – *Direito e Informação na Sociedade em Rede: Atas*. Porto: Faculdade de Direito e Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2016, p. 100 e ss.

ubiquidade do risco e da incerteza¹⁴, à modernidade líquida¹⁵, à sociedade da transparência¹⁶, entre outros conceitos equivalentes.

Ainda que o campo lexical da sociedade do risco não corresponda a um cenário distópico, encontrando-se umbilicalmente ligado ao desenvolvimento humano por via da exponenciação da mobilidade humana, do tráfego de bens e da disponibilização de serviços, não podemos deixar de notar uma dimensão menos solar e mais lunar do entrechoque entre globalização e o ciber mundo. Entrechoque e relação conatural, na medida em que o desenvolvimento do mundo digital se encontra intimamente relacionado com o desenvolvimento e expansão da globalização¹⁷. Neste concreto sentido, o ciber mundo ou ciber espaço, tal como o conhecemos hoje, representa um dos corolários da globalização, na medida em que constitui um incontornável coadjuvante das deslocamentos humanos e de bens, tal como da disponibilização de serviços. Todavia, não podemos olvidar que o mundo digital constitui um *locus* sem fronteiras, expressando com clareza a ubiquidade do risco e da incerteza, e que tem soerguido zonas sombrias, de difícil acesso e propiciadoras de criminalidade. Bem observado, e à semelhança do que ocorre no mundo físico, a globalização tem permitido o surgimento daquilo que Bauman designa como “zona fronteiriça global”¹⁸ ou, se preferirmos a designação de Agamben¹⁹,

¹⁴ Falamos da redução exponencial de distâncias comumente designada como globalização (para uma compreensão aprofundada do fenómeno em causa, ver BECK, Ulrich – *What is Globalization?* Malden: Polity Press, 2009, pp. 30 e ss.) e das profundas consequências sociais que provocou, quer em termos de percepção do espaço na sua vertente geopolítica, quer em termos de relacionamento intersubjetivo (a servir-se da expressão “sociedade do risco relacional”, CASTALDO, Andrea R. – *Welches Strafrecht für das neue Jahrtausend?* In Schünemann, Bernd – *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlin: Walter de Gruyter, 2001. p.g. 110; sobre a ubiquidade do risco, PAWLIK, Michael – *Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte*. GA. n. 1 (2003), p. 21). Redução de distâncias que assume não raras vezes a feição do confronto entre homogeneidade e heterogeneidade, uniformização e diversificação, enfim, a globalização niveladora e a globalização que respeita as identidades locais, também designada como “glocalização” (ver ROBERTSON, Roland – *Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity*. In Featherstone, Mike, [et al.] – *Global Modernities*. London: Sage, 1995, pp. 25 a 42).

¹⁵ A descrever a transição da modernidade sólida para a modernidade líquida, vide BAUMAN, Zygmunt — *Confiança e Medo na Cidade*. Lisboa: Relógio D'Água, 2006. p. 24. Para uma análise mais aprofundada deste tópico, consultar BAUMAN, Zygmunt – *Liquid Times: Living in an Age of Uncertainty*. Cambridge: Polity, 2007, pp. 5 e ss.

¹⁶ Tal como desenvolvido em HAN, Byung-Chul – *A Sociedade da Transparência*. Lisboa: Relógio D'Água, 2014, em claro corte com o referente imunitário desimplicado em ESPOSITO, Roberto – *Immunitas: Protección y negación de la vida*. Madrid: Amorrortu, 2009.

¹⁷ Em sentido semelhante, mas a traçar um elo entre a globalização e a “evolução da criminalidade organizada”, ver CABRAL, José Santos – *Uma Incursão Pela Polícia*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 13 e ss.

¹⁸ Cfr. BAUMAN, Zygmunt – *Sociedade Sitiada*. Lisboa: Instituto Piaget, 2010, p. 112 e ss.

¹⁹ Vide AGAMBEN, Giorgio – *O Poder Soberano e a Vida Nua: Homo Sacer*. Lisboa: Editorial Presença, 1998, pp. 115 e ss.

assistimos ao (re)surgimento dos “lager”, locais livres da pesquisa estatal, verdadeiros não-Estados ou contra-Estados avessos à normação jurídica²⁰.

O mundo digital, pela extensão difícil de abarcar, pelo estranhamento que ainda provoca junto das comunidades que compõem a sociedade, e pelo célere desenvolvimento que parece incompatível com a estabilidade normativa que a certeza e a segurança jurídica demandam, surge não raras vezes como um espaço de anomia. Pensemos, como frontão desta anomia, no pungente exemplo na “deep web” que, podendo servir como uma ferramenta jornalística imprescindível perante regimes autoritários ou totalitários, convoca igualmente preocupações criminais profundas²¹. Convoca-as na medida em que a “deep web” constitui exactamente uma zona fronteira global, porquanto se perfila refractária não apenas à normação estatal mas também à própria consciência axiológica da sociedade, uma vez que não permite a mediação normativa que possibilita a cidadania (eu-norma-outro)²².

Imbuídos pela perplexidade despontada pela “internet” profunda, formulemos algumas questões para reflexão:

- Constituirá o mundo digital ou, melhor, parte do mundo digital o sucedâneo pós-moderno do oeste selvagem? Terra de ninguém, inexplorada ou, em larga medida, por explorar? Ou, olhando o problema sob outro prisma, uma variação distópica dos cenários literários e cinematográficos ditos pós-apocalípticos²³?
- Compreenderá um *locus* ou diversos *loci* anómicos, avessos à normação jurídica?

²⁰ A propósito dos conceitos de “Estado”, “não-Estado” e “contra-Estado”, ver MORAIS, Pedro Jacob – *O Crime e a Cidade - A(s) arquitetura(s) da prevenção*. In Monte, Mário Ferreira, [et al.] - *Prevenção, Policiamento e Segurança: Implicações nos Direitos Humanos*. Braga: EDUM/JusGov, 2022, p. 34 e 35.

²¹ A enquadrar a “deep web”, cfr. SUI, Daniele; Caverlee, James; Sui, Daniel- “The Deep Web and the Darknet: A Look Inside the Internet’s Massive Back Box”. Ohio State Public Law Working Paper. nº 314 (2015), pp. 5 e ss.

²² Sobre os trinómio “eu-norma-outro” e “eu-anomia-outro”, vide MORAIS, Pedro Jacob – *Breve Apontamento Sobre a Violência e o Poder: Do Estado-corpo ao Estado-máquina*. In Leite, André Lamas, [et al.] – *O Sentir do Direito. Estudos em Homenagem ao Professor José Tavares de Sousa*. Lisboa: AAFDL, 2022, pp. 275 e 276.

²³ Ainda que a origem do género cinematográfico comumente designado como pós-apocalíptico possa recuar aos alvares da história do cinema pensemos, pelo reconhecimento popular que granjeia, no filme “Mad Max” (1979), por confrontar o espectador com um mundo onde a anomia substituiu a normação jurídica e onde o binómio segurança-liberdade soçobrou perante a ameaça constante.

- Até onde estamos dispostos a ir, em termos de limitação de direitos, liberdades e garantias para dominar ou conquistar o ciberespaço?

Aqui chegados, a cibersegurança e, para sermos mais precisos, a cibercriminalidade convoca desafios assinaláveis ao sistema global de justiça penal. Convoca-os pela diversidade de tipos legais de que se pode revestir, pela inadaptação de alguns tipos legais originalmente pensados para o mundo físico, pela necessidade de actualização normativa do sistema jurídico por via de novas tipologias criminais. Mais convoca desafios assinaláveis, na medida em que começa a surgir, não apenas a preocupação, mas uma verdadeira percepção de que a cibercriminalidade se encontra intimamente relacionada com fenómenos tão prementes como a criminalidade violenta, a criminalidade organizada e o terrorismo²⁴. Fenómenos estes que conhecem novas declinações no mundo digital e que possuem uma particular potencialidade erosiva das estruturas do Estado e da sociedade. A cibercriminalidade configura um assinalável obstáculo para as sociedades abertas e pluralistas, bem como para os Estados de direito em sentido material. Assim ocorre, por um lado, devido à vulneração indiscriminada ou à vulnerabilidade generalizada dos cidadãos perante a ciber-ameaça e, por outro lado, devido aos perigos acrescidos que se vêm avolumando em torno das estruturas, ou infra-estruturas essenciais dos Estados, como sejam os sistemas de justiça, de saúde, de educação, de segurança rodoviária, aeronáutica, marítima, entre outros. De volta à semiologia, podemos intuir que a existência e eventual expansão dos espaços de anomia no mundo digital poderá metastizar ou contaminar a normação jurídica e, como corolário necessário, perigar o Estado, mais especificamente os seus subsistemas, bem como outras estruturas essenciais da sociedade. Em suma, a anomia da zona fronteira global cibernética poderá inquinhar a normação estatal num duplo sentido. Em primeiro lugar, por macular a paz jurídica ou, dito de outra forma, por fomentar a percepção comunitária de que os tipos legais são letra morta na carência do reforço contrafáctico das expectativas comunitárias na vigência da norma violada. Como se o tipo

²⁴ Numa análise das diversas declinações do ciberterrorismo, ver FREITAS, Pedro Miguel – “Ciberterrorismo e a Lei de Combate ao Terrorismo”. Nação e Defesa. nº 161 (2022), pp. 116 e ss.

legal violado passasse a ser lei sem vigência enquadrável no grafema força-de-lei de Agamben²⁵. Por outro lado, porque a força centrífuga da anomia pode originar como reacção uma força centrífuga normativa igualmente perniciosa. Referimo-nos à vertigem e à tentação da hipercriminalização para fazer frente às ameaças cibernéticas, o apelo do neopunitivismo como perigosa panaceia para o fenómeno criminal, perigosa porque erigida à custa dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. Notemos que, qualquer que seja a via trilhada, topamos sempre com o binómio segurança-liberdade, a saber. A expansão da anomia conduz à rarefacção da segurança e à reificação de uma liberdade que mais não é do que *liberum arbitrium indifferentiae*. Por sua vez, a exponenciação do punitivismo reduz a liberdade em favor de uma segurança puramente asséptica. Uma segurança que vota a sociedade ao imobilismo de formol.

4. A cibersegurança no contexto internacional e europeu

Antes de encetarmos um plano panorâmico a propósito da cibersegurança no contexto português e europeu, urge questionar se realmente existe uma diferença significativa entre cibersegurança e segurança, mais especificamente entre a cibersegurança e a segurança interna. Certamente serão elencáveis especificidades que enformam a cibersegurança, especificidades que contendem com as suas idiossincrasias técnicas e com a concreta conformação do mundo digital. Contudo, a cibersegurança não deixa de contender com a prevenção criminal, na sua dimensão pré e pós-delitiva; a ordem e a tranquilidade públicas; o normal funcionamento do Estado, mais especificamente dos subsistemas essenciais que o compõem; e ainda o normal funcionamento de setores privados estratégicos como a banca, a aeronáutica ou a distribuição energética. Em suma, a cibersegurança contende com a estabilidade comunitária da sociedade ou, dito de modo mais claro, com a erosão das normas comuns, com a mediação normativa que une os membros da sociedade.

²⁵ Cfr. AGAMBEN, Giorgio – *Estado de Excepção*. Lisboa: Edições 70, 2010, pp. 55 e ss.

Aproximando-nos do ordenamento jurídico português, ainda que a relação de identidade entre a segurança e a cibersegurança não surja expressamente referida, esta última enquadra-se perfeitamente na Lei de Segurança Interna (Lei 53/2008, de 29 de Agosto). Atentemos à definição de segurança interna presente no artº 1º, nº 1 deste diploma:

“A segurança interna é a actividade desenvolvida pelo Estado para garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas, proteger pessoas e bens, prevenir e reprimir a criminalidade e contribuir para assegurar o normal funcionamento das instituições democráticas, o regular exercício dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos e o respeito pela legalidade democrática”.

Como é bom de ver, a definição de segurança interna coloca o enfoque na atribuição fundamental do Estado que se consubstancia na prevenção criminal em sentido amplo. Em sentido amplo, na medida em que não atende apenas à reacção jurídica pós-delitiva, mas manifesta igualmente preocupação com a prevenção pré-delitiva, numa clara tomada de consciência de que a insegurança afecta, não apenas os cidadãos individualmente considerados, mas também o “normal funcionamento das instituições democráticas”. A segurança interna consiste, em jeito de súpula, na atribuição essencial do Estado de estabilizar e manter o *status quo* comunitário ou, dito de forma diversa, da consecução e manutenção da paz jurídica.

Aqui chegados, a cibersegurança constitui uma das declinações da segurança interna, pelo que deve figurar entre as preocupações político-criminais mais prementes da contemporaneidade jurídica. Contudo, as questões de segurança que rodeiam o mundo digital que, como referimos anteriormente, se perfila conaturalmente ausente e avesso a fronteiras, não se esgota no panorama interno. Ao invés, a cibersegurança tem despertado um intenso labor normativo, não apenas transnacional e europeu, mas também internacional. Em bom rigor, a complexidade dos desafios colocados pelas ameaças cibernéticas apenas pode ser reduzida por via de uma acção complexiva e concertada inter-estatal. Bem se compreende que um problema global dificilmente possa ser resolvido através de soluções meramente locais.

Recuando ao dealbar do milénio, encontramos uma das principais pedras de toque da normação em torno da cibercriminalidade. Referimo-nos à Convenção sobre o Cibercrime, adoptada em Budapeste em 23 de Novembro de 2001. Ainda que a análise aprofundada da Convenção de Budapeste escape ao objecto do presente estudo, não podemos deixar de referir as preocupações candentes que enformam o diploma²⁶. Logo no preâmbulo encontramos o reconhecimento da necessidade de cooperação internacional, tendo em conta que a cibercriminalidade não se reconduz apenas às fronteiras estatais, mas deve convocar o labor da comunidade internacional. Note-se que, mais de uma preocupação genérica, o preâmbulo da Convenção de Budapeste refere expressamente a necessidade de uma política criminal comum entre os diversos Estados, dístico da conformação não local ou estatal das questões em análise. Dístico, diga-se, da relação umbilical entre a globalização e a digitalização, relação esta que se traduz em novas ameaças criminais e desafios criminógenos advindos da utilização de novas tecnologias. Para além da cooperação internacional, a Convenção de Istambul sublinha a importância da “cooperação entre os Estados e a indústria privada no combate ao cibercrime”, questão cada vez mais destacada, tomando em linha de conta os conhecimentos e a relevância social da indústria. Por fim, refira-se ainda a preocupação do diploma em torno da protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos, com particular incidência no direito à liberdade de opinião e de expressão.

Também a União Europeia tem demonstrado preocupação com o problema da cibersegurança e da cibercriminalidade. Preocupação notória, logo em 2004, com a criação da Agência Europeia para a Cibersegurança (ENISA)²⁷, entidade administrativa independente²⁸ que apresenta como escopo garantir um elevado nível de cibersegurança na União Europeia.

²⁶ Para um enquadramento da Convenção de Istambul, cfr. VENÂNCIO, Pedro Dias – *Lições de Direito do Cibercrime. E da tutela de dados pessoais*. Coimbra: Editora d'Ideias, 2022, pp. 52 e ss.

²⁷ A ENISA foi criada pelo Regulamento (CE) 460/2004 do Parlamento e do Conselho, de 10 de Março de 2004. Posteriormente o seu mandato foi sucessivamente ampliado pelos Regulamentos (CE) 1007/2008, 580/2011 e pelo Regulamento (EU) 526/2013.

²⁸ As entidades administrativas independentes surgem “como resposta à necessidade de neutralizar certos setores de intervenção pública. (...)” Para mais desenvolvimentos, consultar BARROS, Rita Ribeiro de, Tese Mestrado: *As Agências Europeias no Direito Administrativo Europeu*, EDUM, 2014, pp. 24 e ss.

Outro marco importante da normação da União Europeia foi a Directiva (EU) 2016/1148 do Parlamento e do Conselho, de 6 de Julho. Este diploma previa medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de segurança das redes e da informação em toda a União. Entre essas medidas, sem pretensões exaustividade, encontramos: a identificação dos operadores de serviços essenciais (art. 5º); o dever de adopção, por parte dos Estados-Membros, de estratégias nacionais de segurança das redes e dos sistemas de informação (art. 7º); o dever de os Estados-Membros designarem autoridades nacionais competentes no que respeita à segurança das redes e dos sistemas de informação (art. 8º); a criação, por parte dos Estados-Membros de equipas de resposta a incidentes de segurança interna (art. 9º); regras relativas a requisitos de segurança das redes e dos sistemas de informação, bem como regras relativas à notificação de incidentes (art. 14º); o incentivo da normalização dos procedimentos dos Estados-Membros (art. 19º); a previsão de normas sancionatórias (art. 21º).

A Directiva em análise revela particular preocupação com a economia da União, com a estabilidade do Mercado Interno, encontrando-se voltada essencialmente para entidades privadas, nomeadamente os bancos e as infra-estruturas financeiras. Nesta óptica de equilíbrio – nem sempre conseguido²⁹ – entre os actores públicos e privados da cibersegurança, o diploma em estudo sublinha a necessidade de uma boa gestão das cibercrises. Uma gestão que passa pela partilha de informações entre agentes públicos e privados a propósito de incidentes de cibersegurança, de exercícios que simulam cenários de crise – como o “Cyber Europe” promovido pela ENISA –, e pelo reforço da segurança do “hardware” e do “software” dos operadores em questão. Tal como havíamos visto na Convenção de Budapeste, a Directiva 2016/1148 reforça a necessidade do estreitamento da cooperação internacional em matéria de cibersegurança.

²⁹ Refira-se que a Directiva parece demonstrar maior preocupação com o Mercado Interno do que com a Defesa e a Segurança propriamente ditas, promovendo talvez um maior enfoque na política geral do que na política criminal.

5. A cibersegurança no contexto português

Em 2018, a Directiva 2016/1148 foi transposta para o ordenamento jurídico português através da Lei nº 46/2018, de 13 de Agosto (Regime Jurídico da Segurança do Ciberespaço). Porém, andes de nos adentrarmos na Lei nº 46/2018, façamos algumas considerações em torno da adequação contemporânea do binómio segurança-liberdade. Muito antes da transposição da Directiva que nos ocupa, o legislador vinha a reflectir sobre as implicações das ameaças cibernéticas no binómio segurança-defesa. Assim, através do Conceito Estratégico de Defesa Nacional – conjunto de orientações referentes à política de defesa nacional –, começou a compreender que as diversas ameaças informáticas não constituem apenas um problema de segurança, mas igualmente uma questão de defesa.

Semelhante percepção teve origem nas ameaças cibernéticas dirigidas às infraestruturas críticas do Estado. Como referimos anteriormente, a cibercriminalidade poderá lesar ou colocar em perigo a segurança de diversos sistemas essenciais à manutenção do Estado (justiça, saúde, educação, segurança social, etc.). Nesta óptica, as ameaças cibernéticas dirigidas às estruturas essenciais do Estado, mais do que inquinar a paz jurídica, ou seja, mais do que desestabilizar as expectativas comunitárias na vigência da norma violada, colocam em causa o próprio *status quo* estatal. Não queremos com isto significar que as ciber-ameaças se apartaram do âmbito jurídico-penal a favor do direito dos conflitos armados. Queremos significar, ao invés, que a política criminal hodierna deve preferir uma abordagem interdisciplinar do fenómeno criminal, uma abordagem que não se reduza aos estreitos limites do direito penal, mas que aceite o contributo de outras áreas do saber jurídico como será o caso do direito da defesa nacional³⁰. Pelo exposto, a cibersegurança convoca preocupações comuns aos cultores das ciências criminais e da defesa nacional, pelo que talvez seja de ponderar a substituição do consabido binómio segurança-liberdade pelo trinómio segurança-liberdade-defesa. Não tanto, diga-se, como se a liberdade

³⁰ Numa aproximação ao direito da defesa nacional, ver GOUVEIA, Jorge Bacelar – *Defesa Nacional e Forças Armadas: Uma perspectiva do Direito Militar da Segurança em Estado Constitucional Democrático*. Coimbra: Almedina, 2022, pp. 135 e ss.

passasse a obedecer a dois *dominus*, mas na perspectiva da construção de um verdadeiro sistema global de justiça penal, um sistema de justiça que não afaste o contributo de nenhuma área do saber jurídico e do pensamento político-criminal em sentido amplo.

Voltemos a 2018 e ao Regime Jurídico da Segurança do Ciberespaço que transpôs a Directiva 2016/1148 para o ordenamento jurídico português. De acordo com o seu art. 2º, nº 1, o Regime aplica-se à administração pública, aos operadores de infraestruturas críticas e de serviços essenciais, aos prestadores de serviços digitais e a quaisquer outras entidades que utilizem redes e sistemas de informação. Em suma, aplica-se tanto a entidades públicas como privadas. Diga-se igualmente que o Regime previu o Conselho Superior de Segurança do Ciberespaço (art. 5º), órgão consultivo do Primeiro Ministro, bem como o Centro Nacional de Cibersegurança (art. 7º), que exerce funções de regulação, regulamentação, supervisão, fiscalização e que possui igualmente competências sancionatórias em relação às redes e aos sistemas de informação. Mais criou uma equipa de resposta rápida a incidentes de segurança informática nacional, a CERT.PT (art. 8º), tal como mecanismos de reporte obrigatório de incidentes de cibersegurança para entidades públicas e privadas (art. 12º e ss).

Note-se que a lei portuguesa parece ter ido além da Directiva e reconheceu a importância da ciber-espionagem, da ciberdefesa, do ciber-crime e do ciberterrorismo. Encontra-se, portanto, em linha com as preocupações mais recentes em termos de cibersegurança e, uma vez mais, voltamos a deparar-nos com a íntima conexão entre a segurança e a defesa ou, para sermos mais precisos, com o trinómio segurança-liberdade-defesa.

6. A Estratégia Nacional de Segurança do Ciberespaço

De acordo com o art. 4º, nº 1 do Regime Jurídico da Segurança do Ciberespaço, “[a] Estratégia Nacional de Segurança do Ciberespaço define o enquadramento, os objectivos e as linhas de ação do Estado nesta matéria, de acordo com o interesse nacional”. Trata-se de um documento plurianual que contém um conjunto alargado de orientações de política geral e de política criminal. Ademais, como parece resultar da norma citada e adiante veremos

com maior propriedade, a Estratégia centra-se, não apenas na segurança, mas igualmente na defesa.

A Estratégia Nacional de Segurança do Ciberespaço (2019-2023), adoptada pela Resolução do Conselho de Ministros nº 92/2019, de 23 de Maio, reconhecendo a desactualização da Estratégia anterior (2015), demonstrou preocupação com o rápido desenvolvimento do ciberespaço e com a progressão das respectivas ameaças. Como indicámos anteriormente, a Estratégia vai além da política criminal, referindo a relevância da consecução da prosperidade social. De facto, o documento identifica o ciberespaço “como domínio de desenvolvimento económico, social, cultural e de prosperidade”. Talvez pudéssemos ir mais longe e aprofundar o elo que parece existir entre a prosperidade e a maior ou menor incidência das ciber-ameaças, mas semelhante desiderato ultrapassa os limites do nosso objecto de estudo.

Ainda na óptica da segurança, a Estratégia alerta para a relevância do reforço do Estado de direito democrático e do regular funcionamento das instituições. Como vimos anteriormente, trata-se de um receio fundado na potencialidade normativamente erosiva das ameaças e do perigo das respostas neopunitivas ou hipercriminalizantes. No âmbito da defesa, não devemos ignorar que a Estratégia se debruça sobre os riscos geopolíticos, os conflitos armados e o terrorismo. Trata-se de uma visão de largo espectro que não deixa de fora novas abordagens como a ciberdiplomacia, como adiante veremos.

Voltando ao âmbito da segurança, o instrumento em crise sublinha a proliferação do “malware”, do “ransomware” e o crescimento da “internet das coisas”, desafios novos que, como referimos anteriormente, a pós-modernidade não cessa de colocar aos operadores jurídicos. Diga-se, por fim, que a estratégia frisa também a fraca cultura de cibersegurança e de responsabilização individual da sociedade portuguesa.

Encontrando-se ancorada nos princípios da subsidiariedade, da complementaridade e da proporcionalidade – no seu tríplice entendimento de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito –, a estratégia desenvolve-se através de 6 Eixos de actuação, a saber:

- a) O **Eixo 1** contende com a estrutura de segurança do ciberespaço que se encontra prevista no art. 5º e ss. do Regime Jurídico da Segurança do Ciberespaço. Neste sentido o Eixo

1^a prima pelo reforço do Conselho Superior de Segurança do Ciberespaço e do Centro Nacional de Cibersegurança “como ponto de contacto único nacional para efeitos de cooperação internacional em matéria de cibersegurança”. Refira-se ainda que o presente âmbito pugna pelo reforço das estruturas e capacidade de actuação do Ministério Público, da Polícia Judiciária, das Forças Armadas e dos Serviços de Informações. Notemos a diversidade de actores a marcar a Estrutura de Segurança e a denotar a complexidade da tarefa em causa. Uma vez mais, encontramos a segurança e a defesa num claro plano de proximidade.

- b) O **Eixo 2** centra-se na prevenção, educação e sensibilização. Trata-se de um Eixo de suma importância por recentrar a prevenção num estádio pré-delitivo e não exclusivamente criminal. Ao colocar o enfoque nos diversos níveis de ensino, a Estratégia reconhece as virtualidades preventivas da educação ou, dito de outro modo, reconhece que a prevenção criminal deve ter início muito antes da comissão do facto, constituindo uma tarefa que deve convocar e ocupar toda a sociedade. Trata-se de uma concepção ampla da política-criminal, uma concepção que não olvida a dimensão social da cultura ou da aculturação como elemento essencial de uma cidadania verdadeiramente inclusiva. A relevância que outrora se atribuiu às campanhas de alfabetização deve ser hoje dispensada para outros analfabetismos funcionais ou iliteracias. Neste sentido, a educação apresenta-se como um instrumento essencial para garantir a literacia digital³¹, num duplo sentido. Por um lado, ao alertar os cidadãos para as ameaças cibernéticas, ensinando boas práticas que devem ser adoptadas no contacto com a tecnologia. Por outro lado, ao alertar as comunidades-alvo para os efeitos profundamente

³¹ Para uma explicitação sumária da origem da expressão “literacia digital”, cfr. SECKER, Jane – *The trouble with terminology: rehabilitatinb and rethinking ‘digital literacy’*. In Reedy, Katharine;Parker, Jo – *Digital Literacy Unpacked*. London: Facet Publishing, 2018.

- desestabilizadores das ameaças cibernéticas, explicando o seu real impacto em termos de lesão ou de colocação em perigo de bens jurídicos. Notemos, no entanto, que o presente Eixo não incide apenas sobre os diversos níveis de ensino. Ao invés, contém um escopo mais amplo, na medida em que não ignora as necessidades formativas profissionais no âmbito da cibersegurança, bem como a capacidade de rendimento de “programas de sensibilização específicos junto das instituições públicas e privadas”. Não pecaremos por excesso ao afirmar que a prevenção pré-delitiva, mais especificamente as medidas que incidam na formação e sensibilização da sociedade e das comunidades que a constituem, deve constituir a grande aposta político-criminal do futuro, no exacto sentido do afastamento de abordagens meramente reactivas ou vincadas por linguagem belicosa (combate, repressão, controlo, etc.).
- c) O **Eixo 3**, referente à protecção do ciberespaço, incide igualmente sobre a prevenção, bem como sobre a detecção, resposta e recuperação da ameaça. Mais reforça a necessidade da promoção de “estruturas de cooperação nacional e sectorial de protecção do ciberespaço”, tanto do sector público como do privado. O presente Eixo atesta a relação de identidade entre a segurança do ciberespaço, a segurança nacional e o regular funcionamento do Estado.
- d) O **Eixo 4** contende com a resposta às ameaças e o combate ao cibercrime, incidindo particularmente, e uma vez mais, na prevenção e na dissuasão, ou seja, da dimensão pré e pós-delitiva da cibersegurança. A Estratégia insiste no reforço e actualização legislativa, tendo em conta o surgimento de novas tipologias de crime e também de “crime antigos com novos métodos e acções ofensivas de grande envergadura lesivas do interesse nacional”.
- e) O **Eixo 5**, que contempla a investigação, desenvolvimento e inovação, merece especial menção por visar promover a união de esforços entre a academia, entidades do sector público e privado e do tecido empresarial. Pese a referência

algo redundante ao “tecido empresarial”, que se integra naturalmente nas entidades do sector público ou privado, não podemos deixar de reputar como muito importante a inclusão do conhecimento teórico-prático no âmbito da prevenção do cibercrime. De facto, a produção de conhecimento releva-se essencial para a adequada delimitação de instrumentos político-criminais preventivos, principalmente em áreas emergentes e de rápida expansão como a cibersegurança. Acresce que, no que respeita à academia, constitui uma relevante oportunidade para promover a transição do “direito nos livros” para o “direito em acção”. A Estratégia clarifica ainda que a produção científica pode ser um dos instrumentos para a promoção da independência nacional em matéria de cibersegurança. E, uma vez mais na óptica da cooperação, reforça a necessidade da criação de “sinergias” com a União Europeia e a Organização do Tratado Atlântico Norte o que, como vimos incansavelmente a reiterar, significa pensar o problema das ciber-ameaças não apenas na óptica da segurança, mas também da defesa.

- f) Finalmente, reforçando o signo da cooperação nacional e internacional, o **Eixo 6** incide sobre um “mundo altamente ligado e interdependente” e apresenta como actores privilegiados da cooperação europeia e internacional a União Europeia, a Organização das Nações Unidas e a Organização do Tratado Atlântico Norte. Neste âmbito extraterritorial, reforça a importância da ciberdiplomacia e das parcerias estratégicas no espaço lusófono.

De modo a encerrarmos o presente excuro, refira-se ainda que a Estratégia é implementada por via de um Plano de Acção que possibilita o acompanhamento individualmente das medidas a implementar e garante uma visão de conjunto das mesmas. O Plano permite igualmente analisar a progressão anual das medidas em curso, compreendendo em que fase do período de execução se encontram. Por fim, possibilita a compreensão e a ponderação dos resultados atingidos, dos objectivos não cumpridos e dos

desvios verificados. Como é bom de ver, a relação biunívoca que se estabelece entre a Estratégia e o Plano permite que aquela não se revele um instrumento meramente semântico mas que possa ser aplicada na prática, que se possa realizar quotidianamente no desafio e na exigência das ameaças concretas. O acompanhamento e avaliação das medidas previstas na Estratégia permite radiografar a adequação do exercício e trilhar um caminho que se manifeste na otimização do instrumento que lhe suceda e que, no presente momento, se encontra em preparação.

7. Concluindo

Ao longo das últimas décadas as percepções axiológicas da comunidade e o próprio tratamento jurídico das questões relacionadas com a cibersegurança têm sofrido alterações de monta. Longe vão os tempos em que o mundo digital surgia próximo de um cenário de ficção científica, firmado num exotismo que o afastava definitivamente do mundo dito real. Hoje é possível afirmar que o exotismo do estranhamento que acompanha sempre as novidades deu lugar à convivência. Uma convivência quotidiana com a tecnologia que afasta as visões mediadas ou meramente aproximativas fundadas em preconceitos sobre o mundo digital, fundeadas em percepções de insegurança mais do que na verdadeira insegurança³².

Hoje a incerteza do futuro tecnológico num mundo globalizado deu lugar à certeza da digitalização do tráfego social, à certeza de que o mundo digital e o mundo físico não devem ser perspectivados como duas realidades refractárias. Aliás, começa a surgir a suspeita de que a dualidade de mundos deu lugar a uma mundividência una ou unificada, uma mundividência que não distingue entre mundo físico e mundo digital. Neste sentido, os sistemas de justiça não devem permanecer alheios aos problemas de segurança que surgem e se desenvolvem no mundo dito digital, na medida em que estes desafios não se encontram encerrados numa rede computacional sem contacto

³² Numa análise recente das percepções públicas sobre o cibercrime, cfr. GUEDES, Inês Sousa; MOREIRA, Samuel; CARDOSO, Carla – *Cibercrime: Conceptualização, desafios e percepções públicas*. In Guedes, Inês Sousa; Gomes, Marcus Alan de Melo – *Cibercriminalidade: Novos Desafios, Ofensas e Soluções*. Lisboa: Pactor, 2021, pp. 11 e ss.

com a realidade (autopoiética e auto-referente). Pelo contrário, as ameaças cibernéticas contendem directamente com a estabilidade estatal, colocando em risco os seus diversos sub-sistemas ou infra-estruturas essenciais e, como corolário necessário, ameaçando a concepção do Estado de direito em sentido material que tem enformado a *forma mentis* jurídica ocidental. Uma *forma mentis* que não abdica nem deve abdicar da configuração aberta e pluralista dos Estados, configuração esta que tem vindo a ser colocada em causa pela proliferação das ciber-ameaças ou, dito de outro modo, pela exponenciação das zonas fronteiriças globais, para regressarmos à lição de Bauman.

As zonas fronteiriças globais ou, se preferirmos, as dimensões do mundo digital avessas à norma estatal (não-Estado ou contra-Estado) colocam em evidência que não existe um Rubicão a separar o cibernundo do mundo físico, a cibersegurança da segurança, nem existe tampouco uma resposta normativa unidimensionalmente eficaz. Ademais, como foi nosso desiderato aclarar ao longo deste breve excurso, as ameaças cibernéticas não se perfilam apenas como um problema de segurança, mas invocam igualmente a questão da defesa. Neste sentido, o binómio segurança-liberdade vê-se substituído pelo trinómio segurança-liberdade-defesa que aumenta não apenas a complexidade problemática mas também o risco de contaminação da liberdade. Dito de modo claro, para além do risco de colonização do tecido social – do mundo da vida – pelas ameaças cibernéticas, não devemos descartar o risco de degradação das esferas de liberdade dos cidadãos por via da hipertrofia normativa.

A preocupação em torno dos avanços tecnológicos tem levado os legisladores europeu e nacional a abordar a questão da cibersegurança de modo complexo. Destarte, a cibersegurança tem vindo a ser pensada como um problema de justiça a convocar diversas áreas do labor normativo, bem como dimensões do saber não jurídico. Sob semelhante prisma, a política criminal emerge como um dos instrumentos privilegiados na redução problemática das ciber-ameaças. Uma política criminal que, por um lado, não ignora ou afasta os contributos do direito penal (substantivo e adjectivo) nem da criminologia e que, por outro lado, não contende apenas com a prevenção criminal pós-delitiva, também designada (questionavelmente) como reacção ou repressão criminal. Ao invés, referimo-nos a uma política criminal que pensa as ciber-ameaças no seu contexto espaço-temporal, uma política criminal que incide principalmente sobre o estado prévio à comissão do crime, não com o fito de

erguer um direito penal de guarda avançada, mas através da delimitação de instrumentos e estratégias verdadeiramente preventivos, capazes de actuar num estágio pré-delitivo, incidindo sobre potenciais agentes e vítimas.

Na óptica do desenvolvimento de uma política criminal sustentada e comprometida com as diversas comunidades que compõem a sociedade, reputamos importante o labor normativo do legislador da União Europeia e do legislador nacional em torno da cibersegurança, principalmente no que respeita ao Regime Jurídico da Segurança do Ciberespaço e da Estratégia Nacional de Segurança do Ciberespaço. Reputamos importante, na medida em que os instrumentos em causa apostaram na mencionada abordagem político-criminal abrangente e que privilegia a prevenção sobre o “combate”.

Numa altura em que a actual Estratégia Nacional de Segurança do Ciberespaço se aproxima do término, seria importante encetar algumas reflexões retrospectivas e prospectivas. Em primeiro lugar, urge reconhecer a imbricação entre a segurança e a cibersegurança, entre a segurança e a defesa, e entre o mundo digital e o mundo físico. Cabe igualmente reconhecer que as respostas normativas devem evitar a dispersão e que o legislador deve continuar a investir na senda da prevenção ao invés da mera repressão, tão cara a programas de política geral neopunitivos e populistas pouco preocupados com aquele que deve ser o escopo político-criminal de um Estado de direito em sentido material, a saber, a prevenção geral positiva e a prevenção especial positiva. Pelo exposto, cabe revelar preocupação, não apenas com a colonização anómica do ordenamento jurídico pelas ameaças cibernéticas, mas também com a colonização ou, dito com maior clareza, com a contaminação da política criminal pela política geral. Em suma, a cibersegurança deve ser pensada e abordada, não com o estranhamento de antanho, mas com a desenvoltura do pensamento sistémico, com o olhar desimpedido da busca por um verdadeiro sistema de justiça penal. De volta “Mundo no Arame” ou ao “Matrix”, tememos que a sua lição esteja ultrapassada. Hoje a personagem principal destes filmes não despertaria na consciência de que viveu um simulacro de mundo, uma experiência de demiurgo, uma contrafacção da realidade. Hoje a personagem principal despertaria consciente de que não existe diferença entre o sonho e vigília, o mundo digital e o mundo real. Despertaria com a certeza de que o mundo digital e o mundo real mais não são do que duas facetas da mesma realidade, carecidas de tratamento sistémico e sistemático.

O DIREITO DE AUTOR & LIBERDADE DE CRIAÇÃO CULTURAL. A REESCRITA DE OBRAS LITERÁRIAS

Pedro Dias Venâncio¹
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.15>

Sumário: 1. A liberdade de criação cultural; 2. Da liberdade de criação cultural ao direito de autor; 3. A obra como expressão da liberdade de criação cultural; 4. O conflito de direitos como limite ao direito de autor; 5. Os limites ao direito moral à genuinidade e integridade da obra; 6. A prática editorial de reescrita de obras literárias.

¹ Professor Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho e Investigador Integrado do JusGOV.

1. A liberdade de criação cultural

“O termo cultura foi definido pela primeira vez por *Edward Tylor*, em 1817, como um conjunto complexo, interdependente e interagente de conhecimentos, crenças, leis, tradições, artes, costumes e hábitos de um determinado conjunto de seres humanos constituídos em sociedade. Mais tarde, *Raymond Firth* resumiu cultura como um modo de vida, mas também o resultado das relações sociais entre as pessoas numa determinada sociedade e o seu significado, juntamente com um certo montante de recursos acumulados, de ordem material ou não.”²

Desta aproximação ao conceito de *cultura* podemos retirar que a criação cultural surge histórica e sociologicamente associada ao desenvolvimento da personalidade individual e da identidade coletiva das comunidades humanas.

Na perspetiva pessoal, aquela que para este tema mais nos interessa, refere Jorge Miranda que a “liberdade de criação cultural ou de criação artística, intelectual e científica, é, antes de mais, uma manifestação do próprio desenvolvimento da personalidade. Pressupõe autonomia da pessoa na determinação do objeto, da forma, do tempo e do modo de qualquer obra artística, literária ou científica, sem interferência de qualquer poder público ou privado”³.

Na senda deste entendimento, e numa sociedade onde a liberdade individual se assume como um valor essencial da construção do Estado de Direito, não é de estranhar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)⁴ consagre a liberdade de expressão e a liberdade de criação cultural

² Infopédia – Dicionários Porto Editora, em [https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/\\$cultura](https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/$cultura), consultado a 17-07-2023.

³ Jorge Miranda, Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I*, Coimbra Editora, 2005, p. 452. No mesmo sentido refere Alexandre Dias Pereira que “os direitos de propriedade intelectual são informados por uma específica intenção de justiça. Decorrente do valor comunitário constitucionalmente consagrado na liberdade de criação cultural (artº 42º), que integra o direito ao livre desenvolvimento da personalidade” [Alexandre Libório Dias Pereira, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 113]

⁴ Disponível em: <https://unric.org/pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/>.

– artigos 19^{o5} e 27^{o6} – como direitos universais que emanam de um mesmo fundamento ético: a liberdade de pensamento do Ser Humano. Como refere Christophe Geiger “as principais fontes de direito internacional reconhecem, explícita ou implicitamente, a liberdade de criação artística como um elemento inerente ao direito à liberdade de expressão”⁷.

Já a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)⁸ prevê a liberdade de pensamento – artigo 9^o n^o 1^o – e a liberdade de expressão – artigo 10^o n^o 1, 1^a parte¹⁰ –, mas não autonomiza a liberdade de criação cultural. Na verdade, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH)¹¹ tem vindo a incluir a tutela da propriedade intelectual, e nomeadamente do direito de ator, no âmbito do artigo 1^o do Protocolo Adicional n^o 1 à CEDH¹² que consagra a proteção da propriedade¹³. Curiosamente, colocando a propriedade intelectual nesta perspetiva, o TEDH tem essencialmente analisado conflitos entre

⁵ “Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.” Artigo 19^o da Declaração Universal dos Direitos Humanos. No mesmo sentido deste artigo, também o artigo 10^o n^o 1 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, Roma, 4.11.1950, consagra que: “Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras.”

⁶ “1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam. 2. Todos têm direito à proteção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria.” Artigo 27^o da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

⁷ Christophe Geiger, «Freedom of Artistic Creativity and Copyright Law: A Compatible Combination?», em *UC Irvine law review*, vol. 8, n. 3, 2017, pp. 413-458, p. 419.

⁸ Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/human-rights-convention>.

⁹ “Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos” (artigo 9^o n^o 1 da CEDH).

¹⁰ “Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras.” (artigo 10^o, n^o 1, 1^a parte da CEDH).

¹¹ Site oficial: <https://www.echr.coe.int/home>.

¹² “Qualquer pessoa singular ou coletiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional. As condições precedentes entendem-se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas.” (artigo 1^o do Protocolo Adicional n^o 1 à CEDH).

¹³ Nesse sentido, Maria Victória Rocha, «Direito da propriedade intelectual», em Paulo Pinto de Albuquerque (ed.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais - Volume I*, Lisboa – Portugal, Universidade Católica Portuguesa, 2019, pp. 2166-2203, p. 2175 e ss.

o exclusivo concedido pela propriedade intelectual e a liberdade de expressão de terceiro¹⁴, e não sob o prisma do direito de autor enquanto mecanismo de tutela da própria liberdade de expressão do pensamento na sua vertente de liberdade de criação cultural.

A nível interno, na Constituição da República Portuguesa (CRP), encontramos novamente a consagração expressa e autonomizada da liberdade de expressão e informação – artigo 37º¹⁵ – e da liberdade de criação cultural – artigo 42º¹⁶.

A propósito da relação entre estes normativos constitucionais, escreve Jorge Miranda que “esta liberdade (*de criação cultural*) é indissociável da liberdade de expressão e da liberdade de fruição cultural. Não há liberdade de criação sem liberdade de expressão, sem liberdade de comunicar aos outros e de divulgar, dentro e fora da comunidade nacional, o resultado da criação (...). E trata-se mesmo de uma liberdade de expressão qualificada, até porque a expressão tanto pode ser de pensamento como de sentimentos e emoções”¹⁷. No mesmo sentido, também José Alberto Vieira defende que a liberdade de criação cultural consagrada neste artigo 42º da CRP constitui uma “derivação mais precisada da liberdade de expressão”¹⁸.

Jorge dos Reis Bravo salienta que a liberdade expressão assenta numa tutela tríplice que “engloba (i) o «direito de informar», (ii) o «direito de se informar» e (iii) o «direito de ser informado». O primeiro desdobra-se num direito análogo ao da liberdade de expressão, com a diferença de que este tem por objeto “informações”. Por seu turno, o “direito de se informar” corresponde à prerrogativa de busca de fontes de informação e de recolha de informação, ao passo que o “direito de ser informado” consiste no direito (positivo) de ser objetiva e adequadamente informado pelos Média e pelos

¹⁴ Nesse sentido, *Ibid.*, p. 2192 e ss.

¹⁵ “1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações. 2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.” (artigo 37º da CRP).

¹⁶ “1. É livre a criação intelectual, artística e científica. 2. Esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a proteção legal dos direitos de autor.” (artigo 42º da CRP).

¹⁷ Jorge Miranda, Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I, citado supra* n. 2, p. 453

¹⁸ José Alberto Vieira, *Direito de Autor - Dogmática Básica*, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 23-24

poderes públicos”¹⁹. Na mesma linha de raciocínio, podemos também afirmar que a liberdade de criação cultural comporta esta tripla expectativa de tutela: o direito à criação cultural; o direito à divulgação da criação cultural; e o direito de acesso à cultura!²⁰

Alberto de Sá Mello denota ainda que esta relação entre liberdade de criação cultural e liberdade de expressão do pensamento é transversal, embora implícita, à evolução histórica dos textos das Constituições portuguesas desde 1822, quando afirma que “se regista em todos eles a garantia da liberdade de expressão de pensamento – para a qual, em certos casos, se preveem limitações decorrentes do respeito pelo “interesse público” – o que não é mais do que estatuir a liberdade de criação cultural”²¹.

Jorge Miranda realça ainda que o âmbito da liberdade de expressão do pensamento é mais amplo que o de outras liberdades constitucionais. Em anotação ao artigo 46º n.º 4 da CRP – que proíbe associações ou organizações que promovam ou perfilhem ideologias racistas ou fascistas – o autor salienta que “a proibição afeta apenas a organização política, não a expressão política, pois está localizada num preceito sobre liberdade de associação (em sentido amplo), ao passo que no domínio da liberdade de expressão do pensamento (artigos 37º a 40º) nada de análogo existe”²².

Em conclusão, a liberdade de criação cultural, como emanção da personalidade do criador intelectual e manifestação qualificada da liberdade de expressão do pensamento, assume-se com um âmbito particularmente amplo e carente de uma tutela abrangente na tripla vertente que supra salientamos.

¹⁹ Jorge Bravo, «Repensar a liberdade de expressão na Era digital: (ainda) um direito humano?», em *ULP Law Review*, vol. 13, n. 1, 2020, pp. 35-75, p. 40.

²⁰ Nesse sentido, Jorge Miranda refere que “sem criação, não pode verificar-se fruição cultural. Tal como, reciprocamente, só pode criar cultura quem fruir cultura. Daí a interdependência de liberdade de criação e de liberdade de fruição cultural, que deve, portanto, sem prejuízo do que dispõe o artigo 78º, ter-se por implícita no artigo 42º” [Jorge Miranda, Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I, citado supra* n. 2, p. 453]

²¹ Alberto de Sá e Mello, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, 4.ª Edição, Almedina, 2020, p. 30

²² Jorge Miranda, Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I, citado supra* n. 2, p. 470

2. Da liberdade de criação cultural ao Direito de Autor

No direito interno português, o já referido artigo 42º da CRP estabelece uma ligação umbilical entre a liberdade de criação e a tutela do direito de autor. Nesse sentido, Alexandre Dias Pereira afirma que “no direito português, a proteção dos direitos de autor está constitucionalmente enquadrada na liberdade de criação cultural”²³.

O número 1 deste dispositivo começa por consagrar que “é livre a criação intelectual, artística e científica”, para no seu número 2 esclarecer que “esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, *incluindo a proteção legal dos direitos de autor*”. É inequívoco deste preceito que, constitucionalmente, o direito de autor emana da liberdade de criação cultural²⁴.

José Alberto Vieira sustenta mesmo, a propósito da liberdade de criação cultural, tal como consagrada neste artigo 42º da CRP, que “o sentido útil da autonomização constitucional deste sentido da liberdade de expressão está na imposição ao legislador ordinário da tutela dos criadores em relação às suas obras”²⁵, conferindo assim dignidade constitucional ao direito de autor.

Mas se a liberdade de criação cultural fundamenta e condiciona o direito de autor, o inverso já não é verdadeiro. A liberdade de criação cultural não depende do reconhecimento do direito de autor.

Oliveira Ascensão afirma mesmo que “a expressão de pensamento pode fazer-se com igual liberdade, haja ou não direito de autor. Antes de haver direito de autor poderia haver liberdade de expressão; e hoje, com ele ou sem ele, pode ser livre igualmente”²⁶.

²³ Alexandre Libório Dias Pereira, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, citado *supra* n. 2, p. 171. O mesmo autor alerta, no entanto, que “a equiparação dos direitos de autor ao direito de propriedade corresponda ao entendimento geral relativamente aos direitos patrimoniais, quer na doutrina quer na jurisprudência” [Ibidem].

²⁴ Entendimento que é partilhado também na doutrina e jurisprudência internacional, citemos a título de exemplo Christophe Geiger: “Nascido do mesmo respeito pelo ato de criação e pelo direito à livre expressão criativa expressão criativa, a lei dos direitos de autor foi originalmente concebida para ser, nas palavras do Supremo Tribunal dos EUA, «o motor da liberdade de expressão».” [Christophe Geiger, *Freedom of Artistic Creativity and Copyright Law: A Compatible Combination?*, citado *supra* n. 6, p. 423].

²⁵ José Alberto Vieira, *Direito de Autor - Dogmática Básica*, citado *supra* n. 17, p. 24

²⁶ José de Oliveira Ascensão, «Sociedade da Informação e Liberdade de Expressão», em *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VII, 2008, pp. 51-73, p. 59.

Também José Alberto Vieira defende uma maior amplitude do princípio da liberdade de criação cultural consagrado neste artigo 42º da CRP, referindo que este “compreende por si a atividade criativa das pessoas e cujo âmbito não se limita ao Direito de Autor, mas a toda a área da produção intelectual humana”²⁷.

Ou seja, a liberdade de criação de cultural, enquanto reflexo da liberdade de expressão, antecede e dispensa o direito de autor. O que não retira valor ao direito de autor enquanto meio idóneo e superlativo de tutela da liberdade criação cultural.

O direito de autor, enquanto meio de tutela e garantia de exclusivos morais e patrimoniais do autor sobre a sua obra, é um mecanismo privilegiado de promoção e tutela da liberdade de criação e, conexamente, também de liberdade de expressão²⁸. Conforme já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal de Justiça em acórdão de 2008: “O direito de autor, integrado no princípio constitucional (artigo 42º da Constituição da República) da liberdade de criação intelectual artística e científica, conecta-se com a liberdade de expressão do pensamento, e protege os interesses materiais e morais daí decorrentes”²⁹. Este texto jurisprudencial parece-nos particularmente feliz, e dele se infirma que as faculdades morais exclusivas conferidas pelo direito de autor ao criador intelectual tutelam os interesses morais decorrentes da própria liberdade de expressão do pensamento!

Acresce que, também no regime do direito de autor se reflete a tripla vertente da liberdade de criação cultural: a liberdade de criação da obra e a liberdade de divulgação da obra, como exclusivos do autor, e a liberdade de acesso à criação cultural, espelhadas nas utilizações livres reconhecidas a toda a comunidade.

²⁷ José Alberto Vieira, *Direito de Autor – Dogmática Básica*, citado *supra* n. 17, p. 23

²⁸ Na verdade, se é verdade que a vertente patrimonial (comercial) do direito de autor tem estado nas prioridades legislativas internacionais e comunitárias, não é menos certo que se vem sentido uma crescente necessidade de chamar a tutela dos direitos humanos ao núcleo da propriedade intelectual, e do direito de autor em particular. Como reforça Maria Vitória Rocha “nos últimos anos começou a tornar-se recorrente a ideia de uma crise de legitimidade da Propriedade Intelectual. Para contrabalançar a proteção, em muitos casos excessiva e deslocada para os intermediários, começou a considerar-se que as normas sobre direitos humanos podem ser vistas como uma forma de controlo externo da proteção da Propriedade Intelectual, de modo a garantir os princípios éticos e os valores fundamentais da vida em sociedade.” [Maria Victória Rocha, *Direito da propriedade intelectual*, citado *supra* n. 12, p. 2169].

²⁹ Do sumário do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 08A1920, de 01-07-2008, sendo relator Sebastião Póvoas, disponível em www.dgsi.pt.

3. A obra como expressão da liberdade de criação cultural

Temos definido obra, enquanto objeto do direito de autor, como “o resultado autónomo e exteriorizado de uma criação intelectual, literária ou artística, nos domínios das letras, artes ou ciências, que seja original e não constitua meras ideias, processos, sistemas, métodos operacionais, conceitos, princípios ou descobertas, desprovido de personalidade jurídica, e ao qual o direito reconhece utilidade e suscetibilidade de apropriação privada exclusiva”³⁰.

Não querendo alongarmo-nos neste conceito, destacamos apenas duas características que nos parecem determinantes para a relação do direito de autor com a liberdade de criação cultural: o ser uma criação *intelectual* e o ser *original*.

A tutela apenas da *criação intelectual* decorre da conceção marcadamente humanista do direito de autor, segundo a qual a obra de arte não é protegida pela sua beleza, complexidade, virtuosismo ou funcionalidade técnica, mas por ser um ato de criação Humano, expressão da sua liberdade de criação cultural.

Tal conclusão decorre, desde logo, como referimos supra, da expressa consagração do direito à tutela da criação cultural como um Direito Humano no artigo 27º nº 2 da DUDH. Reconhecimento transposto como um direito fundamental no artigo 42º da CRP, que o relaciona diretamente com a tutela do direito de autor sobre a obra criada. Nele a liberdade de criação cultural é causa e fim da tutela³¹.

Ideia reforçada ainda pelo facto de no artigo 2º do CDADC se consagrar que a tutela é independente da valoração subjetiva da mesma. O direito de autor tutela toda a obra “quaisquer que sejam o género, a forma de expressão, o mérito, o modo de comunicação e o objetivo”. Alexandre Dias Pereira corrobora este entendimento afirmando que “o requisito de originalidade

³⁰ Pedro Dias Venâncio, *A Tutela Jurídica do Formato de Ficheiro Eletrónico*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 194.

³¹ Nesse sentido, Jorge Miranda, em anotação ao artigo 42º nº 2 da CRP, concluí que “os direitos de autor não só traduzem em si essa autonomia (*perante o poder público*) como derivam essencialmente do seu exercício, o exercício da liberdade pessoal de criação. E é, por isso, que eles recebem, à luz da ideia de Direito da Constituição de 1976, uma proteção mais alargada ou reforçada” [Jorge Miranda, Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I, citado supra* n. 2, p. 454].

da obra não depende nem do seu mérito qualitativo ou estético, nem da sua natureza utilitária ou funcional”³², o que segundo o mesmo autor significa “uma exigência minimal de mérito em termos de «neutralidade estética» e até de «neutralidade ética»”³³.

Em conclusão, para o direito de autor, “criação intelectual” significa ser o resultado de um ato de criação Humano! É o próprio direito à criação cultural Humana que se tutela.

Um segundo elemento do conceito de obra relevante para questão de tutela da liberdade de criação cultural é a *originalidade*.

Maria Victória Rocha diz que a originalidade será o elemento de “imputação subjetiva”³⁴ da obra a determinado autor, aquilo que identifica aquela obra inequivocamente com “aquele” autor. Só é tutelada a criação intelectual exteriorizada numa obra que revele as opções criativas subjetivas do seu autor, e não a que se limita à reprodução, mais ou menos fiel, de expressões pré-concebidas. A originalidade pressupõe assim um ato criador individualizador, cujas opções criativas subjetivas confirmam à obra um carácter personalizado que a distinga das pré-existentes e a impute à autoria do seu criador intelectual.

Aproximando a questão ao nosso tema, Alexandre Dias Pereira considera “a originalidade como fruto da liberdade de criação cultural” argumentando que “para ser original a criação intelectual deve constituir uma forma de expressão literária ou artística gerada no exercício da liberdade de criação cultural”³⁵. Acrescendo, como citamos supra, que o mesmo autor defende que a originalidade é independente de qualquer avaliação de mérito sobre a obra.

Nesse sentido, e para o que a este tema interessa, a originalidade revela o pensamento do autor. Ora a expressão livre do pensamento exige a liberdade de expressão cultural, e é esta livre expressão criativa do pensamento do autor que se manifesta na originalidade da obra. Num exagero conceptual

³² Alexandre Libório Dias Pereira, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, citado supra n. 2, p. 390

³³ *Ibid.*, p. 391

³⁴ Maria Victória Rocha, «A Originalidade como Requisito de Protecção pelo Direito de Autor», em *Verbo Jurídico*, 2003, www.verbojuridico.net

³⁵ Alexandre Libório Dias Pereira, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, citado supra n. 2, p. 387.

poderíamos afirmar que sem liberdade criativa não há originalidade. E sem originalidade não há obra.

O reconhecimento da originalidade como elemento central para que a criação intelectual possa ascender à qualidade de obra tutelada pelo direito de autor, reforça a relevância da natureza “personalizada” da criação para a dignidade autoral da obra.

A valorização do ato de criação como ato pessoal e personalizador da obra salienta a essencialidade da liberdade de criação como elemento de construção cultural do indivíduo, mas também da comunidade. De facto, a criação cultural é um direito subjetivo individual, mas o acesso à cultura é um direito coletivo, expressamente consagrado nos artigos 73º e 78º da CRP.

Em anotação ao artigo 73º da CRP refere Jorge Miranda que “a democratização da cultura implica, por seu turno, o acesso de todos os cidadãos à criação e à fruição cultural, de que cura depois o artigo 78º”³⁶. Neste sentido, a tutela da liberdade de criação cultural, pelo direito de autor, tutela também o acesso a cultura (o que se reflete, por exemplo, nas inúmeras utilizações livres reconhecidas no artigo 75º e ss do CDADC), como referimos supra a propósito da tripla vertente deste direito fundamental.

O direito de autor conjuga nas suas normas, não apenas a tutela da *obra* como criação individual, mas também a tutela da *cultura* enquanto bem coletivo da Humanidade. Há assim um conjunto de limites ao exclusivo do autor que se justificam dentro da própria lógica interna do direito de autor, no equilíbrio entre estes dois bens jurídicos.

4. O conflito de direitos como limite ao Direito de Autor

O tratado internacional fundamental da consagração do direito de autor, a Convenção de Berna relativa à proteção das obras literárias e artísticas³⁷, não se pronuncia sobre a relação entre liberdade de expressão e liberdade de criação cultural, ou sobre os limites a que estas liberdades possam ser sujeitas.

³⁶ Jorge Miranda, Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I, citado supra* n. 2, p. 731

³⁷ Disponível em: <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/>.

Na verdade, dispõe o seu artigo 17º que “as disposições da presente Convenção não podem prejudicar, no que quer que seja, o direito que cabe ao Governo de cada país da União de permitir, fiscalizar ou proibir, por medidas legais ou de polícia interna, a circulação, a representação e a exposição de qualquer obra ou produção em relação às quais a autoridade competente devesse exercer esse direito”.

Esta norma da Convenção de Berna tem sido entendida como fundamentando o direito dos Estados de impedirem a divulgação de obras que promovam atos classificáveis no seu território como ilícitos penais, atentatórios dos valores essenciais da moral ou interesse público, ou ainda ofensivos de direitos fundamentais de outros cidadãos.

Este tratado remete então para a ordem interna de cada Estado, subscritor da mesma, o estabelecimento desta relação entre a liberdade de criação cultural e a liberdade de expressão, assim como os seus limites quando em conflito com outros valores essenciais da comunidade.

O CDADC português não prevê a possibilidade de limitações à divulgação de obras protegidas por direito de autor, mas também não o proíbe. E, como vimos supra, o artigo 17º da Convenção de Berna admite-o expressamente.

É certo que a liberdade de criação cultural é tida pela nossa doutrina constitucional como um direito fundamental amplo, no entanto, ainda assim admitirá limites como todos os direitos fundamentais. Os direitos fundamentais nunca serão absolutos e ilimitados, como refere Vieira de Andrade “não o são na sua dimensão subjetiva, porque os preceitos constitucionais não remetem para o arbítrio do titular a determinação do âmbito e grau de satisfação do respetivo interesse, e também porque é inevitável e sistémica a conflitualidade dos direitos de cada um com os direitos dos outros”³⁸.

A propósito da Liberdade de Expressão, diz-nos Jorge dos Reis Bravo que “apesar da inadmissibilidade constitucional de formas de censura, como se viu, tal não significa que não possa haver limites à liberdade de expressão e de informação. Podem identificar-se três tipos de limites: (i) limites imediatos

³⁸ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.^a, Almedina, 2004, p. 283. No mesmo sentido, no âmbito específico do direito de autor, José Alberto Vieira, *Direito de Autor – Dogmática Básica*, citado supra n. 17, p. 354 e ss.

ou imanentes; (ii) limites por restrições legislativas, e (iii) limites emergentes de colisão de direitos”³⁹.

Também relativamente à liberdade de criação cultural, em anotação ao artigo 42º da CRP, Jorge Miranda esclarece que embora a “liberdade cultural não sofra condicionamentos ou restrições *stricto sensu*. Não está, porém, imune às limitações impostas por lei com vista exclusivamente a promover o respeito dos direitos dos outros e a satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática”⁴⁰.

Desde logo, o direito de autor pode ser limitado quando a comunicação pública da obra possa afetar o núcleo essencial de um outro direito fundamental constitucionalmente tutelado, que haja de prevalecer perante a liberdade de criação cultural no caso concreto. Ou seja, perante um conflito de direitos fundamentais a liberdade de criação cultural está igualmente sujeita a restrições que não contendam com o seu núcleo essencial⁴¹, caso em que haverá que atender ao “âmbito e graduação do conteúdo dos preceitos constitucionais”, “a natureza do caso”; e “a condição e o comportamento das pessoas envolvidas”⁴².

Oliveira Ascensão salienta, no entanto, que embora o Estado possa, com base nesse poder, proibir a difusão de determinada obra (violadora de um qualquer valor fundamental com tutela constitucional), isso não anula a subsistência do direito de autor⁴³.

³⁹ Jorge Bravo, *Repensar a liberdade de expressão na Era digital: (ainda) um direito humano?*, citado *supra* n. 18, p. 46. No mesmo sentido: José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, citado *supra* n. 37, pp. 285–286; e José Alberto Vieira, *Direito de Autor - Dogmática Básica*, citado *supra* n. 17, p. 354 e ss.

⁴⁰ Jorge Miranda, Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I*, citado *supra* n. 2, p. 454

⁴¹ Nesse sentido, leia-se um recente acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa “estarmos perante uma situação de evidente colisão de direitos fundamentais, nomeadamente, por um lado, no que concerne à Autora, o seu direito à reserva sobre a intimidade da sua vida privada e familiar, com reflexos ou extensibilidade no seu direito à imagem; e, no que concerne aos Réus autores do Livro, os direitos à liberdade de expressão e liberdade de criação intelectual ou cultural, no âmbito mais global da liberdade de imprensa” (Do sumário de acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 1102/09.3TVLSB.L1-2, de 18-11-2021, sendo relator Arlindo Crua, disponível em www.dgsi.pt).

⁴² José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, citado *supra* n. 37, p. 328. Nesse sentido também o sumário do acórdão do Tribunal da Relação de Évora citado na nota anterior: “o que sempre determinaria a necessidade de adoção dos denominados critérios de concordância prática, da ponderação de valores e da prevalência de direitos naquele campo de conflito, de forma a estabelecer-se pontos de não interceção ou não interferência entre, por um lado, o que deve ainda ser entendível como liberdade de expressão ou de criação intelectual, no âmbito da liberdade de imprensa, e o que deve ser entendível, por outro, como o espaço de privacidade da Autora, enquanto figura pública, atento o seu grau de exposição e divulgação factual da sua vida privada”.

⁴³ José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil: Direito de Autor e Direito Conexos*, Coimbra Editora, 1992, pp. 120-122.

O que significa que, ainda que em determinado espaço, temporal e geográfico, a divulgação pública da obra possa ser limitada ou proibida pelo Estado, o direito de autor sobre a obra subsiste e o autor poderá publicá-la assim que a restrição seja levantada, ou em outro país onde tal restrição não exista.

E significa também que, ainda que decaía o direito à divulgação pública da obra, por força da prevalência de um outro direito fundamental que essa atuação pudesse lesar, o autor continua a deter sobre a obra todas as demais faculdades morais e patrimoniais reconhecidas pelo CDADC, nacional e internacionalmente (por força do princípio da reciprocidade decorrente do artigo 2º nº 6 da Convenção de Berna). Dito de outra forma, a criação cultural em si é sempre livre, a sua utilização (nomeadamente a sua divulgação pública) é que pode ser limitada ou proibida, na medida em que lese um outro direito fundamental.

Reconduzindo a questão à tripla vertente do direito à liberdade de criação cultural, entendemos que a lei admite restrições à *liberdade de divulgação da obra*, mas não ao *ato pessoal de criação* que persiste como núcleo essencial e inderrogável do direito fundamental à liberdade de criação cultural.

No conflito entre a liberdade de criação cultural e os demais direitos fundamentais, a liberdade de pensamento nunca é excluída, podendo apenas ser limitada a sua divulgação pública por meios que lesem os direitos em conflito⁴⁴. Do mesmo modo, pensamos que o direito de autor sobre a obra não se extingue, podendo apenas ser limitada a divulgação pública da obra quando da mesma resulta dano ao valor fundamental que o Tribunal entenda que deva prevalecer.

⁴⁴ Conforme resulta do próprio artigo 17º da Convenção de Berna supracitado, o que o tratado prevê não é o decaimento do direito de autor, mas o direito de cada Estado “permitir, fiscalizar ou proibir, por medidas legais ou de polícia interna, a circulação, a representação e a exposição de qualquer obra ou produção”.

5. Os limites ao direito moral à genuinidade e integridade da obra

É entendimento pacífico que o direito de autor atribuí ao seu titular um exclusivo jurídico dúplice que se manifesta em faculdades patrimoniais e faculdades morais⁴⁵.

As faculdades patrimoniais (também ditos direitos ou exclusivos patrimoniais), porque se referem aos direitos de dispor, fruir e utilizar a obra, ou autorizar quem o faça, podem não pertencer ao criador intelectual ou ser exercidas por terceiros. São nesse sentido transmissíveis e também temporárias⁴⁶.

Já as faculdades morais (também ditos direitos ou exclusivos morais), porque se ligam com a própria “intimidade” ou “identidade” entre o criador e a obra, são inalienáveis irrenunciáveis e imprescritíveis, como tal, em princípio, só podem ser exercidos pelo autor.

São múltiplas as manifestações da tutela da liberdade de criação cultural no conteúdo do direito de autor, quer na vertente patrimonial, quer na vertente moral.

Em alguns casos estas normas contêm em si limites intrínsecos à liberdade de criação cultural e sua relação com as liberdades de divulgação da obra ou de acesso à cultura, como referimos supra⁴⁷.

Para a questão que queremos analisar neste artigo, é particularmente relevante, no âmbito dos direitos morais, os limites que o regime jurídico admite ao direito à genuinidade e integridade da obra, enquanto expressão da personalidade do autor⁴⁸.

Nas palavras de Alexandre Dias Pereira, “a razão de ser do direito moral é proteger a honra e reputação do autor, (...) o direito moral protege a personalidade do autor. Por isso se trata de um direito de personalidade. É este valor que justifica o direito de integridade e genuinidade da obra (...)”⁴⁹.

Desta conceção dos direitos morais como direitos de personalidade resulta que, mesmo depois de transmitidos os direitos patrimoniais sobre a

⁴⁵ Artigo 9º, nº 1 do CDADC.

⁴⁶ Artigos 9º, nº 2 e 40º e ss do CDADC.

⁴⁷ Reitere-se o caso das utilizações livres, previstas nos artigos 75º e ss do CDADC, para tutela do direito de acesso (fruição) à cultura.

⁴⁸ Artigos 58º, 59º, 60º e 61º do CDADC.

⁴⁹ Alexandre Libório Dias Pereira, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, citado supra n. 2, p. 466

obra, o criador intelectual conserva o direito a autorizar ou proibir qualquer alteração, transformação, mutilação ou tradução da obra. Direito que perdura após a morte na esfera jurídica dos seus sucessores, até à obra entrar no domínio público, e depois desta data na titularidade do organismo governamental que tutela a cultura⁵⁰.

Ora, como vimos antes, a liberdade de criação cultural é uma manifestação da liberdade de expressão do pensamento. Logo, alterar a obra, alterar a criação, é alterar a expressão do pensamento do autor!

O direito a assegurar a genuinidade e integridade da obra é também uma expressão da liberdade de criação cultural, ou melhor, uma garantia de respeito por essa liberdade de criação cultural, pela preservação da expressão final da obra *pensada* pelo autor.

Ainda assim, uma parte relevante da doutrina portuguesa é contestatária da formulação deste artigo, nomeadamente quanto à especificação “proibir qualquer alteração, transformação, mutilação ou tradução”, considerando-a desproporcionada ou exagerada. Alberto Sá e Mello entende que lei deve ser interpretada restritamente, no sentido que o autor apenas se pode opor a utilizações da obra que desvirtuem a sua “essência criativa”⁵¹. No mesmo sentido, já Oliveira Ascensão havia afirmado que “não são todas e quaisquer modificações que são consideradas violações da integridade da obra, mas apenas aquelas que prejudiquem a obra ou atinjam a honra ou a reputação do autor”⁵².

Estamos assim num limite marcadamente subjetivo, compatível com o entendimento que a obra constitui uma expressão da personalidade do autor. Atingido esta “essência criativa” só ao criador intelectual cabe a liberdade de alterar a criação cultural⁵³, o que deixa margem para alterações pontuais, que não contendam com esta “essência criativa”.

⁵⁰ Artigos 9º/3 e 56º/2 CDADC.

⁵¹ Alberto de Sá e Mello, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, citado *supra* n. 20, p. 151. Segundo o autor citado só nesse caso poderá criador intelectual opor-se à utilização “com a invocação (bastante) de que a obra resulta desvirtuada ou a sua honra e reputação ofendidas pela alteração não consentida” [Ibidem].

⁵² José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*, citado *supra* n. 42, p. 180

⁵³ No mesmo sentido parece-nos o entendimento de Alexandre Dias Pereira quando afirma que “a modificação da obra é valorada como causa adequada aos desvirtuamento da integridade e genuinidade da obra, lesando a honra e reputação do autor” [Alexandre Libório Dias Pereira, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, citado *supra* n. 2, p. 466]. Em sentido divergente, Luís Menezes Leitão parece ter uma interpretação mais literal deste normativo, apenas admitindo modificações não autorizadas nas situações especialmente prevista no CDADC, “a regra geral

É precisamente nesta margem interpretativa que se encontra a questão que aqui quisemos trazer, como analisaremos na secção seguinte.

6. A prática editorial de reescrita de obras literárias

Chegamos, por fim, à questão que suscitou o interesse em escrever este texto.

A liberdade de criação cultural esbarrou recentemente em nova polémica mediática em torno da reescrita de obras protegidas por direitos de autor, com o propósito de eliminar expressões ofensivas ou promotoras de atos ou ideologias discriminatórias.

Tomemos alguns exemplos recentes e a partir deles procuremos encontrar um enquadramento para esta prática à luz do direito de autor.

A 18 de fevereiro de 2023⁵⁴ o jornal The Guardian noticiava que as obras de Roald Dahl como “Matilde” ou “Charlie e a Fábrica de Chocolate” veriam uma extensa lista de palavras alteradas com o objetivo de *remover linguagem ofensiva*.

Mais recentemente, a 27 de março de 2023, o jornal Expresso noticiava que também “os livros de Agatha Christie, como é o caso de «Morte no Nilo», terão novas edições, reescritas, no Reino Unido. Estes novos livros, publicados pela editora Harper Collins, vão *excluir*, de acordo com o jornal «Telegraph», *descrições físicas, referências étnicas e insultos*. O objetivo é responder às «*sensibilidades modernas*». Algumas passagens dos livros serão apenas alteradas, enquanto outras serão completamente retiradas dos romances da escritora britânica”⁵⁵.

Já em 2020, obras do renomado autor brasileiro de livros infantis Monteiro Lobato (cuja obra mais conhecida é o emblemático “Sítio do Picapau Amarelo”, composta de 23 volumes) foram reescritas com o consentimento

é, no entanto, a de que qualquer modificação da obra necessita do acordo do seu autor” [Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito de Autor*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 154].

⁵⁴ Disponível em <https://www.theguardian.com/books/2023/feb/18/roald-dahl-books-rewritten-to-remove-language-deemed-offensive>, consultado a 19/07/2023.

⁵⁵ Disponível em <https://expresso.pt/cultura/Livros/2023-03-27-Livros-de-Agatha-Christie-juntam-se-a-lista-de-obras-que-vao-ser-reescritas-para-excluir-descricoes-fisicas-referencias-etnicas-e-insultos-a19c65a5>, consultada a 19/07/2023.

da família *por o seu teor ter sido considerado racista*⁵⁶. Opção que aliás decorreu de um longo debate popular e académico em torno desta incontornável personagem da cultura brasileira e da sua obra.

Os exemplos são inúmeros, não me estenderei numa enumeração exaustiva. Reitero apenas que o essencial desta prática é a opção editorial pela reescrita de obras literárias, adaptando-as às sensibilidades e valores da sociedade atual. Esta reescrita concretiza-se na alteração de termos considerados em si *ofensivos* ou mesmo a eliminação de trechos de texto tidos por *ofensivos* dos valores essenciais da comunidade ou de determinado grupo de pessoas.

A reescrita de obras literárias suscita inúmeras questões, relacionadas com a tutela da liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, a liberdade de criação cultural, a liberdade de acesso à informação, a liberdade de acesso à cultura, etc., ou seja, a temática pode ser analisada em múltiplas perspetivas. Não cabe neste texto uma empreitada tão ousada. Não pretendemos sequer analisar a *bondade* desta prática para almejar os fins a que se propõe, ou as suas causas sociológicas, políticas ou editoriais (comerciais).

Propomo-nos analisar a questão exclusivamente na perspetiva do direito de autor, enquanto regime que tutela a liberdade de criação cultural, na sua tripla vertente de liberdade de criação, liberdade de divulgação e liberdade de acesso à cultura.

Como referimos supra, a liberdade de criação cultural, bem como o próprio direito de autor, estão sujeitos a diversos limites. Uns intrínsecos – resultantes das restrições constantes do próprio regime jurídico do direito de autor e dos valores que o enformam – outros extrínsecos - resultantes da sua convivência com os demais direitos fundamentais coexistentes na sociedade e potencialmente conflitantes.

Na nossa opinião, esta questão prende-se essencialmente em saber se a prática editorial de reescrita de obra, alterando termos ou eliminando partes do texto, constitui um ato que ofenda a “essência criativa” da obra e, como tal, violador do direito moral à genuinidade e integridade da obra. Ou seja, no âmbito dos limites intrínsecos ao regime de direito de autor.

⁵⁶ Segundo notícia de 8 de dezembro de 2020 da revista brasileira *Veja*, disponível em <https://veja.abril.com.br/cultura/obras-de-monteiro-lobato-passam-por-actualizacao-apos-acusacoes-de-racismo/>, consultado a 19/07/2023.

Não cremos que se possa neste caso falar num verdadeiro conflito de direitos. A não ser que a comunicação pública da obra fosse proibida pelo Estado. Relembramos que o Estado (ao abrigo do supracitado artigo 17º da Convenção de Berna) tem o direito de proibir a comunicação pública da obra. Mas o Estado, ou qualquer outro terceiro não titular dos direitos morais sobre a obra, não tem o direito de alterar a genuinidade e integridade da obra. O direito moral do autor, nomeadamente o direito à genuinidade e integridade da obra, constitui o núcleo essencial inatingível, admitindo a lei apenas, como se demonstrou supra, restrições à comunicação pública da obra, mas não a sua alteração.

Portanto, inexistindo decisão da entidade Estatal competente para a limitação ou proibição da comunicação pública da obra, a legitimidade da opção de alteração da mesma cairá necessariamente na avaliação do respeito, ou não, pela genuinidade e integridade da obra.

Na realidade, a atualização terminológica de obras literárias não é uma prática editorial nova, embora não necessariamente com os mesmos fundamentos.

Por exemplo, é uma prática editorial aceite a publicação de obras clássicas com terminologia atualizada, de modo a torná-las mais facilmente compreensíveis aos leitores contemporâneos da edição.

Um caso emblemático em Portugal são as diversas edições de “Os Lusíadas”, o emblemático poema épico de Luiz Vaz de Camões, em *português atual* ou em linguagem adaptada a crianças. Neste caso, as alterações terminológicas visam tornar o texto deste clássico acessível (entenda-se compreensível) à generalidade dos leitores, na medida em que, tratando-se de uma obra publicada pela primeira vez em 12 de março de 1572, há cerca 451 anos, a versão original utiliza terminologia que é hoje desconhecida da maioria dos leitores.

Este tipo de alteração à obra não só satisfaz um fim que também é próprio do direito de autor - o direito de acesso à cultura - como, em princípio, não ofende “essência criativa” da obra ou a honra do autor. Neste caso, a reescrita da obra literária estará dentro dos limites que o próprio regime jurídico admite ao exclusivo moral do autor (ou seus representantes neste caso⁵⁷).

⁵⁷ Relembre-se que caída a obra no domínio público, os direitos morais persistem, e compete ao Ministério da Cultura o direito de velar para genuinidade e integridade da obra (artigo 57º nº 2 do CDADC).

No entanto, nos exemplos supracitados e hoje em voga, o fim das alterações não se prende com a realização da liberdade de acesso à cultura. Não está em causa a incompreensão da terminologia ou das partes dos textos alteradas ou eliminadas. Nas situações relatadas, o fim declarado da alteração ou eliminação funda-se no facto desses termos ou trechos do texto poderem ser tidos como *ofensivos* de determinados valores da comunidade ou de determinado grupo de pessoas⁵⁸.

Portanto, o objetivo desta prática de reescrita de obras *ofensivas* não é tornar acessível ao público o que o autor expressou na sua obra, mas alterar a expressão dada pelo autor à obra (tornando-a *não ofensiva*). Não se pode aqui invocar a realização da liberdade de acesso à cultura. Pelo contrário, pode inclusivamente alegar-se que se está a impedir o acesso à versão original da obra (a versão tida por ofensiva).

Ainda assim podemos questionar se estas alterações violam a “essência criativa” da obra ou a honra do autor.

Em boa verdade, não creio que se possa dar uma resposta absoluta a esta pergunta. Dependerá sempre do caso concreto.

Haverá certamente opções terminológicas, em qualquer obra, que resultam simplesmente da utilização das referências e vocabulário próprio da época em que a mesma foi escrita. Pode até acontecer que à data da sua criação tais termos sequer tivessem a conotação negativa que hoje lhes damos, ou que não fosse intenção do autor da obra que as mesmas fossem interpretadas com tal significado. Nesse caso a atualização terminológica pode inclusivamente expurgar a obra de significados que não foram conscientemente desejados ou sequer imaginados pelo criador intelectual. Admitindo que este tipo de alterações não influenciam a estética da obra, penso que não haverá ofensa à “essência criativa” e que, portanto, não está em causa a genuinidade ou integridade da obra.

Nestas situações, penso que as alterações serão legais na perspetiva do direito de autor, independentemente de se concordar com essa opção editorial na perspetiva histórica, cultural ou estética.

⁵⁸ Excluimos, portanto, desta análise a hipótese da alteração ou eliminação resultar da ofensa feita à honra de pessoa concreta, do qual resultaria um eventual conflito entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade dessa pessoa.

No ponto oposto, se a alteração ou eliminação é de tal modo profunda que altera o sentido político, filosófico, religioso, ético ou até estético que o autor conscientemente pretendeu dar à obra, não tenho dúvidas que estamos perante uma violação da genuinidade e integridade da obra.

Reitere-se que, nos termos do artigo 2º do CDADC, para a tutela conferida pelo direito de autor é independente “o género, a forma de expressão, o mérito, o modo de comunicação e o objetivo”. Ou seja, para a tutela autoral é irrelevante se obra é um texto literário, científico ou jornalístico; se está escrito em prosa ou em verso; se está bem ou mal escrito; se é belo ou feio; se promove uma ideologia benemérita ou maléfica.

O critério único da tutela autoral é a obra ser *criação intelectual original*, o que, como vimos, significa ser expressão da personalidade do autor. Seja esta personalidade simpática ou não, a luz dos valores de cada época. E o autor é livre de expressar a sua personalidade, para o bem e para o mal, nisso se realiza o direito fundamental à liberdade de criação cultural (e liberdade de expressão do pensamento).

Uma alteração à obra, que elimine opções políticas, filosóficas, estéticas ou religiosas conscientes e voluntárias do autor, sejam quais forem essas opções ou fins pelos quais o autor as quis expressar, constitui uma alteração à própria expressão do pensamento do autor e, logo, uma direta violação da sua liberdade de criação cultural.

Nestas situações somos do entendimento que, à luz do Direito de Autor, estas alterações ou eliminações ofendem a “essência criativa” da obra e como tal não podem ser levadas a cabo sem o consentimento do autor⁵⁹.

Há, todavia, e como é comum em matéria de direitos fundamentais, um largo espectro de hipóteses em que a resposta não é tão óbvia. Desde logo, porque nem sempre é fácil discernir se a opção por determinada terminologia, ou a inclusão de determinada passagem, constitui um elemento que o próprio autor reputou de fundamental à essência da sua obra. Pelo que não será facilmente determinável se a alteração ou eliminação de certo termo ou trecho de texto constitui uma violação dessa mesma “essência criativa”.

⁵⁹ Questão diferente, como referimos reiteradamente supra, é o Estado poder proibir a comunicação pública da obra, nos termos da lei.

No entanto, estando perante um direito fundamental, inerente à tutela da personalidade do autor, corolário da liberdade de criação cultural enquanto modo especialmente qualificado da liberdade de expressão do pensamento, e pese embora a indeterminação do que possa significar a “essência criativa” da obra, pensamos que se deverá sempre interpretar de forma restritiva a possibilidade de alteração de obras literárias, por mera opção editorial, ainda que para satisfação da sensibilidade dominante em determinada época.

Regressando aos exemplos dados.

Por um lado, um termo ser *ofensivo* é marcadamente uma qualificação subjetiva, histórica, espacial e culturalmente determinada. Uma expressão pode ter sido no passado banal e hoje ser ofensiva. Pode ser ofensiva numa zona do país e noutra não. Ou pode ainda ser ofensiva para determinadas pessoas e para outras não. Há exemplos à exaustão desta subjetividade da qualificação depreciativa de terminologia.

Por outro lado, ser *ofensivo* é muitas vezes uma opção criativa deliberada, seja por motivos políticos, filosóficos ou estéticos. Expurgar uma obra literária de termos tidos por ofensivos em determinada comunidade, pode significar retirar da obra o fim que o autor quis dar à mesma. A crítica, a sátira ou a ironia não raras vezes se fazem com termos ostensivamente ofensivos (diria mesmo intencionalmente ofensivos). Não estará essa opção dentro da liberdade criativa do autor?

É certo que haverá casos em que se poderá concluir que determinada obra literária, porque ofende o núcleo essencial de um outro direito fundamental (como a honra ou a privacidade de terceiro), possa ver sua divulgação limitada ou proibida (vimos que se admitem restrições à liberdade de divulgação).

Mas, não se encontrando a obra numa situação em que a sua publicação possa ser proibida, seja por ofensa de valores essenciais da comunidade, seja por ofensa a direitos fundamentais de outros cidadãos, temos dificuldade em conceber como legítima a alteração dos *significados* desejados pelo autor.

Em conclusão, embora não interpretemos o disposto no artigo 56º do CDADC de forma literal, pensamos que se deve tomar como princípio (ou regra geral) que é ao titular do direito moral que cabe autorizar qualquer alteração que afete os *significados* plasmados no texto. Devendo-se presumir

que a versão final da obra publicitada pelo Autor constituí a expressão completa do exercício da sua liberdade de criação cultural (o seu pensamento).

Atendendo à amplitude com que deve ser apreciada a liberdade de criação cultural, e o facto de a tutela pelo direito de autor ser independente da valoração estética ou ética que terceiros possam fazer da obra, entendemos que o facto de determinada obra literária conter expressões ou trechos de texto que possam ser considerados ofensivos, não é, por si só, facto legitimador da opção editorial de reescrita da obra.

Em conclusão, entendemos que a reescrita de obra literária, onde deliberadamente se expurguem da mesma excertos daquilo que foi a expressão voluntária e consciente do pensamento do autor, apenas poderá ocorrer com autorização do mesmo.

Bibliografia

- ANDRADE José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª, Almedina, 2004.
- ASCENSÃO José de Oliveira, *Direito Civil: Direito de Autor e Direito Conexos*, Coimbra Editora, 1992.
- , «Sociedade da Informação e Liberdade de Expressão», em *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VII, 2008, pp. 51-73.
- BRAVO Jorge, «Repensar a liberdade de expressão na Era digital: (ainda) um direito humano?», em *ULP Law Review*, vol. 13, n. 1, 2020, pp. 35-75.
- GEIGER Christophe, «Freedom of Artistic Creativity and Copyright Law: A Compatible Combination?», em *UC Irvine law review*, vol. 8, n. 3, 2017, pp. 413-458.
- LEITÃO Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito de Autor*, Coimbra, Almedina, 2011.
- MELLO Alberto de Sá e, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, 4ª Amplia, Almedina, 2020.
- MIRANDA Jorge, MEDEIROS Rui, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I*, Coimbra Editora, 2005.
- PEREIRA Alexandre Libório Dias, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, Almedina, 2008.
- ROCHA Maria Victória, «A Originalidade como Requisito de Protecção pelo Direito de Autor», em *Verbo Jurídico*, 2003, www.verbojuridico.net.
- , «Direito da propriedade intelectual», em Paulo Pinto de Albuquerque (ed.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais – Volume 1*, Lisboa – Portugal, Universidade Católica Portuguesa, 2019, pp. 2166-2203.
- VENÂNCIO Pedro Dias, *A Tutela Jurídica do Formato de Ficheiro Eletrónico*, Coimbra, Almedina, 2016.
- VIEIRA José Alberto, *Direito de Autor – Dogmática Básica*, Coimbra, Almedina, 2020.

O DIREITO COMPARADO NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA *GLOBAL*

Ricardo Sousa da Cunha
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.16>

1. Introdução

Há tantos anos quantos os que celebra o curso de Direito da Escola de Direito da Universidade do Minho, ensinava-se na Introdução ao Estudo do Direito a lição de Baptista Machado¹ como “a nova disciplina de *Direito Comparado* seria o principal instrumento para a elaboração dessa *teoria geral* [do Direito]” [NR: Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1990, página 359.]. Já não é “nova” a disciplina de Direito Comparado, mas a sua relevância contemporânea é cada vez mais central numa realidade jurídica cada vez mais plural, aberta e integrada.

As diferentes formas do diálogo jurídico acontecem cada vez mais a uma escala global em que se relacionam diferentes sistemas jurídicos, tendencialmente “*self-contained*”, mesmo que apenas no caso de um falhanço subsistemático catastrófico². Em condições mais quotidianas, no entanto, são regularmente identificados problemas comuns entre estes sistemas

¹ Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 359.

² RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Cosmopolita*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 280 e ss.

jurídicos com ambição soberana que implicam também um diálogo jurídico cosmopolita na procura das melhores soluções possíveis. Este último é, aliás, o propósito histórico dos estudos de Direito Comparado³ e ainda atualmente se garante a sua centralidade metodológica a propósito das diferentes modalidades de “*transplantes jurídicos*”⁴.

Os estudos de metodologia jurídica têm revalorizado o papel do Direito Comparado entre o instrumentário metodológico jurídico contemporâneo⁵ construindo a possibilidade de um *argumento jurídico comparado*⁶ para a integração da alteridade numa determinada argumentação jurídica, outra vez, com ambição “*self-contained*”. O presente texto pretende, precisamente, explorar as possibilidades metodológicas abertas pela integração dos contributos do Direito Comparado na argumentação jurídica contemporânea, cada vez mais, aberta, plural e global.

A crescente centralidade da integração dos argumentos jurídicos comparados entre os contributos da metodologia jurídica não esquece, no entanto, a importância do rigor da técnica comparatística, ainda, em larga medida, referido ao contributo do *funcionalismo*. As virtudes e limitações do funcionalismo metodológico encontram-se, por esta altura, largamente exploradas, mas são ainda um muito relevante instrumento metodológica na identificação do que existe em comum entre soluções jurídicas muitas vezes muito diferentes como exige um diálogo jurídico global cada vez mais integrado, mas também aberto e, por vezes, mesmo contraditório.

³ PATRÍCIA JERÓNIMO, *Lições de Direito Comparado*, Elsa-UMinho, Braga, 2015, p. 11.

⁴ RICARDO SOUSA DA CUNHA, “O Argumento Jurídico Comparado para o Direito Plural” in RICARDO SOUSA DA CUNHA (Org), *Direito Comparado Plural*, JusGov /UMinho, Braga, 2021, pp. 1 e ss.

⁵ ANTÓNIO CORTÊS, “Para uma Metodologia Jurídica Integral” in *Direito e Justiça – Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva*, volume especial de 2013, pp. 39 e ss.

⁶ THOMAS COENDET, *Rechtsvergleichende Argumentation*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, pp. 29 e ss e THOMAS COENDET, “Legal Reasoning: Arguments from Comparison”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 102, 2016/4, p. 493.

2. Do pluralismo jurídico e do Direito Comparado

A ideia historicamente referida ao *pluralismo jurídico*, na verdade, sempre foi mais regra do que exceção⁷ - mesmo contra os esforços do Estado centralizador que procurou, em especial a partir do século XIX, reduzir toda a normatividade vigente ao Direito Estadual sob a Constituição, num esforço politicamente comprometido com o ideário da Revolução Francesa⁸. O paradigma normativista estadual encontra-se, por isso, atualmente mais ainda desafiado pelas diferentes faces do pluralismo jurídico perante uma realidade socioeconómica crescentemente integrada à escala global e local para a qual emerge uma regulação normativa cada vez mais complexa⁹. A crescente globalização tem colocado qualquer interação humana à escala planetária e, por essa via, tem imposto também a relação, interação e comparação de várias ordens jurídicas. Além destes, outros desafios normativos plurais colocam-se em sociedades onde subsistem estruturas normativas tradicionais, com correspondentes mecanismos de garantia, de raiz tradicional, consuetudinária e ancestral¹⁰. Por isso, os juristas se confrontam com uma realidade jurídica cada vez mais aberta, interativa e integrada, ao nível global e também local (*Glo-cal*), numa tensão permanentemente evidente entre *unidade* e *pluralidade*¹¹.

⁷ A propósito dos estudos de pluralismo jurídico, Brian Z Tamahana refere-se ao pluralismo jurídico desde o período medieval, passando pelo exemplo particular do período colonial, até ao resultado no final do século XX in BRIAN Z TAMANAHA, “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, *Sydney Law Review*, Vol. 30, 2008, pp. 375 e ss., maxime 377 e ss.

⁸ JOANA AGUIAR E SILVA, *Para uma teoria hermenéutica da justiça – Repercussões Jusliterárias no Eixo problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 304.

⁹ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA ensinava como “*Numa Constituição como a portuguesa, que – nomeadamente pelo reconhecimento da eficácia interna do direito comunitário – incorpora o pluralismo jurídico como um princípio jurídico construtivo fundamental, esta unidade não reduz todas as fontes à Constituição, nem mesmo todo o direito ao direito do Estado*” in ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, “Estadualismo, pluralismo e neo-republicanismo – Perplexidades dos nossos dias” em ANTÓNIO CARLOS WOLKMER ET AL., *Pluralismo jurídico. Os novos caminhos da contemporaneidade*, São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 139 a 172.

¹⁰ A propósito de ordenamento jurídico plural comparável, BOAVENTURA SOUSA SANTOS refere-se a este fenómeno de hibridização jurídica no Estado heterogéneo como “*a porosidade das fronteiras de diferentes ordens jurídicas e culturas (...) e a profunda fertilização e contaminação cruzada.*” in BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique”, *Law & Society Review*, Volume 40, número 1 (2006), p. 39 e ss.

¹¹ Sobre a referência do objeto do Direito Comparado à sua “pluralidade” vide DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, Almedina, 2014, p. 18.

A crescente integração jurídica à escala global tem apontado características constitucionais ou proto-constitucionais próprias¹², em especial com referência à assinalada verticalização axiológico-normativa em matéria de Direitos Humanos que justifica o “*creeping monism*”¹³ a partir da “afirmação pós-ontológica do Direito Internacional”¹⁴. No entanto, são precisamente as limitações deliberativas deste (emergente) espaço jurídico global têm dificultado a incondicional adesão a este projeto “neo-kantiano” de uma República Universal, cada vez mais, fundamentando diferentes posições soberanistas concorrentes que são, naturalmente, a pior solução para o que é uma *relação* entre diferentes sistemas jurídicos, uma vez que não permite nunca uma solução para uma argumentação perpetuamente circular¹⁵.

Sendo certo que o *pluralismo jurídico* é mais do que apenas o objeto do Direito Comparado, não parece haver necessidade de distinguir o *objeto* do Direito Comparado daquele a que se dedica a *disciplina jurídica* do *pluralismo jurídico*. Apesar de algumas resistências que esta opção possa revelar na defesa da autonomia dogmática do Direito, isolando-o de uma potencial contaminação “culturalista”, não se vislumbram razões para não admitir uma mesma referência ao objeto do estudo, sem prejuízo de se distinguir metodológica e finalisticamente cada uma das propostas epistemológicas dos estudos de *Pluralismo Jurídico* e de *Direito Comparado*. As pistas prosseguidas pelos estudos de *pluralismo jurídico*, como proposta epistemológica, parecem mais preocupadas com a solução de eventuais conflitos normativos *intrassistemáticos* causados pela pluralidade de normas vigentes num mesmo território e para uma mesma população do que, especificamente, com a sua comparação. Tradicionalmente, os estudos de Direito Comparado têm adotado uma perspectiva *intersistemática* sobre o pluralismo jurídico dirigida à comparação das soluções jurídicas em vigor em diferentes territórios e populações.

¹² Materialmente o conceito de *ius cogens* e os sistemas multilaterais e regionais de proteção de direitos humanos lhe garantem e organicamente referida à (quase) universal filiação na ONU. Por vários Autores, *vide* JÜRGEN HABERMAS, *Der Gespaltene Westen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2004, p. 121.

¹³ MELISSA A. WATERS, “Creeping Monism: The Judicial Trend Toward Interpretive Incorporation of Human Rights Treaties”, *Columbia Law Review*, Abril, 2007, pp. 628 e ss.

¹⁴ THOMAS FRANCK, *Fairness in International Law and Institutions*, OUP, Oxford, 1998, p. 6.

¹⁵ RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Cosmopolita*, *op. cit.*, pp. 199 e ss.

Desta perspectiva jurídico-comparada, naturalmente, será mais difícil traçar estas *semelhanças* entre sistemas jurídicos com *diferentes* ideias de justiça (adjudicativa no caso dos sistemas judiciais ocidentais, restaurativa da paz social no caso dos sistemas jurídicos consuetudinários, por exemplo), de âmbitos de aplicação (territorial nos sistemas jurídicos ocidentais, pessoal nos sistemas jurídicos islâmico, por exemplo) ou até de coercibilidade externa (sem sanção física no caso do sistema jurídico Hindu). No entanto, na delimitação do objeto sobre o qual podem incidir os estudos de Direito Comparado não se pode limitar os sistemas jurídicos comparáveis aos sistemas jurídicos mais sedimentados segundo um cânone jurídico ocidental. Aliás, os já referidos estudos de *pluralismo jurídico* têm, precisamente, desvalorizado a relevância de uma definição essencialista do seu próprio objeto, em termos que não podem deixar de ser significativos para os estudos de Direito Comparado. BRIAN Z TAMANAHA afastou-se mais recentemente da necessidade metodológica de procura de uma definição de “ordenamento jurídico”, “sistema normativo” ou de “Direito”¹⁶, acompanhando a evolução para uma posição *anti-essencialista* de GRIFFITHS¹⁷ da definição de *pluralismo jurídico* ou *normativo* na esteira de BOAVENTURA SOUSA SANTOS que há algum tempo questionava “*why not?*”¹⁸. Para este efeito, relevante para a delimitação do objeto dos estudos de pluralismo jurídico (que se acompanha para o Direito Comparado) é aquilo que os atores de determinado sistema normativo entenderem como Direito, solução a partir da qual TAMANAHA alicerça os estudos de pluralismo jurídico em “seis sistemas de organização normativa social: sistemas legais oficiais, sistemas normativos costumeiros/culturais; sistemas normativos religiosos/

¹⁶ “Law is a ‘folk concept’, that is, law is what people within social groups have come to see and label as ‘law’. It could not be formulated in terms of a single scientific category because over time and in different places people have seen law in different terms. State law is currently the paradigm example of law, but at various times and places, including today, people have considered as law: international law; customary law; versions of religious law; the *lex mercatoria*; the *ius commune*; natural law and more. (...) These various manifestations of law do not all share the same basic characteristics — beyond the claim to represent legitimate normative authority — which means they cannot be reduced to a single set of elements for social scientific purposes.” in BRIAN Z TAMANAHA, “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, *Sydney Law Review*, Vol 30, 2008, p. 396.

¹⁷ BRIAN Z TAMANAHA, “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, *op. cit.*, p. 396.

¹⁸ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Common Sense: Law, Science, and Politics in Paradigmatic Transition*, Nova Iorque: Routledge, 1995, p. 115.

culturais; sistemas normativos económicos/capitalistas; sistemas normativos funcionais e sistemas normativos comunitários/culturais”¹⁹.

3. A relação (argumentativa) com a alteridade

A construção do plural do Direito contemporâneo parte da ideia de *diferença* que, desde a identificação na Modernidade da soberania com sistemas jurídicos, se encontra como o fundamento “ontológico” do Direito Internacional, do Direito Constitucional e também do Direito Comparado²⁰. CARL SCHMITT construiu a identidade politicamente significativa na relação com a *diferença* que converte a relação com o “Outro” no fundamento de qualquer relação política – é a sua “*categoria política específica*”, segundo o poema de DAÜBLER “*Der Fein dist unsre eigne Frage als gestalt*”²¹. Qualquer comunidade política organizada sob condições moldada por uma identidade comum privilegia a homogeneidade deliberativa em detrimento da relação com a *diferença* e não tem razões para se preocupar com a inclusão dos seus membros. As relações com os *outros* foram, durante muito tempo, uma questão de relações interestaduais, sem prejuízo para as “*lutas de reconhecimento*” (*Kampf um Anerkennung*)²² de integração das minorias nos processos deliberativos das contemporâneas comunidades plurais e abertas, mas ainda, em larga medida, na disponibilidade da regra da maioria. É um novo processo de “representação” comunitária que distingue a *singularidade da diferença* na identidade coletiva e que recusa a ignorância da *diferença* evitando que esta se converta em “invisibilidade social”²³.

¹⁹ BRIAN Z TAMANAHA, “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, *op. cit.*, p. 396.

²⁰ A expensas da ética da “responsabilidade” na relação com o outro de que falava LÉVINAS refere SÉBASTIAN JODOIN, “International Law and Alterity: The State and the Other”, *LJIL*, 21 (2008), pp. 1 a 28. A partir do mesmo diagnóstico traçado, as propostas de projectos “*counter-violence*”, alicerçados na abertura do Direito Internacional a outros sujeitos ou intervenientes, no quadro da escola do “pluralismo jurídico”, não parece ser (ou poder ser), como pretende o Autor, feita a expensas da centralidade do papel estadual no Direito Internacional, em especial, a propósito do direito de “intervenção humanitária”.

²¹ Numa crítica radical da democracia representativa liberal, CARL SCHMITT, 1921, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, trad., 1985, p. 4.

²² AXEL HONNETH, *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1994.

²³ RALPH ELLISON, *The Invisible Man*, 1952 (tradução Portuguesa Homem Invisível, Lisboa: 2006, 1ª Ed., Casa das Letras), JOSÉ LUIS ALMEIDA GONÇALVES, *Cadernos de Pedagogia Social n.º 1*, “Invisibilidade e Reconhecimento:

A partir desta construção da relação entre ordens normativas equivalentes, NOBLES disputa com TAMANAHA as virtudes da teoria dos sistemas como método do pluralismo jurídico. O potencial da teoria dos sistemas para orientar a navegação neste cosmos normativo crescentemente complexo²⁴ tem sido explorado com referência ao trabalho de GÜNTHER TEUBNER²⁵ na reinterpretação da seminal referência de NIKLAS LUHMAN. Nesta perspectiva, o *pluralismo jurídico* constata-se, pois, nas diferentes relações de “interdiscursividade externa que ameaçam precisamente o fundamento da *abertura cognitiva/clausura normativa*. É assim que o direito reflexivo garante a coexistência de diferentes subsistemas (normativos) sem deixar de os orientar procedimentalmente. Trata-se, pois, de intervir no “meta-nível da regulação de processos quanto à repartição e redefinição dos direitos de controlo e das competências de decisão”, revelando a racionalidade interna do direito reflexivo”, que opera a tradução na relação inter-discursiva entre subsistemas sociais. (revela como “*regular indirecta e abstratamente*” a auto-regulação dos subsistemas sociais por “*normas de organização, de processo e de competências*”, evidência de uma “*inscrição normativa reflexiva*”)²⁶.

Desta perspectiva, qualquer afirmação de um determinado sistema sobre o “outro” faz-se a partir de uma perspectiva interna “irritada”, pelo que um sistema normativo apenas se pode pronunciar acerca da validade “para si” das preposições normativas de outro sistema. Decisivo é, pois, nesta construção

a construção da literacia moral em Pedagogia Social”, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2007.

²⁴ RICHARD NOBLES E DAVID SCHIFF, “Using Systems Theory to Study Legal Pluralism: What Could Be Gained?”, *Law & Society Review*, Vol. 46, No. 2 (junho 2012), pp. 265 a 296.

²⁵ GÜNTHER TEUBNER e ANDREAS FISCHER-LESCANO, “Regime-Collision: The vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, Summer 2004, pp. 999 e ss, GÜNTHER TEUBNER, “Two faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism”, (1992) 13 *Cardozo Law Review*, página 1443 e seguintes e GÜNTHER TEUBNER, “Reflexives Recht”, *ARSP*, 1982, pp. 13 e ss, *máxime* p. 28, que AROSO LINHARES numa formulação pedagogicamente muito feliz revela como “*regular indirecta e abstratamente*” a auto-regulação dos subsistemas sociais por “*normas de organização, de processo e de competências*”, evidência de uma “*inscrição normativa reflexiva*” in AROSO LINHARES, *O sistema jurídico como um «fim em si mesmo»*, Sumários policopiados, página19, disponíveis in <https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=3466>.

²⁶ Da perspectiva do funcionamento sistemático de sistemas jurídicos plurais, não se admite que qualquer um dos sistemas normativos alicerçado em fundamentos de validade próprios se pronuncie acerca da validade do outro GÜNTHER TEUBNER “*Alter pars audiatur: Law in the Collision of Discourses*” in R. RAWLINGS (Org.), *Law, Society and Economy* (OUP, 1997) pp. 149 e ss. O princípio aqui formulado é da “dupla contingência”, de TEUBNER, na relação entre “*ego*” e “*alter*” – *Ego* ignora a reação de *Alter* a uma determinada ação, pelo que ambos se confrontam com várias alternativas de atuação (*dupla contingência*) e a variedade de alternativas de atuação (*contingência*) é perspectivada por cada um dos subsistemas como *liberdade*, mesmo que na perspectiva do observador/recetor exterior se transforme em fonte de potencial conflito. NIKLAS LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt, 1984, p. 152.

revelar como não se pode deixar de partir do *princípio da equivalência*²⁷, formulado para a relação plural entre ordenamentos jurídicos²⁸, originalmente extraído das relações entre o Direito da União Europeia, o Direito dos Estados-membros e o Direito da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, também para o objeto plural dos estudos de Pluralismo Jurídico como do Direito Comparado.

A partir da ideia de “*dupla contingência*”, a perspectiva *relacional* entre sistemas normativos coloca a argumentação jurídica cada vez mais integrada à escala global (*Glo-cal*) como um exercício de relação com a *diferença* em condições de *equivalência*. O conflito, aqui reciprocamente perspectivado no Direito Plural, nacional, local e supra-nacional, coloca-se entre o *princípio da constitucionalidade* e o *princípio do pluralismo jurídico* que é sempre encarado de forma diferente em diferentes ordenamentos jurídicos comparados. A solução deste conflito tem muito a beber da abertura jurídica cosmopolita que se sente na relação plural entre sistemas normativos na crescente integração normativa global, evidenciada, por exemplo, na Constituição da República Portuguesa de 1976 pela abertura ao Direito Internacional (artigo 7º e artigo 9º), ao Direito da União Europeia (artigo 7º e artigo 8º) mas também ao Direito costumeiro local.

A crescente centralidade da relação argumentativa com a *alteridade* encontrou-se, também, na “*viragem para a interpretação*” (“*turn to interpretation*”)²⁹ que animou a descoberta do “*fundamento ontológico-existencial da linguagem*”³⁰, durante grande parte do século XX, a partir da revalorização da linguagem como fundamento e limite de toda a ação humana. A possibilidade da própria comunicação é, assim, colocada numa relação com a alteridade, construída argumentativamente, alicerçada sempre numa relação com a *diferença*. O resultado é sumariado numa dicotomia

²⁷ Mesmo numa perspectiva normativista esta é a posição de DAVID DUARTE, *A norma de Legalidade procedimental administrativa*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 62 e ss. Interessante é desta perspectiva a distinção entre enunciado normativo e norma, aqui se referindo à formulação oral (não sujeita a forma jurídica) do costume *in Ibidem*, pp. 64 e ss.

²⁸ Este princípio da equivalência tem sido central, por exemplo, na relação do contemporâneo pluralismo jurídico entre ordenamento jurídico da UE, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e dos seus Estados-membros conforme se pode ver, entre tanta outra bibliografia, em RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita...*, *op. cit.*, pp. 261 e ss.

²⁹ DAVID KENNEDY, “The Turn to Interpretation”, 58 *South California Law Review*, 1 (1985).

³⁰ MARTIN HEIDEGGER, *Sein und Zeit* (trad. *Being and Time*, Blackwell Publishing, Oxford, 1978), §34, pp. 203 e ss.

virtuosamente enunciada por DÉRRIDA a partir da distinção, na língua francesa, *différence/différance*, pela qual o próprio texto se revela sempre um presente/ausente, no qual não se encontram o seu referente, destinatário e autor³¹.

Este passo, pelo qual se impôs sempre uma mediação linguística da realização do Direito, coloca problemas novos à hermenêutica tradicional³², e à hermenêutica jurídica, uma vez que “*compreender é sempre também aplicar*”³³ – de onde se imprime sempre uma dimensão criativa distintiva que a consagra problematicamente na relação com a hermenêutica geral. A reflexão metodológica jurídica afastou-se, assim, da problemática da definição dos fundamentos éticos da definição e validação do Direito, para os problemas da técnica aplicativa do Direito, que reafirma o espaço da discricionariedade aplicativa (em especial, judiciária³⁴) na decisão no caso concreto.

4. A reconstrução argumentativa do Direito Comparado

Os estudos de Direito Comparado procuraram também responder a estes desafios, em especial, a partir do contributo de PIERRE LEGRANDE

³¹ JACQUES DERRIDA, “Différance”, *Margins of Philosophy*, (tradução Alan Bass), Chicago, University of Chicago Press, 1982, pp. 3-27.

³² No quadro da Metodologia Jurídica, ganha uma dimensão existencial a que JOSÉ LAMEGO se refere como a “viragem ontológica da hermenêutica” JOSÉ LAMEGO, *Hermenêutica e jurisprudência. Análise de uma recepção*. Lisboa, Fragmentos, 1990, p. 84 e nota 226a.

³³ EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione...*, *op. cit.*, página 380 *apud* JOANA AGUIAR E SILVA, *Para uma teoria hermenêutica da justiça...*, *op. cit.*, página 304, segundo a qual a crítica assim formulada à “hermenêutica ontológica é a da potencial equivalência de todas as interpretações e da real dificuldade em encontrar critérios para aferir da respectiva validade e legitimidade. Ainda assim, não se recusa qualquer possibilidade de qualquer limite a um subjectivismo radical e incontrolável. Que GADAMER devolve na censura de uma irreprimível fidelidade a interpretação psicológica fundada por SCHLEIERMACHER. (...)”.

³⁴ O problema da interpretação jurídica, integrada nas preocupações da Metodologia Jurídica, coloca-o CASTANHEIRA NEVES na “irredutível indeterminação e insuficiência de quaisquer critérios positivos invocáveis”. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica* – I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 214. O que é um problema especificamente jurídico, na realização do Direito, mais do que hermenêutico-linguístico. A interpretação jurídica revela-se na específica regulação de um caso concreto, pelo qual se consome a questão da hermenêutica jurídica na mais ampla definição de uma metodologia jurídica orientada à boa decisão de um caso concreto. A hermenêutica jurídica não se dirige à pura intelecção do texto da norma, mas antes à sua aplicação ao caso concreto, da qual, aliás, não se distingue. Será este o sentido do judicialismo de CASTANHEIRA NEVES, que assim recusa a autonomia da questão da interpretação jurídica “como acto metódico autónomo para uma interpretação como momento da realização do direito” revelado no “sentido prático-normativo e problemático-concreto da interpretação jurídica”. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, *op. cit.*, p. 106.

que avisou para a natureza constitutiva da *diferença* a partir do cristalino exemplo de uma “noite de estreia” que apenas o é porque há uma segunda noite de espetáculo, que assim é decisiva na definição do conceito de “noite de estreia”³⁵. A *diferença* é constitutiva da identidade e, nessa medida, é também o elemento constitutivo dos estudos jurídicos e jurídico-comparatísticos. A partir da evidência de pluralidade e diferença, LEGRANDE procura reconstruir o direito comparado num exercício hermenêutico (*démarche herméneutique*)³⁶. Neste exercício, cabe ao comparatista procurar a *similitude* e *diferença* (*the same and the different*) sempre com referência ao contexto cultural³⁷ cultivado pelo *culturalismo* e mediado linguisticamente pela comunicação e seus limites usando a técnica da *desconstrução*. São as:

“exigências hermenêuticas de um pensamento não totalizante, um pensamento que aceita o outro como interlocutor, que encontra no vocativo o seu análogo gramatical mais próximo, o que permite que o outro (e o outro-de-direito) signifique segundo ele e à sua própria obviedade, que aceita que o outro não é apenas uma modalidade do eu, que é, em última instância e com empatia, para o outro, quer ser lido como um anúncio e um somatório, como uma demanda e uma reclamação e, de qualquer forma, como o princípio de uma comparação em que o comparatista está preparado para se auto-distanciar de suas próprias suposições e orientações (que, então, não participam mais da verdade), está interessado em uma

³⁵ PIERRE LEGRANDE, “The same and the different” in PIERRE LEGRAND, RODERICK MUNDAY (Ed.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 254.

³⁶ PIERRE LEGRAND, “Comparer” in *Revue internationale de droit compare*, Vol. 48 N°2, abril-junho, 1996, pp. 279 a 318, maxime 292. Para mais desenvolvimentos *vide* PIERRE LEGRAND, *Le Droit Comparé*, 5.ª edition, PUF, Paris, 2015.

³⁷ Numa abordagem em três etapas, o comparatista seria obrigado a considerar as consequências de um instituto jurídico retirado do seu *contexto* para, num segundo momento, analisar criticamente sua estrutura (especialmente as distinções público / privado) e aprofundar os processos de tomada de decisões legais, considerando não apenas a dicotomia direitos e deveres, mas considerando as opções políticas do sujeito comparado, para, finalmente, reintroduzir o contexto sociocultural que foi perdido ao “legalizar” um problema. Para evitar o viés do funcionalismo, FRANKENBERG propõe que os comparatistas entendam seus estudos como “*experiência (s) de aprendizagem*” que exigem “*uma maior sensibilidade ao relacionamento entre o eu e o outro*” e “*tolerância à ambiguidade*”. Há, no entanto, um risco da sobrevalorização do contexto referido por LEGRANDE, e que é apontado à *Critical Legal Studies* que, a partir de FRANKENBERG, usou esta reconstrução do Direito (e do Direito Comparado) alicerçado na alteridade para, a partir das limitações do funcionalismo metodológico quanto à necessidade, funcionalidade e universalidade da lei, alavancar o seu projeto político de crítica ao Direito. GUNTER FRANKENBERG, “Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law”, *Harvard International Law Journal*, 26:2 (1985), pp. 411 a 456.

variedade de respostas à ‘realidade’ e deseja entender o significado único dessas respostas para determinadas comunidades, de modo que sua compreensão do mundo seja mais forte e que ele viva com mais conhecimento”³⁸.

O que, com LEGRANDE, se impõe nesta reconstrução metodológica do Direito Comparado é o reconhecimento do potencial de distorção da relação com a alteridade constitutiva da análise das próprias regras de comparação, uma vez que na “*escolha dos materiais pelo re-apresentador é um ato de poder, mesmo que apenas porque esses materiais sempre substituam outros materiais que são omitidos como parte da re-apresentação*”³⁹. É, por isso, decisivo o ato de seleção que move o comparatista do “*do modo descritivo para o modo prescritivo*”⁴⁰.

É este o ponto de partida para a reconstrução metodológica do Direito Comparado no quadro das ciências jurídicas. A consideração do papel do *outro* na construção identitária foi referida por LEGRANDE ao trabalho da desconstrução de DÉRRIDA e é o mesmo que permite superar qualquer limite diferenciador (*differentiated - differentiating*)⁴¹ na argumentação jurídica, neste caso entre o direito interno e o direito comparado. O Direito Comparado é assim construído como uma “categoria do direito nacional”, segundo THOMAS COENDET⁴². Se a argumentação é movimento - de uma premissa a uma conclusão - a *instrução* de qualquer argumento jurídico faz-se com informação jurídica comparada ainda, segundo a estrutura argumentativa de TOULMIN⁴³, de forma que garante a superação positivista entre facto e Direito. No entanto, decisiva é agora aqui a construção da “transsubjectividade” de WOHLRAPP pela qual o “*direito comparado enriquece o ponto de vista do direito nacional (...) e permite construir novas teorias téticas ou criticar pontos de vista epistémicos ou téticos do direito nacional*”⁴⁴.

³⁸ PIERRE LEGRANDE, “The same and the different”..., *op. cit.*, p. 250.

³⁹ *Idem*, “The same and the different”..., *op. cit.*, p. 254.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ THOMAS COENDET, *Rechtsvergleichende Argumentation*, *op. cit.*, pp. 29 e seguintes.

⁴² THOMAS COENDET, “Legal Reasoning: Arguments from Comparison”, *op. cit.*, p. 493.

⁴³ *Idem*, p. 484.

⁴⁴ *Idem*, pp. 494 e ss.

A transsubjectividade, segundo COENDET, não defende uma perspectiva estrangeira, mas a “*transformação do ponto de vista nacional numa perspectiva nacional, através do argumento comparado*”⁴⁵. Este é o momento definidor do exercício comparado, segundo COENDET, quando o argumento de direito comparado é internalizado de forma definidora, que o afasta inclusivamente de recepções comparada ou dos *legal transplants* marcando o passo de *linking* para o de *comparing*⁴⁶.

O exercício comparado é, assim, um exercício pragmático alicerçado na ambição de correta interpretação do argumento jurídico estrangeiro comparado mesmo que consciente dos próprios limites internos da argumentação integrado no que o Autor mais amplamente constrói como uma “*paragramatologia jurídica*”⁴⁷. Este é um exercício especialmente dirigido à argumentação jurídica levada a cabo pelos juízes, no pleno uso dos poderes hermenêuticos, mas que COENDET refere a diversos participantes no diálogo judicial, juízes, partes, peritos externos e mesmo *fora* internacionais, e que é cada vez mais imposta também aos poderes separados na Constituição pela doutrina e pela própria jurisprudência.

Esta *intencionalidade especificamente jurídica* dos estudos de Direito Comparado é a marca da reconstrução argumentativa do Direito Comparado a partir da mediação linguística da construção identitária alicerçada na alteridade. Se o funcionalismo tinha a sua especial intencionalidade no “*social engineering*”, importado para os estudos de Direito Comparado, a crescente relevância da integração normativa global no quadro da reconstrução argumentativa do Direito revela o papel comprometido dos argumentos de Direito Comparado internalizados, como apontou COENDET, numa das *dimensões relacionais plurais contemporâneas que impõem os estudos de Direito Comparado*.

A específica intencionalidade jurídica dos estudos comparatísticos constrói-se a partir dos tópicos revelados para a participação no processo argumentativo de realização do Direito a partir da comparação de ordens jurídicas que se revela o *Direito Comparado como uma disciplina*. Retirando a específica intencionalidade jurídica, estar-se-ia perante a Comparação de Direitos, mais

⁴⁵ *Idem*, p. 496.

⁴⁶ *Idem*, p. 505.

⁴⁷ THOMAS COENDET, *Rechtsvergleichende Argumentation*, Mohr Siebeck, Tubingen, 2012, pp. 128 a 132.

apta a integrar as preocupações das ciências sociais, como a Sociologia. As exigências do *rigor argumentativo do Direito Comparado* não são diferentes daquelas impostas à demais argumentação jurídica, constituindo-se, assim, como a sua marca jurídica distintiva dos demais estudos comparativos.

5. A comparação no *Argumento Jurídico Comparado*

O desenvolvimento de informação jurídico-comparada relevante para “alimentar” a formulação de qualquer argumento jurídico faz-se sempre num *delicado equilíbrio* entre a específica *técnica* do Direito Comparado e a finalidade jurídica dos estudos de Direito Comparado na metódica jurídico-argumentativa. Neste exercício são diversas as propostas metodológicas apresentadas, que MARK VAN HOECK refere aos objetivos formulados por qualquer estudo comparatístico de entre a “caixa de ferramentas” (“*toolbox*”) dos comparatistas⁴⁸.

Sem prejuízo para as possibilidades metodológicas abertas, na construção de um específico método comparatístico, o *funcionalismo* afirmou-se decisivamente. ZWEIGERT e KÖTZ postularam o monopólio metodológico do *funcionalismo* para o Direito Comparado⁴⁹, num contexto social, jurídico e científico muito particular para responder aos desafios do seu tempo, em especial, no contexto cientificista da época que empregava este método em diferentes ramos do saber. O método funcionalista parte da ideia da *função* desempenhada por diferentes soluções jurídicas (comparáveis) em cada sistema jurídico (comparável) para solução de problemas sociais comuns. Esta ideia encontra-se alicerçada no pressuposto do funcionalismo sociológico de que os problemas são universais e as soluções (neste caso jurídicas) são contingentes, variáveis, mas comparáveis. Não são as normas, leis ou institutos jurídicos

⁴⁸ MARK VAN HOECKE, “Methodology of comparative legal research”, *Law and Method*, 2015, pp. 1 a 35. Segundo este Autor, o método funcionalista é ainda o método dominante do Direito Comparado, fundando a sua reclamação por autonomia dogmática, através da análise de um problema social real e a solução em diferentes jurisdições - os mesmos problemas podem ter soluções semelhantes em lugares e tempos diferentes; o método analítico analisa conceitos e regras legais (por exemplo, propriedade) para identificar traços comuns ou variáveis; o método estrutural concentra-se na estrutura da lei ou dos elementos reconstruídos por meio de uma abordagem analítica; o método histórico quase sempre será uma parte necessária dos métodos usados para entender a solução legal e suas origens; o método direito-no-contexto concentra-se no contexto social atual da lei (cultura, economia, psicologia, religião).

⁴⁹ ZWEIGERT AND KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, OUP, Oxford, 1998, p. 33.

que são comparáveis, uma vez que pelo seu desenvolvimento com o decurso do tempo estas podem ter evoluído em sentidos que são verdadeiramente incomparáveis. Esta solução metodológica permite, desta forma, ultrapassar as limitações da comparação de normas, leis ou institutos jurídicos (que podem ser interessantes de uma outra perspectiva mais parcial no estudo de uma solução em particular) para comparar *soluções jurídicas* para problemas sociais no seu conjunto, o que naturalmente obriga a ponderar vários elementos nessa comparação que não apenas a norma, lei ou instituto jurídico.

O método funcionalista aplica ao Direito, pelo Direito Comparado, a ideia de *tertium comparationis* pela qual se constrói um “terceiro comparado” a partir dos dois sujeitos comparados (os *comparanda*). Este terceiro é a *qualidade comum* de dois comparados, que se pode ver ilustrado na figura de estilo da *metáfora* na literatura. Esta criação ideal ultrapassa o objeto da comparação, a norma, lei ou instituto jurídico, que podem, por si só, não ser comparáveis. Segundo o método funcionalista, partindo do *problema*, é possível comparar as diferentes *soluções jurídicas* dadas (os *comparanda*) pela identificação do elemento comum entre ambos (o *tertium comparationis*). O método funcionalista é, ainda hoje, decisivo para uma rigorosa realização de estudos de Direito Comparado pela recusa da mera comparação legislativa ou de soluções estrangeiras próximas.

A reabilitação metodológica do funcionalismo não esquece as suas limitações, especialmente, se considerado isoladamente com o monopólio metodológico sobre o Direito Comparado. Entre os limites do método funcionalista no Direito Comparado, pode começar-se por apontar como o próprio pressuposto deste método é discutível, na ideia de que todos os problemas sociais têm soluções jurídicas comparáveis. Um problema merecedor de solução jurídica para uma comunidade politicamente organizada pode não o ser para outra e a comparação pode nesse caso redundar numa exportação legislativa, como se verá a propósito dos “transplantes” jurídicos, especialmente na ajuda internacional ao desenvolvimento. Além disso, o mesmo problema pode ter soluções diferentes, mais ou menos complexas, que não são. Apesar de estas preocupações poderem ser verdadeiras, não parece que qualquer uma delas seja decisiva para recusar a aplicação do método funcionalista ao Direito Comparado, uma vez que só relevam na sua aplicação em concreto pela adequada delimitação dos *comparanda*,

podendo afetar a relevância de qualquer estudo que não cure previamente de cumprir este requisito de *comparabilidade*.

Entre os limites do método funcionalista, criticam-se, ainda, alguns traços que são fruto do contexto cientificista da época, em especial sobre a opção metodológica sobre o próprio conceito de Direito ainda essencialista que captura a “natureza das coisas”. Critica-se ao funcionalismo, em especial, na versão de ZWEIGERT, a perspetiva do Direito como “engenharia social”⁵⁰ (“*Law is social engineering*”), a partir da qual se impôs uma ambição avaliadora da “melhor lei” (*better law*), numa ambição universalizadora, construída a partir da sobrevalorização nos estudos de Direito Comparado das similitudes entre os *comparanda* - a *praesumptio similitudinis*. Entre as críticas ao método funcionalista no Direito Comparado, RALPH MICHAELS refere-se à impossibilidade de se unificar sob uma só ideia as diferentes modalidades de *funcionalismos* metodológicos⁵¹.

Para os juristas, os estudos de Direito Comparado assim perspetivados seriam insuficientemente normativistas porque demasiado factuais, para sociólogos excessivamente normativistas porque insuficientemente factuais. A proximidade do funcionalismo da metodologia das ciências sociais, em especial da sociologia, que agora perde terreno para economia e análise económica do Direito, também contribui para essas críticas. Os estudos de Direito Comparado feitos a partir desta perspetiva são criticados como *conservadores* ao justificar diferença, ao mesmo tempo que *ativistas* ao exportar soluções - em qualquer dos casos antidemocráticos. Esta crítica, feita a ZWEIGERT, ressurgiu hoje em dia nos estudos do Direito ao desenvolvimento – promovido pelos projetos do Banco Mundial, por exemplo “*Doing Business*”⁵².

Grande parte destas críticas ao uso do método funcionalista no Direito Comprado são críticas ao conceito de Direito pressuposto pelo método funcionalista no Direito Comparado e dificilmente compatibilizado com a viragem linguística da filosofia hermenêutica e a revalorização da

⁵⁰ ZWEIGERT E KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law...*, *op. cit.*, p. 45.

⁵¹ RALF MICHAELS, “The Functional Method of Comparative Law” in MATHIAS REIMANN E REINHARD ZIMMERMANN (Org.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 339 e ss, maxime 343 e ss.

⁵² RALF MICHAELS, “The Functional Method...”, *op. cit.*, p. 351, a propósito do instrumentalismo como método funcionalista do Direito Comparado.

argumentação como método do Direito, metodologicamente cada vez mais decisiva, em especial a partir do final do século XX. Já assim não é partindo do traço constitutivo da *diferença* na identidade, referido por LEGRANDE aos estudos de Direito Comparado, que conduz à proposta de reconstrução do Direito Comparado no quadro da argumentação jurídica, evidência da específica intencionalidade jurídica dos estudos de Direito Comparado, proposta por THOMAS COENDET a partir da desconstrução da divisão positivista que trata qualquer argumento de Direito Comparado como um mero facto e o integra como elemento constitutivo (identificador) da argumentação jurídica.

A querela em torno da autonomia científica dos estudos jurídicos-comparatísticos não é decisiva para a importância crescente dos estudos de Direito Comparado – como ciência ou técnica⁵³. No entanto, entre as virtudes e as limitações do método funcionalista no Direito Comparado e a renovada centralidade dada pela sua integração na argumentação jurídica a partir da construção linguística da *diferença*, é preciso sistematizar o que fica para o método do Direito Comparado. Já se enunciou, como ponto de partida, que esta ponderação se faz sempre num *delicado equilíbrio* entre a específica *técnica* do Direito Comparado (como base no funcionalismo metodológico) e a finalidade jurídica dos estudos de Direito Comparado que *concentra as preocupações metodológicas do Direito Comparado no rigor da sua técnica, mais do que na sua autonomia dogmática*⁵⁴.

⁵³ SIMONE GLANERT, “Method?” in PIER GIUSEPPE MONATERI (Org.), *Methods of Comparative Law*, Elgar, Cheltenham, Northampton, 2012, pp. 61 e ss.

⁵⁴ MARK VAN HOECK aponta como a escolha do método depende dos objetivos formulados por qualquer estudo comparatístico de entre a “caixa de ferramentas” (“*toolbox*”) dos comparatistas. Segundo este Autor, o método funcionalista é o método dominante do Direito Comparado, fundando a sua reclamação por autonomia dogmática, através da análise de um problema social real e a solução em diferentes jurisdições - os mesmos problemas podem ter soluções semelhantes em lugares e tempos diferentes; o método analítico analisa conceitos e regras legais (por exemplo, propriedade) para identificar traços comuns ou variáveis; o método estrutural concentra-se na estrutura da lei ou dos elementos reconstruídos por meio de uma abordagem analítica; o método histórico quase sempre será uma parte necessária dos métodos usados para entender a solução legal e suas origens; o método direito-no-contexto concentra-se no contexto social atual da lei (cultura, economia, psicologia, religião). MARK VAN HOECKE, “Methodology of comparative legal research”, *Law and Method*, 2015, pp. 1 a 35.

6. A argumentação jurídica transplantada

A reconstrução do Direito Comparado no quadro da argumentação jurídica evidencia a específica intencionalidade jurídica dos estudos de Direito comparado a partir de a) um fundamento ontológico da comunicação pública politicamente significativa (mediada linguisticamente) na identidade comunitária construída com base na *diferença* (de SCHMITT a DÉRRIDA), b) que integra na sua própria argumentação (jurídica) o Outro pelo Direito Comparado, conforme ensina THOMAS COENDET, a partir da desconstrução da divisão positivista que trata qualquer argumento de Direito Comparado como um mero facto, c) sem esquecer, como referido por LEGRANDE aos estudos de Direito Comparado, que este exercício é sempre um “ato de poder” sempre comprometido na “re-apresentação” e reconstrução identitária do próprio comparatista já no “*modo descritivo para o modo prescritivo*”, pelo que comparar é, assim, também sempre relacionar de tal forma que limita sempre a ambição de *neutralidade* típica do comparatista⁵⁵.

É cada vez mais evidente como na identificação de qualquer dos *tópicos* da argumentação jurídica global se impõe o diálogo argumentativo entre soluções jurídicas que viajam (transplantadas) – precisamente, através do Direito Comparado. O recurso metodológico ao *funcionalismo* permite mais facilmente identificar os termos da argumentação jurídica global a partir da construção referida a propósito do argumento jurídico comparado pela identificação do terceiro comparado – a qualidade em comum entre soluções jurídicas comparáveis - o *tertium comparationis*. Naturalmente, a identificação da *função* desempenhada por qualquer solução jurídica numa determinada argumentação jurídica à escala global obriga a ponderar diferentes fatores, jurídico e meta-jurídicos, como ensina o *funcionalismo*, neste caso colocada entre os diferentes sistemas jurídicos comparados – em especial nos sistemas jurídicos comparados romano-germânicos e *common law*. A principal virtude deste exercício é, ainda, a de permitir comparar soluções jurídicas diferentes em diferentes sistemas jurídicos comparados – desde que adequadamente

⁵⁵ Sobre a ideia de neutralidade *vide* BRUCE A. ACKERMAN, “What Is Neutral about Neutrality?”, *Ethics* 93 (January 1983), pp. 372 a 390, onde se lê logo no prómio “*A neutralidade não é apenas outro slogan político. Se tomada seriamente, destruirá a mais distintiva característica da política: a impossibilidade de a reduzir a uma ciência neutral de engenharia social*”.

construído o objeto da comparação a partir da função desempenhada em cada um dos sistemas jurídicos comparados por uma determinada solução jurídica⁵⁶.

Daqui, naturalmente, se questiona em que medida a globalização socioeconómica global tem promovido também um movimento de integração normativa global que leva a “*transplantes*” jurídicos *impostos* que muitas vezes não tomam em consideração quaisquer especificidades locais e, apesar de não ser o papel dos estudos de direito Comparado, não podem deixar de ser avaliados da perspetiva da perfeição dos processos jurídico-políticos de comunicação jurídica, neste momento ainda da sua própria democraticidade interna⁵⁷.

A posição afirmada de integração dos resultados dos estudos de Direito Comparado como tópicos argumentativos do diálogo jurídico interno leva a que se questione a própria eficácia dos referidos “transplantes” jurídicos – se os transplantes jurídicos são, por esta via, uma problema *de* Direito Comparado, eles apenas se convertem num problema *para* o Direito Comparado quando encerram propósitos políticos de colonização jurídica. Mas nesse caso são mais um problema para a ciência política do que para o Direito e, em especial, para o Direito Comparado. Parte da doutrina recusa, por isso mesmo, a possibilidade destes transplantes jurídicos, como da perspetiva do “culturalismo” faz PIERRE LEGRANDE quando se refere à “impossibilidade” de transplantes jurídicos sempre dependentes da relação com o contexto cultural⁵⁸, ou MICHELLE GRAZIADEI quando reconhece que transplantes implicam sempre uma incorporação à realidade normativa que tem o condão de sempre reagir⁵⁹.

⁵⁶ Esta solução metodológica permite, inclusivamente, ultrapassar as diferenças que a tradução jurídica determina em diferentes regimes jurídicos sempre contextualizados – basta pensar nas diferenças de regime implicadas nas formulações *Rule of Law*, *Rechtsstaat*, *Etat d’Droit* ou *Estado de Direito*.

⁵⁷ O papel desempenhado pelos estudos de Direito Comparado neste exercício leva VERONICA CORCODEL a apresentar a construção do Direito Comparado durante o século XX como uma “*ambivalente apologia social pela Modernização*” no período anterior à II Guerra Mundial e no período subsequente como “disfarçada apologia ambivalente pela transformação liberal”. Vide VERONICA CORCODEL, *Modern Law and Otherness - The Dynamics of Inclusion and Exclusion in Comparative Legal Thought*, Studies in Comparative Law and Legal Culture series, Elgar, Cheltenham, 2019, respetivamente pp. 95 e seguintes e 144 e ss.

⁵⁸ PIERRE LEGRAND, “The impossibility of ‘legal transplants’”, in *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, vol. 4, 1997, pp. 111 e ss.

⁵⁹ MICHELE GRAZIADEI, “Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions”, in MATHIAS REIMANN and REINHARD ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 441 a 475, *maxime* p. 469.

São diferentes as modalidades de “transplantes jurídicos” – os transplante judiciais, mais adaptados pela realidade factual a que se dirigem, e os transplantes legislativos, cuja adequada integração do argumento jurídico comparado interessa sempre considerar⁶⁰. Desta perspetiva, não são apenas as soluções jurídicas comparadas que são transplantadas – as próprias formulações argumentativas do diálogo jurídico, também comparado, viajam pelo Direito Comparado. O exemplo mais evidente foi dado por MACCORMICK, em especial, a partir da argumentação consequencial usada desde o caso *Marbury v Madison* da *US Supreme Court* transplantada até ao caso *Costa / ENEL* do Tribunal de Justiça da União Europeia⁶¹. O recurso a argumentos jurídicos de natureza consequencial, em especial, a propósito da invocação judicial de soluções normativas hierárquicas em diferentes espaços⁶². O mesmo MACCORMICK, no entanto, levou este exercício mais longe e identificou os principais argumentos jurídicos esgrimidos em sistemas jurídicos comparados – argumentos *linguísticos, sistémicos e teleológicos-valorativos* ou *consequenciais*⁶³.

A crescente atenção prestada ao papel desempenhado pelos estudos de Direito Comparado nos diferentes tipos de transplantes jurídicos revela uma argumentação jurídica que acontece, cada vez mais, à escala global. A argumentação jurídica sempre *aberta* linguisticamente ao ambiente, *irritada intersistematicamente*, mesmo que encerrada *normativamente*, segundo o contributo da teoria dos sistemas, mas *normativamente* sempre *relacionada*, nem que seja nos eventuais casos de falhanço catastrófico, com que se abriu este texto – por tudo isto, a argumentação jurídica é também sempre *comparada*.

Não são apenas as soluções jurídicas que viajam, legislativa ou judicialmente, mas são também os diferentes argumentos jurídicos que viajam nos diferentes espaços da comunicação jurídica. Este é um exercício, também com ambição de cientificidade, sempre mediado, metodologicamente, pelo Direito Comparado que permite a *tradução* entre sistemas jurídicos diferentes, concorrentes e muitas vezes com ambições autossuficientes, mas onde as soluções

⁶⁰ RICARDO SOUSA DA CUNHA, “O Argumento Jurídico Comparado para o Direito Plural”, *op. cit.*, página 1 e seguintes.

⁶¹ NEIL MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law – a theory of legal reasoning*, Oxford, OUP, 2010, pp. 109 e ss.

⁶² Sobre o desenvolvimento comparado em sistemas jurídicos comparados, como o de Timor-Leste, *vide* RICARDO SOUSA DA CUNHA, “A argumentação jurídico-constitucional comparada sobre a hierarquia normativa”, e-BLJ, ano 3 (2020), nº 4, pp. 178 a 200.

⁶³ NEIL MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law –*, *op. cit.*, pp. 124 e ss.

jurídicas são, tendencialmente, sempre comparáveis nas suas semelhanças e diferenças na função *intrasistemática* desempenhada. É cada vez mais evidente como na identificação de qualquer dos *tópicos* da argumentação jurídica global se impõe o diálogo argumentativo entre soluções jurídicas que viajam (transplantadas) – precisamente, através do Direito Comparado. A crescente relevância hermenêutica dos estudos de Direito Comparado⁶⁴ é, naturalmente, integrado com maior facilidade entre os mais evidentes *transplantes jurídicos*, como HÄBERLE referiu já à hermenêutica jurídico-constitucional⁶⁵.

Neste exercício, o recurso metodológico comparatístico ao *funcionalismo* permite, com maior facilidade, identificar os termos da argumentação jurídica global a partir da construção referida a propósito do argumento jurídico comparado pela identificação do terceiro comparado – a qualidade em comum entre soluções jurídicas comparáveis – o *tertium comparationis*. Naturalmente, a identificação da *função* desempenhada por qualquer solução jurídica numa determinada argumentação jurídica à escala global obriga a ponderar diferentes fatores, jurídico e meta-jurídicos, como ensina o *funcionalismo*, neste caso colocada, naturalmente, entre os diferentes sistemas jurídicos comparados – em especial nos sistemas jurídicos comparados romano-germânicos e *common law*. A principal virtude deste exercício é, ainda, a de permitir comparar soluções jurídicas diferentes em diferentes sistemas jurídicos comparados – desde que adequadamente construído o objeto da comparação a partir da função desempenhada em cada um dos sistemas jurídicos comparados por uma determinada solução jurídica.

O salto aqui proposto integra os argumentos jurídicos gerados a partir da utilização do método comparatístico nos diferentes espaços da argumentação jurídica contemporânea global. Como se viu, abundantes vezes, esta será mesmo uma argumentação jurídica transplantada, como uma breve indagação histórica permitirá constatar, em que não são apenas as soluções jurídicas que “*viajam*” mas também os argumentos jurídicos e até a própria

⁶⁴ Referida por ANTÓNIO CORTÊS, “Para uma Metodologia Jurídica Integral”..., *op. cit.*, pp. 39 e ss.

⁶⁵ PETER HÄBERLE, “Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – zugleich zur Rechtsvergleichung als ‘fünfter’ Auslegungsmethode, *Juristenzeitung (JZ)*, 1989, pp. 913 e ss. Num muito interessante exercício que realça a relevância jurídico comparada na hermenêutica constitucional vide SUZANA TAVARES DA SILVA, “O tetralema do Controlo Judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio – adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade, *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*, V. 88, 2, 2012, pp. 639 a 678.

argumentação jurídica – seja voluntária ou imposta, estrangeira ou mediada internacionalmente. O resultado, facilmente constatado, é como são cada vez mais familiares os debates jurídicos globais. A argumentação jurídica contemporânea à escala global implica, por isso, sempre uma dimensão relacional com a *diferença*, aliás, identitariamente constitutiva e argumentativamente reconstruída pela mediação da linguagem, especialmente, pelo aqui referido correto uso metodológico dos estudos de Direito Comparado.

7. Conclusão

A argumentação jurídica cada vez mais integrada à escala global é sempre um exercício de relação com a *diferença* – como a teoria dos sistemas ensina de relação entre diferentes em condições de *equivalência*. Neste exercício, decisivo é procurar garantir as condições metodológicas adequadas para este diálogo jurídico cosmopolita – que, necessariamente, passa pela integração do contributo metodológico dos estudos de Direito Comparado aqui referido.

São já tradicionais os propósitos prosseguidos pelos estudos de Direito Comparado na construção das condições adequadas para a realização e estudo das diferentes modalidades de “transplantes jurídicos” num contexto plural *intersistemático*. Este diálogo procura comparar *soluções jurídicas* para problemas comuns constatadas em sistemas jurídicos com ambição soberana mas é cada vez mais imposto também pela integração jurídica global promovida a partir da necessidade de dar cumprimento a soluções elas próprias comuns em diferentes fóruns do direito global. Estas soluções são, ainda assim, comparáveis a partir da identificação do *terceiro comparado* como a qualidade que têm em comuns estas soluções jurídicas – este é ainda o contributo do funcionalismo comparatístico para a reconstrução argumentativa do Direito Comparado, sem prejuízo para a necessidade de garantir o rigor da técnica comparatística.

Como se viu, tem sido afirmado e interessa continuar a explorar as virtudes da extensão deste exercício tradicional de Direito Comparado a novos espaços argumentativos de um diálogo jurídico em espaços cada vez mais abertos, plurais e multidirecionais. A integração dos estudos de Direito

Comparado entre o instrumentalário argumentativo jurídico tem sido mais facilmente construído em espaços onde são mais bem sucedidos os *transplantes jurídicos*, como se referiu já à hermenêutica jurídico-constitucional, mas facilmente se percebe como é, tem sido e se crê que será cada vez mais, referido aos diferentes espaços da argumentação jurídica, crescentemente, integrada à escala global, mesmo que muitas vezes multidirecional, razão pela qual a argumentação jurídica é sempre também *comparada*, o que implica o desenvolvimento do contributo metodológico dos estudos de Direito Comparado.

DAS ATAS DO PROCESSO INQUISITORIAL DE GIORDANO BRUNO: BREVES NOTAS HISTÓRICAS, BIOGRÁFICAS E FILOSÓFICAS

Ricardo de Macedo Menna Barreto¹
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.17>

*«Talvez vosso medo de me impor esta sentença seja maior do que
o meu de recebê-la».*

Giordano Bruno

I

A ousada declaração em epígrafe foi proferida pelo filósofo italiano Giordano Bruno aos Cardeais Gerais Inquisidores depois de ouvir a sua sentença, proferida em 8 de fevereiro de 1600. Denunciado ao Santo Ofício de Veneza em 1592, Bruno foi transferido e permaneceu preso cerca de oito anos nos cárceres da Inquisição em Roma até encontrar o seu terrível fim. Sentenciado a morte, Bruno foi atado nu a um poste e queimado vivo na madrugada de 17 de fevereiro de 1600 no *Campo dei Fiori*, enquanto os

¹ Professor Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho e Investigador Integrado do JusGOV.

livros de sua autoria foram queimados na escadaria da Praça de São Pedro, em Roma. O principal objetivo deste texto é selecionar elementos filosóficos das atas do processo inquisitorial de Bruno. Para tanto, partiremos de uma breve apresentação de aspetos biográficos e históricos, para, posteriormente, resgatarmos algumas concepções filosóficas de Bruno a partir de suas obras e das suas últimas declarações, registadas no processo inquisitorial.

II

De nome Filippo, Bruno nasceu em 1548 em *San Giovanni del Cesco*, próximo de Nola, reino de Nápoles. Por volta de 1562, frequentou, no *Studio Pubblico*, as preleções de Giovan Vincenzo Colle, o «Sarnese», e as preleções particulares de Teófilo da Vairano, professor que possivelmente influenciou Bruno a se aproximar da tradição platónica. Em 1565, ao ingressar no mosteiro dominicano *San Domenico Maggiore*, em Nápoles, Bruno adotou, como nome religioso, Giordano. No período que viveu neste mosteiro, o Nolano se debruçou sobre os escritos de Aristóteles, São Tomás de Aquino, Averróis, Marsílio Ficino e Ramon Llull. Também estudou a filosofia de Nicolau de Cusa, Copérnico, Platão e os filósofos neoplatónicos. Em 1572, com apenas 24 anos, Bruno defendeu a sua tese de doutoramento em teologia, cujos temas incidiam sobre a *Suma Teológica* de São Tomás de Aquino e as *Sentenças* de Pierre Lombard. Três anos depois, em 1575, doutor em teologia e padre, Bruno foi promovido a docente. Porém, a década passada no mosteiro em Nápoles foi marcada por fortes tensões devido a discussões teológicas e filosóficas, levando Bruno a sofrer dois processos disciplinares. Assim, em 1576, o filósofo nolano decidiu fugir do mosteiro em direção a Roma. De lá, Bruno empreendeu uma longa peregrinação pela Itália e por toda a Europa que durou cerca de quinze anos².

Longe da vida monástica, a partir de 1578 Bruno decidiu se reaproximar da filosofia platónica e neoplatónica, cuja influência pode ser percebida

² CANONE, Eugenio, «Giordano Bruno (1548-1600): das sombras das ideias ao universo infinito», In: BLUM, Paul Richard (Org.), *Filósofos da Renascença: uma introdução*, Tradução de Nélio Schneider, São Leopoldo, Editora Unisinos (Coleção História da Filosofia, 4), 2003, pp. 247-248.

em grande parte de seus escritos. Foi possivelmente nesse período que Bruno também se sentiu atraído pela magia, aprofundando os seus estudos sobre o tema a partir da obra do filósofo alemão Heinrich Cornelius Agripa von Nettesheim (1486-1535). Em 1579, Bruno se dirigiu à Genebra, porém, precisou sair de lá devido a fortes embates teológicos com os calvinistas. Posteriormente, em 1581, o Nolano se instalou em Toulouse, onde ensinou filosofia na universidade pública por dois anos. Entretanto, ante a ameaça de conflitos civis entre católicos e huguenotes, Bruno decidiu deixar Toulouse e partir para Paris, onde procurou se inserir nos círculos intelectuais locais ministrando um ciclo de trinta preleções sobre os atributos divinos segundo a *Suma Teológica* de Aquino³.

Em Paris, no ano de 1582, Bruno publicou as suas «quatro obras parisienses»: *Il Candelaio*, *De Umbris Idearum*, *Cantus Circaeus* e *De Architectura Lulliana*⁴. Destas obras, *De Umbris Idearum* é dedicada ao rei Henrique III de França. No ano seguinte, o rei dá a Bruno uma carta de recomendação ao embaixador francês em Londres, Michel de Castelnau⁵, pedindo para que hospede o filósofo em sua casa, dado o desfavorável clima político-religioso em Paris. Bruno, assim, permanece hospedado com Castelnau de meados de 1583 a 1585. Os anos 1584 e 1585 foram de grande atividade de escrita para Bruno, que publica, em língua italiana, as seguintes obras: *La cena de le ceneri*, *De la causa, principio et uno*, *De l'infinito, universo et mondi*, *Spaccio de la bestia trionfante*, *Cabala del cavallo pegaseo*, *Con l'aggiunta dell' Asino cillenico* e *De gl'heroici furori*. No outono de 1585 Bruno decidiu regressar a Paris, mas, devido a tumultos, partiu para a Alemanha em 1586, lecionando em Marburgo e, mais tarde, em Wittenberg, cidade que precisou abandonar em março de 1588, dada a grande hostilidade dos calvinistas. Neste mesmo ano Bruno viajou para Praga, retornando, em seguida, para a Alemanha, onde permaneceu um breve período em Tübingen e, em 1589, em Helmstedt, lá residindo até abril de 1590. Entre os anos 1590-1591, o filósofo nolano, ainda em Alemanha, passou por Frankfurt – onde publicou as obras latinas

³ *Idem*, pp. 249-251.

⁴ D'ANTONIO, Claudio, «Introduzione», In: BRUNO, Giordano, *De Umbris Idearum*, Le Ombre delle Idee, A cura di Claudio D'Antonio, Roma, Di Renzo Editore, 2012, p. 7.

⁵ Giordano Bruno dedica a Michel de Castelnau a sua obra *De L'infinito, universo e mondi* (1584).

De Monade, numero e figura e *De triplici minimo et mensura* e participou da *Frankfurter Buchmesse* (feira do livro de Frankfurt) – e também por Zurique⁶.

Bruno residia em Frankfurt quando recebeu o convite de um nobre veneziano, de nome Giovanni Mocenigo, para retornar à Veneza. Mocenigo alegava estar interessado em aprender a «arte da memória» (mnemônica)⁷, técnica de inspiração llulliana pela qual Bruno era reconhecido em diferentes países. Sobre isso, Michael White destaca que na «Primavera e no Verão de 1591 [Mocenigo], enviou a Bruno uma série de cartas nas quais expressava um vivo interesse pelo trabalho do filósofo e lhe pedia sincera e persuasivamente que viajasse até Veneza por forma a ensinar-lhe a filosofia que postulava»⁸. Mesmo ciente do risco que corria em Veneza, Bruno aceitou o convite do nobre italiano, possivelmente pelo contexto político-religioso que se cristalizava no ano de 1592: no dia 2 de fevereiro, Ippolito Aldobrandini tornou-se o papa Clemente VIII. Aldobrandini, enquanto cardeal, conquistou fama de compaixão e tolerância, facto que pode ter levado Bruno a crer que o papa o ajudaria a passar despercebido pelos olhos da Inquisição e a permanecer em Itália⁹.

Bruno, porém, estava enganado. E não somente em relação ao papa Clemente VIII, mas também em relação a Mocenigo, seu dissimulado anfitrião. O nobre veneziano passou a pressionar Bruno para que, ao invés da arte da memória, ensinasse-lhe as «artes mágicas». Ante a negativa de Bruno, Mocenigo o encarcerou em sua própria residência, denunciando-o à Inquisição veneziana. Bruno foi preso em 23 de maio de 1592¹⁰.

⁶ CANONE, Eugenio, «Giordano Bruno (1548-1600): das sombras das ideias ao universo infinito», *Op. cit.*, pp. 255-258.

⁷ As linhas fundamentais da arte da memória do filósofo nolano podem ser encontradas em BRUNO, Giordano, *De Umbris Idearum, Le Ombre delle Idee*, A cura di Claudio D'Antonio, Roma, Di Renzo Editore, 2012, pp. 63 e ss.

⁸ WHITE, Michael, *Giordano Bruno: o filósofo maldito*, Lisboa, Planeta Editora, 2007, p. 54.

⁹ *Idem*, pp. 55-56.

¹⁰ MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo, «Do Infinito, da Magia e da Inquisição: uma Observação Histórico-Jurídica do Processo de Giordano Bruno», *In: Justiça & História*, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, v. 9, pp. 15-44, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil, 2009.

III

Antes de abordarmos as atas do processo inquisitorial de Giordano Bruno, convém observar, de modo bastante geral e breve, algumas características da Inquisição, com ênfase no processo e nos procedimentos inquisitoriais. Conforme E. Rosemarie Horch¹¹, a Inquisição pode ser definida «como a instituição da Igreja Católica Apostólica Romana utilizada para procurar e castigar os heréticos. Inicialmente dirigida especificamente contra os cátaros e valdenses, foi ampliada para todas as heresias e suas formas». Trata-se do modo que a Igreja Católica encontrou de reafirmar o seu poder político-religioso durante um longo período histórico, por meio do argumento – um tanto capcioso, diga-se – de «salvar a alma do herege» e «devolvê-lo ao bom caminho», fosse pela abjuração, fosse pela fogueira. A Inquisição se estendeu do final do século XII até meados do século XIX¹², momento em que a sua atividade começou a declinar.

Por herege, segundo a definição de Luiz Nazário¹³, entendia-se «aquele que se desvia da fé católica, seja por um único artigo, e persevera no seu ‘erro’. Não cabe ao fiel nenhuma interpretação pessoal do sagrado, e se ele não aceita *in totum* a doutrina, torna-se suspeito de heresia». Não obstante, muitos séculos antes da Inquisição, ou seja, ainda no contexto da oficialização da religião cristã por Constantino em 312, já apareceram as primeiras leis contra os hereges. Naquele mesmo século, lembra Nazário, o imperador Teodósio já mandava castigar os hereges com a morte e o confisco de bens. Posteriormente, durante o período da Inquisição, a morte pelo fogo se mostraria como um meio efetivo para a purificação de um ambiente eivado pelo

¹¹ HORCH, Rosemarie Erika, «Motivos que levaram os livros luso-espanhóis a serem censurados no século XVI», *In*: NOVINSKI, Anita e CARNEIRO, Maria Luiza Tucci (Org.), *Inquisição: ensaios sobre mentalidade, heresias e arte*, Rio de Janeiro, Expressão e Cultura, São Paulo, EDUSP, 1992, p. 470.

¹² Não obstante, note-se que em França, segundo Robert Mandrou, «os derradeiros decênios do século XVI e os primeiros anos do XVII representam a última grande onda de caça às feitiçeiras, desigualmente repartida através do reino, mas florescente por toda a parte». Cfe. MANDROU, Robert, *Magistrados e Feitiçeiros na França do Século XVII: uma análise de psicologia histórica*, Tradução de Nicolau Sevckenko e J. Guinsburg, revisão de Plínio Martins Filho, São Paulo, Editora Perspectiva, 1979, p. 19.

¹³ NAZÁRIO, Luiz, «O Julgamento das Chamas: Autos-de-Fé como Espetáculos de Massa», *In*: NOVINSKI, Anita e CARNEIRO, Maria Luiza Tucci (Org.), *Inquisição: ensaios sobre mentalidade, heresias e arte*, Rio de Janeiro, Expressão e Cultura, São Paulo: EDUSP, 1992, p. 525.

miasma da heresia, para se consumirem os erros e também, segundo acreditavam alguns teólogos, para a privação da ressurreição¹⁴.

O ponto de partida do processo inquisitorial se dava em regra com uma denúncia, espontânea ou provocada pela chegada dos inquisidores em uma dada localidade, explica Frédéric Max. Conforme o autor, os inquisidores, ao chegarem, «proclamavam um édito de graça permitindo três dias à população, sob pena de excomunhão, para que as pessoas se auto-acusassem ou acusassem seus concidadãos»¹⁵. Este procedimento certamente gerava um sentimento psicologicamente devastador na população da localidade visitada pelos inquisidores, pois toda e qualquer pessoa poderia se tornar um potencial herege com a simples acusação de um vizinho ou de um conhecido, por exemplo. A partir daí, segundo Max, as denúncias eram examinadas por teólogos, que avaliavam o grau de heresia dos atos e/ou palavras submetidos à apreciação. Feito isso, emitia-se um relatório, a partir do qual o promotor fiscal ou procurador redigiria a sua «petição», qual seja, a ordem de prisão com sequestro. A partir desse momento, a pessoa presa literalmente «desaparecia» de seu meio de convívio. O processo, por sua vez, encontrava-se já comprometido antes mesmo de ser iniciado, pois dificilmente se impediria a sua marcha em direção a uma «condenação previamente decidida», geralmente operada em segredo, sendo este, aliás, um elemento-chave do funcionamento do Santo Ofício¹⁶.

Quanto aos locais das prisões, o Santo Ofício dispunha de diferentes tipos de cárcere: desde prisões consideradas «públicas» e «médiãs», explica Max, as quais eram utilizadas para os pequenos delinquentes, até as prisões «secretas», reservadas àqueles supostamente culpados de faltas quanto à fé. De um modo ou de outro, as prisões do Santo Ofício, em regra, eram espaços bastante opressores. Nelas o prisioneiro poderia ir do tédio à inação (pela privação da liberdade) e do isolamento completo ao amontoamento com outros prisioneiros – para além de sofrer torturas, prática bastante comum no período. Tratando-se de isolamento, diz Max, o detento ficava restrito a

¹⁴ NAZÁRIO, Luiz, «O Julgamento das Chamas: Autos-de-Fé como Espetáculos de Massa», *op. cit.*, pp. 525-527.

¹⁵ MAX, Frédéric, *Prisioneiros da Inquisição*, Trad. de Jusmar Gomes e Suzana Fercik Staudt, Porto Alegre, L&PM, 1991, p. 38.

¹⁶ *Idem*, pp. 38-39.

ver apenas o *alcaide* e os inquisidores por um período ilimitado, em regra sem conseguir satisfazê-los quando confrontado com perguntas, visto desconhecer o motivo da sua prisão por força do «segredo» que naturalmente a envolvia. Logo, por mais que buscasse revelar a verdade quando exortado pelos seus inquisidores, ante o facto de desconhecer os reais motivos de sua prisão, o prisioneiro precisaria «adivinhar» a natureza e a extensão de seu delito¹⁷.

Durante as audiências, o interrogatório do réu deveria de ser realizado – conforme sugere Nicolau Eymerico, Inquisidor Geral de Aragão, em seu «*Manual da Inquisição*»¹⁸ – com o pedido inicial, pelo inquisidor, de que o réu jurasse a Deus e perante uma cruz, dizendo somente a verdade sobre tudo o que lhe fosse perguntado. Feito isso, o réu era questionado acerca de aspetos biográficos diversos, como o seu nome, família, local de nascimento etc. Também cabia ao inquisidor questionar ao réu se conhecia a razão de sua prisão e se presumia quem o denunciou¹⁹. Porém, os inquisidores, enquanto procediam, deveriam olhar aos réus com desconfiança e «prudência», pois, alertava Eymerico, «os hereges são muito astutos em dissimular seus erros, fingir santidade e em verterem fingidas lágrimas para poderem abrandar os juízes mais rigorosos. Um inquisidor deve se armar contra estas manhas, supondo sempre que o querem enganar»²⁰. Estas sugestões do Inquisidor Geral de Aragão, como se vê, apenas dificultavam ainda mais a absolvição do réu.

No âmbito destes interrogatórios, tem-se a figura do «fiscal», pronunciando o seu requisitório. O fiscal irá apoiar a sua atuação na «apresentação de testemunhas», ou seja, «em suas próprias acusações, sem precisar o local e o dia onde o delito teria sido cometido, sem mencionar – sob alegação de protegê-las – seus nomes. Ao acusado é revelado apenas que uma testemunha ‘o ouviu dizer isso ou aquilo’. Esse segredo que envolvia as testemunhas é, de todos os mantidos pelo Santo Ofício, o mais pesado e o menos justificável», argumenta criticamente Max²¹. As audiências, portanto, envolviam em regra

¹⁷ MAX, Frédéric, *Prisioneiros da Inquisição*, *Op. cit.*, pp. 39-41.

¹⁸ Texto procedente do *Directorium Inquisitorium* (séc. XIV), livro largamente utilizado pelas Inquisições de Espanha e Portugal.

¹⁹ EYMERICO, Nicolau, *Manual da Inquisição*, Tradução de Affonso Celso de Godoy, 1ª ed. (2000), 8ª tiragem, Curitiba, Juruá, 2009, p. 30.

²⁰ *Idem*, p. 30.

²¹ MAX, Frédéric, *Prisioneiros da Inquisição*, *op. cit.*, p. 42.

o interrogatório inicial sugerido por Eymerico, contendo perguntas como a identidade, a genealogia e a chamada «pergunta ritual», segundo Max: «o réu sabe, ou presume, o que motivou a sua prisão?» A partir daí, poderia haver longos intervalos entre uma audiência e outra – como aconteceu com Bruno, cujo processo se arrastou por longos anos.

Quanto aos testemunhos, o réu poderia recusá-los, pois entre eles poderia eventualmente comparecer, por exemplo, um inimigo pessoal. Contudo, isso exigia que o réu «adivinhasse certo», correndo o risco de, recusando um certo testemunho, ter de se defender de faltas pelas quais não fora acusado. Por seu turno, o réu poderia indicar, em média, até seis testemunhas a seu favor, não podendo figurar no seu rol de testemunhas parentes e amigos, «pessoas infames», pessoas ligadas ao Santo Ofício e cristãos-novos²².

Durante o interrogatório, a tortura do réu era prática recorrente, sendo inclusive recomendada por Eymerico em seu *Manual*: «é dado tormento ao réu para apressar a confissão dos seus delitos», sugeria o Inquisidor Geral de Aragão²³. Considerada um dos meios eficazes para se comprovarem as suspeitas de heresia, as torturas não eram, porém, consideradas «meios infalíveis». Eymerico acreditava que algumas pessoas poderiam aguentar até os tormentos mais cruéis, resistindo com esforço, ou mesmo por meio de feitiços, podendo morrer sem nada confessar. O inquisidor espanhol acreditava que estes detentos utilizavam encantos e carregavam marcas em seus corpos, como círculos e letras raras, escondidas em algum lugar do corpo. Consequentemente, a recomendação era de que se desnudasse o réu, fosse homem ou mulher, para a partir daí começar a cruel aplicação do tormento²⁴. Em Espanha e Portugal, por exemplo, os modos de tortura utilizados se resumiam, basicamente, a três: «as cordas (*cordelas*) presas nos braços, nas pernas e nas coxas e apertadas no sistema de garrote com a ajuda de uma barra, sobre um cavalete (*potro* ou *burro*) em forma de biqueira cujo fundo era um bastão, sobre o qual era aplicada também a tortura da água (*toca*),

²² MAX, Frédéric, *Prisioneiros da Inquisição*, op. cit., p. 42.

²³ EYMERICO, Nicolau, *Manual da Inquisição*, op. cit., p. 46.

²⁴ *Idem*, pp. 47-48.

frequentemente combinada com as cordas; finalmente, a *garrucha* ou *polé*. O Santo Ofício romano ainda acrescentava o fogo»²⁵.

O fim do processo se dava com a proclamação da sentença, elaborada à vontade e aprovada, segundo Max, por uma comissão alcunhada «Consulta de fé». Para Max, dado o facto de nenhum tribunal gostar de se confessar falível, «a absolvição do réu era pura e simplesmente proibida nas jurisdições religiosas da Idade Média, princípio que foi mantido pelo Santo Ofício romano, onde foi necessário aguardar até o século 18 para que alguns acusados fossem absolvidos com a comprovação de fraude na acusação»²⁶.

Por fim, havia os autos-de-fé, verdadeiros «espetáculos de massa», como afirma Nazário. Segundo o autor, «o termo ‘auto-de-fé’ significa, literalmente, ‘ato de fé’, um ato pelo qual o culpado renuncia aos seus pecados e reafirma a verdade da doutrina»²⁷. Nesse caso, sublinhe-se, trata-se da reafirmação da doutrina católica pela morte do herege. A fogueira foi o mecanismo largamente utilizado pela Santa Igreja para realizar os seus autos-de-fé de maneira eficaz, impressionante e, em certo sentido, «espetacularmente», pois cada herege queimado – além de incutir o medo naqueles que presenciavam a cena –, gerava uma espécie de «histeria» generalizada²⁸. Considerados estes aspetos gerais acerca da Inquisição e de seus procedimentos, vejamos a seguir uma síntese do processo inquisitorial de Bruno.

IV

Como referimos anteriormente, após ser denunciado por Mocenigo, Bruno foi preso em 23 de maio de 1592 pela Inquisição veneziana. O processo de Bruno se arrastou por longos oito anos: da sua prisão, em 1592, até a execução da sentença em 1600.

Permitindo-nos uma síntese do processo inquisitorial, este consistiu, basicamente: de três denúncias de Mocenigo ao inquisidor de Veneza, em 23,

²⁵ MAX, Frédéric, *Prisioneiros da Inquisição*, *Op. cit.*, pp. 43-44.

²⁶ *Idem*, p. 45.

²⁷ NAZÁRIO, L., «O Julgamento das Chamas: Autos-de-Fé como Espetáculos de Massa», *Op. cit.*, p. 525.

²⁸ MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo, «Do Infinito, da Magia e da Inquisição: uma Observação Histórico-Jurídica do Processo de Giordano Bruno», *op. cit.*, p. 39.

25 e 29 de maio de 1592; dos interrogatórios do delator e das testemunhas, somadas a sete declarações de Bruno; de decretos das reuniões do Santo Ofício de Roma, que processou Bruno a partir de 1593; dos interrogatórios em Veneza de novos acusadores e testemunhas (1593); dos atos do processo repetitivo, em Veneza (1594); e de quinze interrogatórios realizados pelo Santo Ofício de Roma, de 1593 até a conclusão do processo²⁹. Convém igualmente sublinhar que entre 1595 e 1597 os livros de Bruno foram censurados. Em 1598 o julgamento de Bruno foi suspenso devido à ausência de Clemente VIII, sendo retomado no ano seguinte, altura em que o Cardeal Bellarmino submeteu oito proposições a Bruno para que ele abjurasse, por serem consideradas heréticas³⁰. A sentença condenatória, por fim, data de 1600. No contexto do processo inquisitorial, o 27 de fevereiro de 1593 é uma data particularmente relevante, pois é neste dia que, devido à grande pressão dos membros do tribunal central da Inquisição em Roma, Bruno foi transferido para a prisão romana do Santo Ofício. Somente em Roma, como referimos acima, Bruno foi submetido a um total de quinze interrogatórios, lá permanecendo até a sua execução, em fevereiro de 1600.

Delimitando a nossa abordagem das atas do processo inquisitorial, procuraremos analisar elementos dos interrogatórios constantes no sumário do processo, selecionando três das oito principais declarações de Bruno sobre a sua filosofia³¹. Tais declarações permitirão a realização de uma síntese de algumas ideias defendidas pelo Nolano também em suas obras, sendo elas, respetivamente: a doutrina do universo infinito e dos mundos inumeráveis, a conceção da alma e o movimento da Terra.

²⁹ NEVES, Marcos C. D. *Do Infinito, do Mínimo e da Inquisição em Giordano Bruno*. Ilhéus, BA: Editus, 2004, p. 57.

³⁰ BENAVENT, Julia, «Introducción», In: *Actas del Proceso de Giordano Bruno*, Introducción, traducción y notas de Julia Benavent, Valencia, Institució Alfons el Magnilnim, 2004, p. 19.

³¹ As oito principais declarações de Bruno foram muito bem reconstituídas e resumidas por NAMER, Emile, *Giordano Bruno ou o universo infinito como fundamento da filosofia moderna*, apresentação, escolha de textos e bibliografia por E. Namer, Lisboa, Editorial Estúdios Cor, 1973, pp. 37 e ss.

V

As ideias de Giordano Bruno sobre o universo infinito e os inumeráveis mundos estão contidas em sua obra «*De L'infinito, universo e mondi*»³², originalmente publicada em 1584. Nela, o filósofo nolano, um tanto audaciosamente para a época, defendia que o universo era infinito, alegando a existência de inumeráveis mundos como o nosso. Nesse sentido, afirmava que, para conter estes inumeráveis «indivíduos, que são estes grandes animais (um dos quais é esta terra, mãe generosa que nos deu à luz, nos alimenta e qualquer dia retomará) e, para os conter, é necessário um espaço infinito. É igualmente bom que existam, e bem podem existir, inumeráveis mundos semelhantes a este, da mesma maneira que este tem podido existir, pode existir e é bom que exista»³³. Para Frances Yates, Bruno se tornou célebre nas histórias do pensamento e da ciência não apenas por aceitar a teoria copernicana, mas pelo salto da imaginação com que concatena a ideia da infinitude do universo às teorias de Copérnico, povoando o seu universo infinito com inúmeros mundos que se movem no espaço infinito, o que faz o Nolano romper com o universo fechado ptolomaico, dando início às concepções modernas³⁴.

Conforme disposto nas atas do processo, Mocenigo, em sua primeira denúncia, afirma ter ouvido Bruno dizer, em sua casa, que há mundos infinitos e que Deus os faz continuamente infinitos. Na repetição do processo, o veneziano disse que Bruno defendia a eternidade do mundo, tendo-lhe afirmado, diversas vezes, que os mundos eram muitos, que todas as estrelas eram mundos – ideias que não caracterizavam alguma novidade, pois constavam, de facto, em todos os seus livros. Por seu turno, Frei Celestino Capuchinho, companheiro de cela de Bruno, também declara ao Santo Ofício ter escutado o filósofo dizer que existem mais mundos e que todas as estrelas também são mundos, reproduzindo, posteriormente, o que afirmara, na repetição do processo. Trazendo essas mesmas ideias, mas com sutis variações, encontramos

³² BRUNO, Giordano, *Acerca do Infinito, do Universo e dos Mundos*, Introdução de Victor Matos e Sá, tradução, notas e bibliografia de Aura Montenegro, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1968.

³³ *Idem*, pp. 35-36.

³⁴ YATES, Frances, *Giordano Bruno e a Tradição Hermética*, Tradução de Yolanda Steidel de Toledo, São Paulo, Cultrix, 1987, p. 272.

nas atas processuais as declarações de Frei Giulio, Francesco Vaia, Francesco Graziano e Matteo de Silvestris, todos companheiros de cela de Bruno³⁵.

Sobre os depoimentos, Bruno, em sua terceira declaração ao Santo Ofício, afirma: «Nos meus livros podeis ver, em pormenor, a minha intenção, que é, em suma, considerar o universo infinito, isto é, o efeito do poder divino e infinito, porque considero indigno do poder e da bondade divina que, podendo produzir, para além deste mundo, outro mundo e outros infinitos, produzissem um mundo finito. Assim, declarei que há infinitos mundos particulares semelhantes à terra, que considero, como Pitágoras, uma estrela semelhante à lua, aos planetas e a outras estrelas que são infinitas; e que todos estes corpos são mundos, sem número, que constituem então o universo infinito num espaço infinito, no qual os mundos são inumeráveis»³⁶. Interessante notar que, mesmo consciente do sério risco que corria ao reafirmar certas ideias suas contrárias aos dogmas católicos – nesse caso o geocentrismo, modelo cosmológico de base aristotélico-ptolomaica que orientava o pensamento da Igreja –, Bruno corajosamente as manteve diante do Santo Ofício. As concepções do filósofo nolano envolvem uma revisita à teoria heliocêntrica de Copérnico, mas com um toque bem pessoal, especialmente ao declarar ser infinita a massa do universo. Logo, para Bruno, se procuraria em vão o centro ou a circunferência do mundo universal, como se fosse um globo particular³⁷.

Uma tal abordagem, defende Emile Namer, exige que reconheçamos que, «a partir de Giordano Bruno, as palavras universo e mundo já não podem empregar-se indiferentemente. É necessário distingui-las. O universo é uno, sim, porque é infinito. Quanto aos mundos, esses, interiores a este universo físico, são inumeráveis. Nesta concepção, os centros são constituídos pelas estrelas – outros tantos sóis – em torno dos quais cumprem as suas revoluções outras terras, outros planetas. Cada mundo é composto por um destes sistemas solares»³⁸. Bruno então concluirá a sua terceira declaração: «Neste universo situo a providência universal, pela qual tudo vive, vegeta

³⁵ BENAVENT, Julia (org.), *Actas del Proceso de Giordano Bruno*, Introducción, traducción y notas de Julia Benavent, Valencia, Institució Alfons el Magnímic, 2004, pp. 53-54.

³⁶ *Idem*, p. 55. (Tradução livre)

³⁷ MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo, «Do Infinito, da Magia e da Inquisição: uma Observação Histórico-Jurídica do Processo de Giordano Bruno», *op. cit.*, p. 26.

³⁸ NAMER, Emile, *Giordano Bruno ou o universo infinito como fundamento da filosofia moderna*, *op. cit.*, pp. 58-59.

ou se move e está na sua perfeição, tal como a alma está presente no corpo, tudo em tudo e em todo o lado, e chamo a isto natureza, sombra e vestígios da divindade; e concebo-a também da maneira inefável pela qual Deus, por essência, presença e poder está em tudo e acima de tudo, não como parte, não como alma, mas de uma maneira inexplicável»³⁹. Esta argumentação de Bruno demonstra, como sublinha Luiz Carlos Bombassaro, a articulação da construção de sua cosmologia com argumentos ontológicos e metafísicos, especialmente quando o Nolano compreende o universo como «necessariamente uno, infinito, homogêneo e eterno, pois foi criado por um poder infinito, uma divindade permanente e efetivamente presente em todas as coisas. Desse modo, para Bruno, o universo infinito acaba por coincidir com a totalidade do Ser (o Todo-Uno)»⁴⁰.

VI

Por conseguinte, tem-se no âmbito das declarações de Bruno ao Santo Ofício as suas concepções a respeito da alma. No Decreto do Santo Ofício de Roma, datado de 24 de agosto de 1599, percebe-se o claro incómodo da Igreja, manifestado pelo Cardeal Bellarmino, com a ideia de Bruno de que «a alma está no corpo como um piloto no navio»⁴¹. Não obstante, como rememora Namer, anteriormente, no processo veneziano, os juízes já tinham censurado Bruno por esta ideia. Nesse sentido, uma oportuna pergunta da autora, para entendermos a razão da polémica sobre a alma em Bruno, é a seguinte: «Porque se censura quem fazia da alma, interior ao objecto, uma força eficaz e actuante?» Namer, pois, responde à questão: «Porque uma tal concepção se opunha à de Aristóteles e à da escolástica tomista»⁴². Ou seja, Bruno nadava, também neste aspeto, contra a forte corrente de concepções aristotélico-tomistas que sustentavam o pensamento da Igreja Católica na época.

³⁹ BENAVENT, Julia (org.), *Actas del Proceso de Giordano Bruno*, op. cit., p. 55. (Tradução livre)

⁴⁰ BOMBASSARO, Luiz Carlos, «Giordano Bruno, Universo Infinito e Finitude Humana», In: PINTO, F. Magalhães, BENEVUTO, Flávia, *Filosofia, Política e Cosmologia: ensaios sobre o Renascimento*, São Bernardo do Campo, SP, Editora UFABC, 2017, p. 265

⁴¹ BENAVENT, Julia (org.), *Actas del Proceso de Giordano Bruno*, op. cit., p. 99. (Tradução livre)

⁴² NAMER, Emile, *Giordano Bruno ou o universo infinito como fundamento da filosofia moderna*, op. cit., p. 69.

Esta ideia de Bruno aparece particularmente em sua obra *De la causa, principio et uno* (1584), quando no segundo diálogo, entre Dicson, Teófilo, Gervásio e Polimnio, Bruno afirmará, por meio de Teófilo, que a alma está no corpo como o piloto no barco, ao ponto que o piloto, ao se mover junto com o barco, é parte do barco, não obstante aquele que dirige e se move não possa ser considerado parte, mas sim uma causa eficiente distinta dele. Do mesmo modo, continuará Bruno, a alma do Universo, ao animar e informar tudo, passa a ser parte intrínseca e formal dele, ainda que enquanto o move e governa, não faz parte, não tem caráter de princípio, mas sim de causa⁴³.

Neste contexto, para melhor compreendermos a declaração do Nolano sobre sua concepção da alma ao Santo Ofício, convém notar que para o filósofo a alma do mundo é «a origem das formas e das almas individuais, a causa produtora dos compostos, o núcleo da organização das coisas. Apresenta-se íntegra em toda a parte: a mesma em todos os seres»⁴⁴. Com efeito, Bruno na referida obra afirma que a alma do mundo é o «princípio formal constitutivo do Universo» e do que nele está contido. Logo, se a vida está em todas as coisas, refere Bruno, a alma vem a ser a forma de todas as coisas, presidindo a matéria e dominando os compostos, efetuando a composição e a consistência das partes⁴⁵. Tratando-se, logo, de uma «força indivisível», una em todo e qualquer ponto do mundo, ela seria equivalente «a voz do orador para todos aqueles que a escutam, em toda a parte do universo e em todos os seres que nela estão contidos», refere Namer⁴⁶.

A questão colocada pela autora a partir daí é: «que relação existe entre a alma do mundo e as almas particulares? As dos homens, dos animais, de todos os seres»⁴⁷. Para Namer, a compreensão desta relação depende de um resgate das ideias de Plotino, para quem as almas particulares receberiam da alma do mundo o seu princípio vital, ainda que conservem a sua individualidade e constituam existências distintas e subsistentes. Ainda assim, argumenta a autora, as almas particulares dependem da alma universal e seriam

⁴³ BRUNO, Giordano, *De la Causa, Principio y Uno*, Traducción, prólogo y notas de Ángel Vassallo, Buenos Aires, Editorial Losada, 2010, p. 43 e ss.

⁴⁴ NAMER, Emile, *Giordano Bruno ou o universo infinito como fundamento da filosofia moderna*, op. cit., p. 67.

⁴⁵ BRUNO, Giordano, *De la Causa, Principio y Uno*, op. cit., p. 49.

⁴⁶ NAMER, Emile, *Giordano Bruno ou o universo infinito como fundamento da filosofia moderna*, op. cit., p. 68.

⁴⁷ *Idem*, p. 71.

inconcebíveis sem ela. Por tal razão, a alma individual é simultaneamente unidade e pluralidade, participa ao mesmo tempo da essência indivisível e da essência divisível. Contudo, adverte Namer, enquanto Plotino segue o modelo cosmológico de Aristóteles e de Ptolomeu, Bruno estrutura livremente o seu pensamento, em um universo sem contornos e sem hierarquia⁴⁸.

Em sua denúncia, Mocenigo argumenta que Bruno sustentava que as almas criadas pela natureza passavam de um animal para outro na morte do corpo, ou seja, passariam de um corpo a outro. Com efeito, as palavras do nobre veneziano refletem uma ideia típica da teoria da metempsicose, ou seja, a de que a alma humana poderia transmigrar para o corpo de animais. Os companheiros de cela de Bruno, sobretudo Francesco Graziano, relataram ouvir de Bruno ideias semelhantes àquelas expostas por Mocenigo. O Nolano, em sua quarta declaração, então irá dizer: «Eu acredito que as almas são imortais, e que são substâncias subsistentes, isto é, almas intelectivas. E, falando catolicamente, não passam de um corpo para outro, mas vão para o paraíso, o purgatório ou o inferno; porém, tendo raciocinado e seguindo razões filosóficas que, sendo a alma subsistente sem o corpo e ínsita no corpo, pode da mesma maneira que está em um corpo, estar em outro, e passar de um corpo para outro. O que, se não é verdade, parece pelo menos verosímil à opinião de Pitágoras»⁴⁹. Ora, se na primeira parte desta declaração de Bruno vemos um mero resgate de dogmas católicos (paraíso, purgatório, inferno), alguns dos quais Bruno há muito não compartilhava, na segunda parte de sua argumentação, ao contrário, percebemos como o Nolano resolve assumir corajosamente que reviu a sua postura.

Posteriormente, em sua décima primeira declaração ao Santo Ofício romano, Bruno vai contrariar as ideias aristotélicas ao dizer: «Creio, filosófica e naturalmente que a alma, assim como está num corpo e é subsistente fora desse corpo, pois tem uma subsistência distinta do corpo orgânico, contrariamente a Aristóteles e outros, que a consideram qualidade e forma do corpo inseparável dele, assim pode estar em outro e ter a sua forma, pois tem uma atitude passiva naquela que é de natureza imortal»⁵⁰. Note-se que

⁴⁸ NAMER, Emile, *Giordano Bruno ou o universo infinito como fundamento da filosofia moderna*, op. cit., p. 72.

⁴⁹ BENAVENT, Julia (org.), *Actas del Proceso de Giordano Bruno*, op. cit., p. 74 (tradução livre).

⁵⁰ *Idem*, p. 75.

nas atas os julgadores de Bruno afirmam que o filósofo persiste nesta sua posição sobre a alma, mesmo quando realizadas diversas objeções às suas ideias. Não obstante, segundo registo nas próprias atas, o filósofo nolano nega ter afirmado a possibilidade de transmigração das almas humanas para os corpos de animais, negando também ter dito que havia estado outras vezes (encarnado) neste mundo.

VII

Por fim, vejamos brevemente outro ponto das atas do processo inquisitorial de Bruno: suas ideias acerca do movimento da Terra. O essencial da concepção do Nolano sobre este tema pode ser encontrado em suas obras *La cena de le Ceneri*⁵¹ e *De la causa, principio et uno*⁵², ambas publicadas em 1584. O pensamento de Bruno nelas receciona, em boa medida, a teoria de Copérnico, a qual repercutirá de modo bastante significativo na estruturação da própria filosofia do Nolano. Segundo Luiz Bombassaro, como «único filósofo do século XVI a aderir formal e declaradamente à cosmologia copernicana, Giordano Bruno considera um equívoco a filosofia aristotélica e a teologia cristã que servem de fundamento e de justificação à concepção cosmológica geocêntrica»⁵³. Da teoria de Copérnico, lembra Namer, depreendia-se que a Terra era um astro, tal qual a Lua, Vênus ou Mercúrio. Tal concepção, porém, poderia levar a uma «promoção da Terra», considerada como um local de transformação, geração e corrupção, trazendo o risco de «degradação do céu», este considerado local da «imóvel e eterna perfeição». Logo, eram muitos os inconvenientes gerados pelas ideias copernicanas para escolásticos e teólogos que tomavam para si as bases do sistema aristotélico-ptolomaico⁵⁴.

A partir daí, diz Bombassaro, «o abandono do geocentrismo por parte de Bruno não tem a ver somente com a adoção e a reafirmação das teses

⁵¹ BRUNO, Giordano, *O Banquete de Quarta-Feira de Cinzas*, Tradução, introdução e notas por Sebastião José Roque, São Paulo, Ícone, 2009.

⁵² BRUNO, Giordano, *De la Causa, Principio y Uno*, *op. cit.*

⁵³ BOMBASSARO, Luiz Carlos, «Giordano Bruno, Universo Infinito e Finitude Humana», *op. cit.*, p. 259.

⁵⁴ NAMER, Emile, *Giordano Bruno ou o universo infinito...*, *op. cit.*, p. 49.

copernicanas; está vinculado também ao desenvolvimento de suas próprias ideias sobre a infinitude»⁵⁵. Encontraremos, pois, na abertura do quinto diálogo da obra *De la causa, principio et uno* Bruno afirmando que o universo é infinito, ilimitado, indivisível e imóvel, não podendo, logo, mover-se de seu lugar, pois não há nada fora dele, ou seja, algum sítio para o qual possa se mover⁵⁶. Já em *La cena de le Ceneri* Bruno argumenta que com a terra se movem todas as coisas nela contidas, ao ponto de se em um local exterior à terra alguém lançar qualquer objeto para a terra, este não cairá em linha reta, devido ao movimento terrestre⁵⁷.

Nas atas do processo inquisitorial, Bruno então retoma certos pontos contidos em suas obras, notadamente ao afirmar: «primeiro quero dizer em geral que o modo e a causa do movimento da terra e da imobilidade do firmamento e do céu têm sido explicados por mim com as suas razões e as suas autoridades, as quais são certas e não prejudgam a autoridade da divina Escritura, ao ponto de que aquele que tenha um bom conhecimento de uma e de outra se verá forçado, ao final, a admitir e a conceder»⁵⁸. Nesse sentido, vemos nas atas que Bruno não se intimida quando confrontado com a «autoridade da divina Escritura», em especial com dois trechos selecionados de Eclesiastes: «*Terra autem stat in aeternum*» e «*Sol oritur et occidit*». Para o Nolano, estas passagens deveriam de ser interpretadas de um outro modo. Diz Bruno: «a terra sempre está, não se renova e nem envelhece. Quanto ao sol, digo nada menos que nasce e se põe, porém, não o vemos nascer e nem se pôr, porque a terra gira desde o seu próprio centro, entendendo-se que nasce e se põe para que o sol faça a viagem imaginária com o movimento e companhia de todas as estrelas»⁵⁹. Ao afirmarem que a sua posição era inconciliável com a autoridade dos Santos Padres, Bruno acidamente responde: «que isso aconteça não porque sejam santos, bons e exemplares, mas porque são menos do que os filósofos práticos e menos atentos às coisas da

⁵⁵ BOMBASSARO, Luiz Carlos, «Giordano Bruno, Universo Infinito e Finitude Humana», *op. cit.*, p. 261.

⁵⁶ BRUNO, Giordano, *De la Causa, Principio y Uno*, *Op. cit.*, quinto diálogo. A infinitude do universo também foi objeto de reflexão do Nolano em *Acerca do Infinito, do Universo e dos Mundos*, *Op. cit.*, ver especialmente pp. 27 e ss.

⁵⁷ BRUNO, Giordano, *O Banquete de Quarta-Feira de Cinzas*, *op. cit.*, segundo diálogo.

⁵⁸ BENAVENT, Julia (org.), *Actas del Proceso de Giordano Bruno*, *op. cit.*, p. 93.

⁵⁹ *Idem*, p. 93.

natureza»⁶⁰. Como se percebe, aqui mais uma vez o Nolano corajosamente afronta a autoridade da Igreja Católica, mantendo-se sempre coerente em relação às ideias que animam o seu pensamento e se encontram cristalizadas em suas principais obras.

VIII

Este breve e despretensioso texto buscou apresentar alguns aspetos selecionados da filosofia de Giordano Bruno a partir das suas declarações contidas nas atas do processo inquisitorial, bebendo igualmente em algumas de suas obras e em pesquisas de estudiosos sobre a Inquisição e a filosofia do Nolano. Nesse sentido, nossa escolha, sem pretensão de aprofundar a discussão, recaiu sobre três pontos dispersos ao longo da obra bruniana: a doutrina do universo infinito e dos mundos inumeráveis, a concepção da alma e o movimento da Terra. Não obstante as atas do processo inquisitorial conterem fortes acusações de caráter teológico – como as supostas afirmações de Bruno apresentadas por Mocenigo em suas denúncias: a de ser uma «blasfêmia católica» a transubstanciação do pão em carne, de Jesus Cristo fazer apenas «milagres aparentes», de Jesus ser um mago etc. – procuramos, nesse momento, repousar a nossa reflexão especialmente sobre a dimensão filosófica da obra de Bruno.

O grande interesse acadêmico pela dimensão cosmológica da filosofia do Nolano talvez se justifique pelo facto, destacado por Namer, que «nem para Bruno nem para os juízes contaram na hora decisiva da abjuração, os trabalhos de mnemotecnica, de arte combinatória de inspiração lluliana, de magia ou de hermetismo e tantos outros temas que estavam em moda»⁶¹. As palavras da autora, porém, parecem desprezar as reflexões de Bruno sobre tais temas por serem, supostamente, «temas da moda» à época. Não obstante, Namer parece ignorar que os ditos «traços herméticos» podem ser encontrados em diferentes obras filosóficas de Bruno, o que demonstra que o interesse do

⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 93.

⁶¹ NAMER, Emile, *Giordano Bruno ou o universo infinito como fundamento da filosofia moderna*, op. cit., p. 39.

Nolano por estes temas transcendia modismos, encontrando-se mesmo no coração de sua filosofia.

O leitor mais atento, portanto, não precisa buscar livros como *De Magia*⁶² para identificar os traços herméticos no pensamento de Bruno, pois estes estão habilmente dispersos em sua vasta obra. Ainda assim, como afirmamos em outra oportunidade, «o imaginário comum vincula o Nolano mais à defesa do sistema heliocêntrico de Copérnico e suas ideias próprias acerca da existência de outros infinitos mundos do que à magia propriamente dita»⁶³. Academicamente é natural que assim seja. Não apenas os religiosos, mas boa parcela dos acadêmicos ainda vê estes temas – tão caros a Bruno e a tantos outros importantes filósofos, como Pico Della Mirandola – com certa desconfiança e desprezo. De todo modo, a filosofia de Bruno, independentemente de interpretações e restrições acadêmicas, representa um importante e corajoso passo dado na história do pensamento humano. Passo que nem a prisão, a tortura e a morte conseguiram impedir.

Referências

- BENAVENT, Julia (org.), *Actas del Proceso de Giordano Bruno*, Introducción, traducción y notas de Julia Benavent, Valencia, Institució Alfons el Magnilnim, 2004.
- BOMBASSARO, Luiz Carlos, «Giordano Bruno, Universo Infinito e Finitude Humana», In: PINTO, F. Magalhães, BENEVUTO, Flávia, *Filosofia, Política e Cosmologia: ensaios sobre o Renascimento*, São Bernardo do Campo, SP, Editora UFABC, 2017.
- BRUNO, Giordano, *Acerca do Infinito, do Universo e dos Mundos*, Introdução de Victor Matos e Sá, tradução, notas e bibliografia de Aura Montenegro, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1968.
- BRUNO, Giordano, *De la Causa, Principio y Uno*, Traducción, prólogo y notas de Ángel Vassallo, Buenos Aires, Editorial Losada, 2010.
- BRUNO, Giordano, *De Umbris Idearum*, Le Ombre delle Idee, A cura di Claudio D'Antonio, Roma, Di Renzo Editore, 2012.
- BRUNO, Giordano, *O Banquete de Quarta-Feira de Cinzas*, Tradução, introdução e notas por Sebastião José Roque, São Paulo, Ícone, 2009.
- BRUNO, Giordano, *Tratado da Magia*, Tradução, introdução e notas de Rui Tavares, São Paulo, Martins Fontes, 2008.

⁶² BRUNO, Giordano, *Tratado da Magia*, Tradução, introdução e notas de Rui Tavares, São Paulo, Martins Fontes, 2008.

⁶³ MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo, «Do Infinito, da Magia e da Inquisição: uma Observação Histórico-Jurídica do Processo de Giordano Bruno», *op. cit.*, p. 29.

- CANONE, Eugenio, «Giordano Bruno (1548-1600): das sombras das ideias ao universo infinito», *In: BLUM, Paul Richard (Org.), Filósofos da Renascença: uma introdução*, Tradução de Nélcio Schneider, São Leopoldo, Editora Unisinos (Coleção História da Filosofia, 4), 2003.
- D'ANTONIO, Claudio, «Introduzione», *In: BRUNO, Giordano, De Umbris Idearum, Le Ombre delle Idee*, A cura di Claudio D'Antonio, Roma, Di Renzo Editore, 2012.
- EYMERICO, Nicolau, *Manual da Inquisição*, Tradução de Affonso Celso de Godoy, 1ª ed. (2000), 8ª tiragem, Curitiba, Juruá, 2009.
- HORCH, Rosemarie Erika, «Motivos que levaram os livros luso-espanhóis a serem censurados no século XVI», *In: NOVINSKI, Anita e CARNEIRO, Maria Luiza Tucci (Org.), Inquisição: ensaios sobre mentalidade, heresias e arte*, Rio de Janeiro, Expressão e Cultura, São Paulo, EDUSP, 1992.
- MANDROU, Robert, *Magistrados e Feiticeiros na França do Século XVII: uma análise de psicologia histórica*, Tradução de Nicolau Sevcenko e J. Guinsburg, revisão de Plínio Martins Filho, São Paulo, Editora Perspectiva, 1979.
- MAX, Frédéric, *Prisioneiros da Inquisição*, Trad. de Jusmar Gomes e Suzana Fercik Staudt, Porto Alegre, L&PM, 1991.
- MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo, «Do Infinito, da Magia e da Inquisição: uma Observação Histórico-Jurídica do Processo de Giordano Bruno», *In: Justiça & História*, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, v. 9, pp.15-44, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil, 2009.
- NAMER, Emile, *Giordano Bruno ou o universo infinito como fundamento da filosofia moderna*, apresentação, escolha de textos e bibliografia por E. Namer, Lisboa, Editorial Estúdios Cor, 1973.
- NAZÁRIO, Luiz, «O Julgamento das Chamas: Autos-de-Fé como Espetáculos de Massa», *In: NOVINSKI, Anita e CARNEIRO, Maria Luiza Tucci (Org.), Inquisição: ensaios sobre mentalidade, heresias e arte*, Rio de Janeiro, Expressão e Cultura, São Paulo: EDUSP, 1992.
- NEVES, Marcos C. D. *Do Infinito, do Mínimo e da Inquisição em Giordano Bruno*. Ilhéus, BA: Editus, 2004.
- WHITE, Michael, *Giordano Bruno: o filósofo maldito*, Lisboa, Planeta Editora, 2007.
- YATES, Frances, *Giordano Bruno e a Tradição Hermética*, Tradução de Yolanda Steidel de Toledo, São Paulo, Cultrix, 1987.

DA (IR)RELEVÂNCIA DO VALOR DE MERCADO À NATUREZA QUASE ALIMENTAR: ANÁLISE DO REGIME PORTUGUÊS NA ATRIBUIÇÃO DA CASA DE MORADA DE FAMÍLIA PÓS-DIVÓRCIO OU SEPARAÇÃO¹

Rossana Martingo Cruz

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.18>

Sumário: 1. Nota inicial; 2. A casa de morada de família no ordenamento jurídico português; 2.1. Proteção da casa de morada de família no casamento e na união de facto; 2.2. Proteção da casa de morada de família após o divórcio e dissolução por rutura da união de facto; 3. A natureza quase alimentar e a problemática da desconsideração do valor de mercado; 4. Nota final.

¹ O presente texto serviu de base para a apresentação de uma comunicação, com o mesmo título, na *12th Annual Conference of the Spanish Association of Law and Economics*, em 23 de junho de 2022, na Universidade de Oviedo (Espanha).

1. Nota inicial

Uma vivência em comum – através do casamento ou da união de facto – implicará, em regra, a partilha de um espaço comum onde se desenvolva a vida familiar. Nos termos do disposto no artigo 65º da Constituição da República Portuguesa, a residência é um elemento fundamental na vida de uma pessoa. Por isso, quando uma pessoa decide partilhar a sua vida com outrem, numa convivência íntima e familiar, não poderá o Direito ignorar a proteção desse lugar.

A casa de morada de família será, além da mera residência ou domicílio, o espaço onde a vida familiar se desenvolve numa premissa de privacidade, segurança e bem-estar dos membros da família. Aliás, é amiudadamente consignado que a casa de morada de família será a sede da família.

Atendendo à importância que este espaço ocupa no seio familiar, existe uma proteção da casa da morada de família quer no âmbito do casamento, quer no âmbito da união de facto.

Durante décadas, o conceito de casa de morada de família era associado apenas ao casamento, atendendo ao dever conjugal de coabitação. Nos termos do disposto no nº 1 do art. 1673º do Código Civil português, a casa de morada de família deve ser escolhida por ambos os cônjuges de comum acordo. Atentemos agora na casa de morada de família na órbita da união de facto. O legislador optou por denominar a residência comum dos membros da união de facto como casa de morada de família (arts. 3º, 4º e 5º da Lei nº 7/2001, de 11 de maio). Uma vez que, na união de facto, não existe um dever de coabitação expresso poderia estar na origem da não proteção da casa de morada de família durante a convivência. Embora não exista um dever legalmente declarado, não quer dizer que não haja uma presunção de coabitação das partes, pois a vivência em condições análogas às dos cônjuges subentende uma comunhão de leito, mesa e habitação. Ademais, é partindo da comunhão de habitação que a lei protege a casa de morada de família pós-dissolução (pressupondo que, durante a convivência, as partes coabitaram e que se afigura necessário proteger esse espaço).

O destino da casa de morada de família é uma questão fundamental no âmbito do divórcio e da rutura da união de facto. Sendo a sede da vida familiar, a casa de morada de família tem uma dignidade própria e uma

proteção jurídica consentâneas com a sua importância. Importa, antes de mais, saber se a casa pertence a só um dos cônjuges/unidos de facto; a ambos (como bem comum ou em compropriedade); ou se a casa é arrendada.

No caso em que a casa de morada de família pertence a um dos cônjuges, ou a ambos, o direito de habitar na casa de morada de família pode ser concedido a qualquer um deles após o divórcio, nos termos do disposto no art. 1793º. Assim, pode ficar a casa de morada de família para o cônjuge único proprietário, para o cônjuge não proprietário, ou para o cônjuge que é somente um dos proprietários. Caso os cônjuges não alcancem um acordo quanto ao destino da casa de morada de família, o tribunal pode atribuir o direito à casa de morada de família a qualquer um deles, seja a casa comum ou até própria do outro cônjuge. Neste caso, surgirá uma relação de arrendamento entre os outrora cônjuges. Esta relação pode ser constituída por acordo ou por sentença. Quando não haja acordo entre os cônjuges, o tribunal decidirá as questões atinentes à casa de morada de família, nos termos do disposto no art. 1793º. Para tanto, terá em conta as necessidades dos cônjuges e os interesses dos filhos, caso estes existam (nº 1 do art. 1793º). Este arrendamento entre cônjuges fica sujeito às regras do arrendamento para a habitação, mas pode o tribunal definir as condições do contrato (nº 2 do mesmo art. 1793º).

Por remissão do art. 4º da Lei nº 7/2001, de 11 de maio, este regime aplicar-se-á, *mutatis mutandis*, à união de facto.

Também aqui caberá ao tribunal aferir qual dos membros daquela união terá mais necessidade em permanecer na casa de morada de família. Considerando-se que este será o unido de facto não proprietário ou que não é o único proprietário, iniciar-se-á uma relação de arrendamento entre os unidos de facto, nos termos daquele art. 1793º do Código Civil (*ex vi* art. 4º da Lei nº 7/2001, de 11 de maio, como supra referenciado). As condições deste arrendamento serão determinadas pelo tribunal, nos termos do nº 2 do art. 1793º, tendo em consideração as circunstâncias concretas dos unidos de facto e tendo em atenção os interesses dos filhos destes, caso existam.

Como veremos, o valor a pagar pela renda ao ex-cônjuge ou ao ex-unido de facto pode não coincidir com o valor de mercado da casa (ou da parte que lhe corresponde, no caso de bem comum ou em compropriedade). Esta possível desarmonia face aos valores de mercado funda-se na necessidade do ex-cônjuge, ou ex-unido de facto, que fica a residir na casa e nas possibilidades

daquele que deixa de lá viver. Ou seja, indiretamente, existe uma espécie de prestação alimentícia a favor do ex-cônjuge / ex-unido de facto arrendatário. A diferença entre o valor locatício de mercado daquela casa e o valor real pago pelo arrendatário tem os contornos de uma pensão de alimentos suportada pelo ex-cônjuge ou ex-unido de facto, que é tornado senhorio. Existe, assim, um resquício de direito a alimentos no âmbito da união de facto.

Essa possível desconsideração – face ao valor locatício de mercado daquela casa - deve-se ao arrendamento ‘especial’ que ocorre nestas circunstâncias e que caracteriza a natureza *quase-alimentar* desta proteção. Será que tal impacta, de alguma forma direta ou indireta, no mercado imobiliário e/ou de arrendamento português? As regras e os valores de mercado são desatendidos face ao binómio necessidade / possibilidade. Poderá a proteção familiar relegar o direito à propriedade privada para um patamar secundário? Podem existir consequências económicas numa escala mais significativa do que da esfera do ex-consorte que se torna, muitas vezes, um senhorio forçado? É esta a reflexão que nos propomos fazer.

2. A casa de morada de família no ordenamento jurídico português²

Uma vez que não existe uma definição legal de casa de morada de família, a doutrina³ e a jurisprudência têm preenchido o conceito. A casa de morada de família será, além da mera residência ou domicílio, o espaço onde a vida familiar se desenvolve numa premissa de privacidade, segurança e bem-estar dos membros da família. É na residência de família que assenta o núcleo aglutinador da mesma. Aliás, é sobejamente referido que a casa de

² Algumas das considerações vertidas serão reincidências (adaptadas e abreviadas) do publicado em *União de facto versus casamento: questões pessoais e patrimoniais*, Coimbra, Gestlegal, 2019, pp. 646 e ss.

³ Por exemplo, para CAPELO DE SOUSA será a «(...) *residência habitual principal do agregado familiar, ou seja, aquela residência, determinável caso por caso, que pela sua estabilidade e solidez seja a sede do centro principal da maioria dos interesses, das tradições e das aspirações familiares em apreço.*» SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. II, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 246.

morada de família é a sede da família⁴. Ora, sede será o local onde alguém se fixa, o local onde uma instituição tem a sua direção⁵.

Uma vivência em comum (seja no casamento, seja numa união de facto) implica, em princípio, a partilha de um espaço comum onde se desenvolva a vida familiar, sendo a mesma protegida nos termos e limites da sua importância.

2.1. Proteção da casa de morada de família no casamento e na união de facto

Por muito tempo, o conceito de casa de morada de família foi apenas atribuído ao casamento, atendendo ao dever conjugal de coabitação. Nos termos do disposto no nº 1 do art. 1673º do Código Civil, a casa de morada de família deve ser escolhida por ambos os cônjuges de comum acordo. Uma vez fixada a casa de morada de família, os cônjuges devem aí habitar, a não ser que existam motivos ponderosos para que não partilhem a mesma casa — nº 2 do art. 1673º Existindo justificação válida para que os cônjuges não habitem na mesma casa, não existirá separação de facto (desde que haja o propósito, da parte de ambos, de restabelecer a comunhão de vida assim que seja possível). De acordo com o disposto no nº 3 do art. 1673º, a fixação e alteração da casa de morada de família exige acordo de ambos os cônjuges, podendo recorrer ao tribunal em caso de diferendo. Esta questão só se coloca depois da Constituição de 1976 e da Reforma de 77 do Código Civil, uma vez que se passou a consagrar o princípio da igualdade dos cônjuges (nº 4 do art. 36º e nº 1 do art. 1671º, respetivamente)⁶. Não havendo uma posição prevalente

⁴ «A casa de morada de família consubstancia a sede da vida familiar em condições de habitabilidade e de continuidade, o centro da organização doméstica e social da comunidade familiar. Implica que ela constitua ou tenha constituído a residência principal do agregado familiar e que um dos cônjuges seja o titular do direito que lhe confira o direito à utilização dela.» Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28 de junho de 2016, Proc. nº 677/13.7TBACB. C1, disponível em www.dgsi.pt

⁵ Definição de «sede» in *Dicionário da Língua Portuguesa*, Porto, Porto Editora, 2003-2016, disponível em www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa-ao/sede

⁶ Relembremos duas disposições da versão originária do Código Civil português. O art. 1674º consagrava o poder marital («O marido é o chefe da família, competindo-lhe nessa qualidade representá-la e decidir em todos os actos da vida conjugal comum, sem prejuízo do disposto nos artigos subsequentes.») e o art. 1672º dispunha que a mulher devia adotar a residência do marido («A mulher deve adoptar a residência do marido, excepto: a) Se tiver justificada repugnância pela vida em comum, por virtude de maus tratos infligidos por ele ou do comportamento indigno ou imoral que ele tenha; b) Se tiver de adoptar residência própria, em consequência do exercício de funções públicas ou de outras razões

(uma vez que a opinião de um vale tanto como a opinião do outro), em caso de desacordo inultrapassável, prevê a lei que se recorra aos tribunais⁷ para desbloquear o impasse⁸.

O nº 2 do art. 1682º-A e o art. 1682º-B consagram uma proteção especial da casa de morada de família durante o casamento. Nessa medida, e porque se pretende proteger a família e o palco onde a vida familiar se desenrola, estas normas aplicam-se a qualquer regime de bens e não só aos regimes de comunhão. Por conseguinte, independentemente do regime de bens que vigore no casamento, a alienação, oneração, arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre a casa de morada de família exigirá sempre o consentimento de ambos os cônjuges (nº 2 do art. 1682º-A).

Se os cônjuges vivem em casa arrendada existe, igualmente, uma proteção legal daquela casa de morada de família. Como tal, a disposição da posição jurídica de arrendatário obriga sempre ao consentimento de ambos os cônjuges (art. 1682º-B).

Caso os cônjuges não respeitem o disposto nos preceitos citados supra — isto é, disposição sem o consentimento do outro cônjuge⁹ — os atos praticados serão inválidos, nos termos do art. 1687º¹⁰.

Mas não é só durante o casamento que o legislador protege a casa de morada de família. Como veremos, a preocupação manter-se-á mesmo depois da dissolução do mesmo.

ponderosas; c) Se estiver pendente ação de declaração de nulidade ou anulação do casamento, de separação judicial de pessoas e bens ou de divórcio; 2. É lícito à mulher exigir judicialmente que o marido a receba na sua residência, salvo nos casos previstos na alínea c) do n.º 1.»

⁷ Cfr. art. 991º do Código de Processo Civil.

⁸ Sem prejuízo, naturalmente, dos meios de resolução alternativa de litígios serem muito úteis nesta sede, em particular a mediação familiar.

⁹ O consentimento conjugal é um requisito ou condição de eficácia para determinados atos. O disposto no nº 1 do art. 1684º consagra que quando o consentimento conjugal é legalmente exigido, este deve ser especial para cada ato. É necessária uma ponderação individual quanto à oportunidade de determinado ato. A forma exigida para o consentimento conjugal é a da procuração (nº 2 do art. 1684º e nº 2 do art. 262º). Caso o cônjuge, cujo consentimento é exigido, se recuse a prestá-lo (de forma injusta, sem motivos atendíveis) ou não o possa prestar, pode o tribunal suprir judicialmente esse consentimento (nº 3 do art. 1684º). Este suprimento segue a forma de processo especial, previsto nos arts. 1000º e seguintes do CPC.

¹⁰ Sendo desrespeitadas as normas supra referidas, e não havendo suprimento judicial do consentimento conjugal exigido, a lei consagra as sanções previstas no art. 1687º. O legislador consagrou o vício da anulabilidade para os atos praticados contra o disposto nos arts. 1682º-A e 1682º-B (e outros; porém, são estes os preceitos que nos interessam no contexto da casa de morada de família). A anulabilidade pode ser requerida pelo cônjuge que não deu o consentimento ou pelos seus herdeiros (nº 1 do art. 1687º). Este direito de anulação deve ser exercido nos seis meses após o conhecimento do ato, mas nunca depois de terem decorrido três anos após a sua celebração (nº 2 do art. 1687º).

Atentemos agora na casa de morada de família na órbita da união de facto (Lei nº 7/2001, de 11 de maio). O legislador optou por denominar a residência comum dos membros da união de facto como casa de morada de família¹¹. Logo aqui demonstrou preferir apontar a natureza familiar da união de facto.

Durante a união de facto não existe propriamente um regime legal de proteção da casa de morada de família. A alínea *a*) do art. 3º da Lei nº 7/2001, de 11 de maio, dispõe que as pessoas que vivem em união de facto nas condições previstas na lei têm direito a beneficiar da proteção da casa de morada de família, nos termos da Lei nº 7/2001, de 11 de maio. Contudo, esta lei só prevê dois artigos sobre a proteção da casa de morada de família (arts. 4º e 5º) e ambos se reportam a situações pós dissolução (o art. 4º refere-se à proteção em caso de rutura da união e o art. 5º respeita à proteção em caso de morte)¹².

O facto de não existir um dever de coabitação expresso poderia estar na origem da não proteção da casa de morada de família durante a convivência. Embora não exista um dever legalmente declarado, não quer dizer que não haja uma presunção de coabitação das partes, pois a vivência em condições análogas às dos cônjuges subentende uma comunhão de leito, mesa e habitação. Ademais, é partindo da comunhão de habitação que a lei protege a casa de morada de família pós-dissolução (pressupondo que, durante a convivência, as partes coabitaram e que se afigura necessário proteger esse espaço). Não prevê a lei qualquer forma de reação face à não coabitação ou ao desacordo na fixação ou alteração da casa de morada de família (como sucede no casamento), a não ser a rutura pela parte insatisfeita ou a desconsideração jurídica da união por esta não cumprir os requisitos jurídicos da sua existência (onde se inclui, regra geral, a comunhão de habitação). É certo que não se pode reconduzir a união de facto apenas à coabitação (pois aquela

¹¹ Posição que o legislador tomou logo no primeiro diploma que regulou a união de facto — Lei nº 135/99, de 28 de agosto (arts. 3º, 4º e 5º). No entanto, apesar de na epígrafe do art. 4º se referir a casa de morada de família, no texto legal optou pela formulação «*casa de morada do casal*». Também na versão inicial da Lei nº 7/2001, de 11 de maio, no art. 4º, embora a epígrafe, igualmente, se referisse a casa de morada de família, no texto legal constava «*casa de morada comum*».

¹² Note-se que esta proteção em nada contende com a titularidade do bem que seguirá as regras gerais do Direito (uma vez que na união de facto não existe um regime patrimonial comum).

vai muito para além desta), no entanto, a partilha de um espaço comum será inerente à convivência «more uxorio»¹³.

Importa ponderar a necessidade de uma proteção similar àquela prevista nos arts. 1682º-A e 1682º-B. Isto é, se devia existir algum mecanismo de segurança que impeça o unido de facto, proprietário da casa de morada de família, de, por exemplo, a alienar durante a união de facto sem que o outro tenha conhecimento e consinta no negócio. Ou, no caso do art. 1682º-B, se pode um dos unidos de facto dispor do direito de arrendamento sobre a casa de morada de família sem necessitar do consentimento do outro membro daquela união. É uma questão de extrema importância, na medida em que estará em causa a possibilidade de um dos membros da união de facto, sozinho, colocar em causa a casa de morada de família, onerando-a, alienando-a ou dispondo do direito de arrendamento da mesma, sem que a outra parte seja chamada a conhecer ou consentir e nem possa reagir juridicamente¹⁴.

Para que possamos aplicar, analogicamente, os arts. 1682º-A e 1682º-B seria necessário estarmos perante uma verdadeira lacuna de previsão legal. Uma situação que o legislador deveria ter previsto e não contemplou. Ora, não parece ser esse o caso. Afigura-se uma opção legislativa, justificada pela natureza da união de facto e pela inexistência expressa do dever de coabitação^{15,16}. Poder-se-á pensar que, num modelo fáctico como o nosso, seria possivelmente excessivo fazer depender estes atos de consentimento. E que, por hipótese, o único proprietário da casa e, em virtude de viver

¹³ Sem prejuízo de exceções, unicamente admissíveis quando existe «*animus convivendi*» e que, por motivos alheios à vontade das partes, não podem partilhar o mesmo espaço.

¹⁴ Não esqueçamos que, no âmbito do casamento, o desrespeito dos arts. 1682º-A e 1682º-B terá como consequência a anulabilidade do negócio, nos termos do art. 1687º

¹⁵ JORGE DUARTE PINHEIRO analisa esta problemática e conclui que: «*O carácter informal da constituição da união de facto não é suficiente para desencadear as consequências de um casamento. (...) Os membros da união de facto vivem em comunhão de habitação, mas não eram nem são obrigados a coabitar. Na união de facto, a coabitação é, quando muito, um dever moral e ético. Atendendo a isto, resta concluir que o arrendatário pode dispor validamente do direito de arrendamento respeitante a residência comum do casal, sem o consentimento do companheiro.*» PINHEIRO, JORGE DUARTE, «O arrendamento urbano e a união de facto», in *Separata de Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António Sousa Franco*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006, p. 450.

¹⁶ Igualmente a propósito do «*uso de la vivienda común*» e o seu destino após a rutura, MERCEDES MURILLO Muñoz afirma que «Si matrimonio y pareja de hecho no son situaciones equivalentes, no cabrá aplicar las normas previstas en el Código Civil para el matrimonio en la misma situación.» MURILLO MUÑOZ, MERCEDES, *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea: Hacia un nuevo modelo de matrimonio*, Colección Concienia y Derecho, Madrid, Dyckinson, 2006, p. 456.

intimamente com outrem, estaria impedido de tomar opções livres sobre o seu património. Compreendemos que esta ótica poderá valer para algumas uniões mais inorgânicas que se formaram sem grande visão de vínculo familiar e que foram continuando no tempo; mas já não para as uniões de facto cujo comprometimento não se coaduna com decisões unilaterais sobre a casa de morada de família. Por isso mesmo é que entendemos que um sistema aparentemente dual, como o nosso, não é o mais indicado, uma vez que coloca debaixo do guarda-chuva «união de facto» uma miríade de situações que não são comparáveis. Num modelo formal, sujeito a registo, como defendemos numa perspectiva de «*iure condendo*»¹⁷, já seria de contemplar uma norma que dispusesse um mecanismo de proteção como o previsto nos arts. 1682º-A, nº 2 e 1682º-B¹⁸.

2.2. Proteção da casa de morada de família após o divórcio e dissolução por rutura da união de facto

Existe proteção da casa de morada de família quer após o divórcio, quer após a dissolução da união de facto. No caso desta última, prevê a Lei nº 7/2001, de 11 de maio, um regime para a proteção da casa de morada de família em caso de rutura (art. 4º) e outro para a proteção da casa de morada de família em caso de morte (art. 5º¹⁹).

O legislador, embora nada preveja a propósito da proteção da casa de morada de família durante a união de facto, não descurou a sua salvaguarda após a rutura da mesma. A preservação do espaço onde se desenvolveu a vida familiar não foi desatendida, sendo a premência desta proteção ainda

¹⁷ Sobre a nossa proposta tripartida (baseada no sistema francês), contemplando – além do casamento – uma união civil registada e uma união livre, cfr. *União de facto versus casamento: questões pessoais e patrimoniais*, Coimbra, Gestlegal, 2019, *passim*.

¹⁸ «Regardless of whether a partner has the capacity of owner, tenant, or lessee, he or she may not simply deal with the property as he or she pleases. Rather, it must be ensured that this property cannot be disposed of in the partnership without the consent of the other partner. In other words, the owner may neither sell, lease nor otherwise encumber the property in question; the tenant or lessee may not terminate the tenancy or lease; and neither party may do any legal act that might endanger the existing property interests, without the consent of the other partner.» SCHWENZER, INGEBORG H., *Model family code – from a global perspective*, Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 38.

¹⁹ Que aqui não iremos analisar.

mais evidente quando existem filhos comuns²⁰. De todo o modo, a nossa lei não faz qualquer distinção sobre a atendibilidade da proteção caso existam, ou não, filhos daquela união. A índole da casa de morada de família e a sua importância no nosso regime legal tornaram-na merecedora de proteção mesmo quando a união termina por vontade de um, ou de ambos, os membros.

O art. 4º da referida lei prevê que o disposto nos arts. 1105º e 1793º do Código Civil será aplicável, com as necessárias adaptações, em caso de rutura da união de facto²¹. O legislador remete para o regime da proteção da casa de morada de família após o divórcio, traçando aqui um paralelo com o mesmo (sem prejuízo das necessárias adaptações). Ou seja, quer em caso de divórcio, quer em caso de rutura da união de facto, a proteção da casa de morada de família seguirá, *mutatis mutandis*, os mesmos termos. Vejamos o destino da casa de morada de família no âmbito do divórcio para que possamos comparar com a proteção pós-ruptura da união de facto²².

O destino da casa de morada de família é uma questão fundamental no âmbito do divórcio. Sendo a sede da vida familiar, a casa de morada de família tem uma dignidade própria e uma proteção jurídica consentânea com a sua importância. «*Parece importante que a casa de morada de família seja entendida e juridicamente tutelada como 'unidade teleológica', que compreende*

²⁰ O destino da casa onde a vida familiar foi partilhada será, naturalmente, uma questão delicada aquando a rutura da união. «*The family home, whether rented or purchased, is often both the couple's most valuable asset and the place where one or both of them wish to continue to live.*» BARLOW, ANNE, «Regulation of Cohabitation, Changing Family Policies and Social Attitudes: a discussion of Britain Within Europe» in *Marriage and Cohabitation*, [s/l], Ashgate, 2008, p. 265.

²¹ Ou seja, existirá proteção da casa de morada de família após a rutura da união de facto, independentemente de quem é o proprietário da casa ou o arrendatário da mesma. Protege-se uma reminiscência que deriva da comunhão de habitação. Em sentido similar, «*Pour la communauté d'habitation, peu importe qui a signé le contrat de bail ou qui est propriétaire de l'appartement ou de la maison habitée en commun.*» MARTY-SCHMID, HELEN, *La situation patrimoniale des concubins à la fin de l'union libre – étude des droits suisse, français et allemand*, Genève, Librairie Droz, 1986, p. 12.

²² Não esqueçamos o nº 2 do art. 8º da Lei nº 7/2001, de 11 de maio, que determina que a dissolução por vontade de um dos membros, isto é, por rutura, apenas terá de ser judicialmente declarada quando se pretendam fazer valer direitos que dependam dela — o que será aqui o caso. «*A dissolução da união de facto, nomeadamente por vontade de um dos seus membros, terá de ser judicialmente declarada, quando se pretendam fazer valer direitos da mesma dependentes, a proferir na acção onde os direitos reclamados são exercidos, ou em acção que siga o regime processual das acções de estado. Assim, pretendendo a autora que lhe seja atribuído o direito à utilização da casa de morada de família, a declaração da dissolução da união de facto é um pressuposto do reconhecimento desse direito, uma vez que se trata de fazer valer os direitos que a lei confere à autora, enquanto ex — companheira de uma união de facto já dissolvida (artigo 3.º, alínea a), nada impedindo que o tribunal declare tal dissolução.*» Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20 de maio de 2010, Proc. nº 336/09.5TVLSB.L1-8, disponível em www.dgsi.pt

não só o espaço em si mesmo, mas também os móveis e utensílios domésticos que constituem o seu recheio e estão afectos à vida familiar»²³.

Importa, antes de mais, saber se a casa pertence a só um dos cônjuges; a ambos (como bem comum, nos regimes de comunhão, ou em propriedade); ou se a casa é arrendada²⁴.

Se a casa de morada de família for arrendada devem os cônjuges, em caso de divórcio, decidir o seu destino por acordo, podendo optar pela transmissão ou concentração do arrendamento a favor de um deles (nº 1 do art. 1105º). Caso os cônjuges não consigam chegar a um acordo, caberá ao tribunal decidir, tendo em conta as necessidades dos cônjuges, os interesses dos filhos e outros fatores relevantes (nº 2 do art. 1105º). Não iremos aprofundar mais a questão da casa arrendada a um terceiro, uma vez que para a reflexão que aqui nos propomos fazer relevará atentar nas situações em que a casa é de ambos ou de um deles.

No caso em que a casa de morada de família pertence a um dos cônjuges, ou a ambos, o direito de habitar na casa de morada de família pode ser concedido a qualquer um deles após o divórcio, nos termos do disposto no art. 1793º²⁵. Assim, pode ficar a casa de morada de família para o cônjuge único proprietário, para o cônjuge não proprietário, ou para o cônjuge que é somente um dos proprietários. Caso os cônjuges não alcancem um acordo quanto ao destino da casa de morada de família, o tribunal pode atribuir o direito à casa de morada de família a qualquer um deles, seja a casa comum ou até própria do outro cônjuge. Neste caso, surgirá uma relação de arrendamento entre os outrora cônjuges. Esta relação pode ser constituída por acordo ou por sentença. Quando não haja acordo entre os cônjuges, o tribunal decidirá as questões atinentes à casa de morada de família, nos termos do disposto no art. 1793º. Para tanto, terá em conta as necessidades dos cônjuges²⁶ e os

²³ CID, NUNO SALTER, *A protecção da casa de morada da família no direito português*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 402.

²⁴ Em termos processuais, teremos de concatenar o art. 5º do Decreto-Lei nº 272/2001, de 13 de outubro, com o art. 990º do Código de Processo Civil.

²⁵ Esta disposição é uma novidade da Reforma de 77 (bem como os arts. 2103º-A a 2103º que foram aditados pela mão do deste Decreto-Lei nº 496/77, de 25 de novembro). É, igualmente, com este Decreto-Lei que o cônjuge passa a ser considerado herdeiro legal (cfr. arts. 2133º e 2157º).

²⁶ «Compete ao cônjuge que pretende que lhe seja atribuída a casa de morada de família alegar e provar que necessita mais que o outro da referida casa, sendo que a necessidade da habitação é uma necessidade actual e concreta (e não

interesses dos filhos²⁷, caso estes existam (n.º 1 do art. 1793º). Este arrendamento fica sujeito às regras do arrendamento para a habitação, mas pode o tribunal definir as condições do contrato (n.º 2 do mesmo art. 1793º)²⁸. Até 2008 discutia-se se o acordo sobre a casa de morada de família podia ser modificado, a pedido dos cônjuges, depois do divórcio. A Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, veio dirimir esta questão ao dispor, no n.º 3 do art. 1793º que o regime fixado a este propósito pode ser alterado posteriormente, caso circunstâncias supervenientes o justifiquem, segundo as regras da jurisdição voluntária^{29,30}.

Por remissão do art. 4º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, este regime aplicar-se-á à união de facto. A união de facto pode dissolver-se por morte ou por rutura. A dissolução por rutura será judicialmente declarada quando se pretendam fazer valer direitos que dependam daquela (n.ºs 2 e 3 do art. 8º

eventual ou futura), a apurar segundo a apreciação global das circunstâncias particulares de cada caso.» Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28 de junho de 2016, Proc. n.º 677/13.7TBACB.C1, disponível em www.dgsi.pt

²⁷ No Direito francês há uma solução similar cuja «ratio» é, justamente, a proteção dos filhos. *Vide* art. 285º-1 do Código Civil francês: «*Si le local servant de logement à la famille appartient en propre ou personnellement à l'un des époux, le juge peut le concéder à bail au conjoint qui exerce seul ou en commun l'autorité parentale sur un ou plusieurs de leurs enfants lorsque ceux-ci résident habituellement dans ce logement et que leur intérêt le commande. Le juge fixe la durée du bail et peut le renouveler jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants. Le juge peut résilier le bail si des circonstances nouvelles le justifient.*»

²⁸ Refere o artigo que pode também o tribunal fazer caducar o arrendamento, a requerimento do senhorio, quando circunstâncias supervenientes o justifiquem. Como bem alertam Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, o tribunal pode resolver o arrendamento, não fazer caducar. «*A lei diz que o tribunal, a requerimento do senhorio, fará caducar o arrendamento, mas o termo não é usado com propriedade. Diz-se que um contrato caduca quando se extingue ope legis, sem necessidade de qualquer manifestação de vontade tendente a esse resultado, em consequência de certo evento a que a lei atribui o efeito extintivo (cfr., p. ex., os arts. 1051.º e 2317.º).*» COELHO, FRANCISCO PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de Direito da Família*, volume I, 5ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 755.

²⁹ «*Como circunstâncias supervenientes capazes de determinarem a caducidade judicial do contrato podem referir-se, a mero título de exemplo a aquisição de um outro prédio pelo cônjuge arrendatário, em condições de satisfazer através dele a sua necessidade de habitação própria; a celebração de novo casamento pelo cônjuge arrendatária; a instalação na casa arrendada de pessoa com quem o arrendatário passou a viver maritalmente; o desaparecimento do interesse dos filhos casal, que pesou decisivamente na celebração do arrendamento, etc.*» LIMA, FERNANDO ANDRADE PIRES DE e VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Código Civil Anotado*, vol. IV, *ob. cit.*, p. 571.

³⁰ Nos termos do disposto no n.º 2 do art. 986º do CPC, nos processos de jurisdição voluntária, o tribunal pode investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes. Ao mesmo tempo não está sujeito a critérios de legalidade estrita, podendo adotar a solução que julgue mais conveniente ao caso (art. 987º). Nestes processos, as resoluções podem ser alteradas, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, com fundamento em circunstâncias supervenientes que justifiquem a alteração (n.º 1 do art. 988º daquele CPC). Os processos de jurisdição voluntária regem-se por determinados princípios, tais como: o princípio do inquisitório (em que o juiz pode investigar livremente os factos, ao contrário do princípio do dispositivo em que tem de cingir-se aos factos alegados pelas partes); os princípios de conveniência e oportunidade, princípio da equidade (sobre a legalidade estrita); etc. Ademais, as decisões tomadas nestes processos não assumem, pela sua própria natureza, força de caso julgado, podendo ser alteradas se circunstâncias supervenientes assim o ditarem. Cfr. VARELA, ANTUNES, BEZERRA, J. MIGUEL, NORA, SAMPAIO e, *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1985, pp. 67-68.

da Lei nº 7/2001, de 11 de maio). Esta lei prevê como efeito principal da dissolução por rutura, o destino da casa de morada de família. Nesta situação, aplica-se o mesmo regime do divórcio, com as necessárias adaptações, sendo necessário aferir se a casa de morada de família pertencia a um dos membros, ou a ambos, da situação em que a casa é arrendada (arts. 1793º e 1105º do Código Civil, *ex vi* art. 4º da Lei nº 7/2001, de 11 de maio).

Se os unidos de facto vivem numa casa arrendada, após a rutura da união devem acordar no destino da casa de morada de família. Caso os dois tenham outorgado o contrato de arrendamento haverá lugar a uma concentração da posição contratual a favor de um deles. Se só um deles é o arrendatário e não é esse a quedar-se na casa, existirá uma transmissão³¹ da posição contratual³². Na falta de acordo, caberá ao tribunal decidir (nos termos do nº 2 do art. 1105º). Quer a transmissão, quer a concentração não necessitam de consentimento do senhorio, o qual é somente notificado oficiosamente, nos termos do nº 3 do art. 1105º

Caso os unidos de facto vivam numa casa própria, de um deles, ou detida em compropriedade por ambos, por força da remissão do art. 4º da Lei nº 7/2001, de 11 de maio, também se aplicará, em caso de rutura, o art. 1793º, com as necessárias adaptações. Em relação ao descrito supra, a propósito do art. 1793º no âmbito do divórcio, praticamente tudo se mantém. É evidente que a casa de morada de família não poderá ser um bem comum, uma vez que não existe comunhão conjugal na união de facto, mas podem os unidos de facto ser comproprietários da casa.

³¹ «Havendo transmissão, em vida ou por morte, da posição do arrendatário a favor do outro membro da união de facto, o direito é, em princípio, adquirido pelo transmitente tal como se encontrava na esfera jurídica do primitivo arrendatário: p.e, o regime de renda e de duração do contrato será o mesmo.» PINHEIRO, JORGE DUARTE, «O arrendamento urbano e a união de facto», *ob. cit.*, p. 453.

³² Há, por isso, uma derrogação face ao art. 424º da cessão contratual que implica o consentimento do outro contraente numa transmissão contratual. Note-se que o legislador privilegiou o bem-estar da família face ao interesse do senhorio, cuja vontade é desconsiderada nesta matéria.

3. A natureza quase alimentar e a problemática da desconsideração do valor de mercado

Vejamus que – na aplicabilidade do art. 1793º do Código Civil, e não havendo acordo entre as partes –, caberá ao tribunal aferir qual dos ex-cônjuges ou ex-companheiros terá mais necessidade em permanecer na casa de morada de família³³. Considerando-se que será o ex-cônjuge ou ex-unido de facto não proprietário (ou que não é o único proprietário), iniciar-se-á uma relação de arrendamento entre as partes, nos termos daquele art. 1793º³⁴. As condições deste arrendamento serão determinadas pelo tribunal, nos termos do nº 2 do art. 1793º, tendo em consideração as circunstâncias concretas das partes e tendo em atenção os interesses dos filhos destes, caso existam. Veja-se, então, que o valor a pagar pela renda ao ex-cônjuge /ex-unido de facto pode não coincidir com o valor de mercado da casa³⁵ (ou da parte que lhe corresponde, no caso da comunhão ou compropriedade)^{36,37}. Essa eventual discrepância face a valores de mercado funda-se na necessidade daquele que

³³ Similar regime contém o art. 234-8 do Livro Segundo do Código Civil da Catalunha, relativo à pessoa e à família. Para uma análise deste regime cfr. BLANDINO GARRIDO, MARÍA AMALIA, «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de la unión de hecho» in *Autonomía e heteronomía no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 660 e ss.

³⁴ Embora a lei só se refira ao arrendamento da casa de morada de família, refere Nuno Salter Cid que «*Nada parece impedir que o acordo em causa seja o da constituição, a favor do cônjuge que fica na casa (com ou sem os filhos) de um comodato (de todos ou parte dos móveis e da casa); de um arrendamento (da casa, com ou sem todos ou parte dos móveis), ou mesmo de um direito de uso (de todos ou parte dos móveis) e habitação (da casa).*» CID, Nuno Salter, *A protecção da casa de morada da família no direito português*, ob. cit., p. 305.

³⁵ «*Quanto à fixação do montante da renda prevalece claramente o entendimento de que o valor de mercado apenas deve ser considerado limite máximo, devendo o montante fixado ser compatível com a situação patrimonial do arrendatário; caso contrário comprometer-se-ia, na prática, a salvaguarda das necessidades e dos interesses que justificam a constituição do arrendamento.* » CID, Nuno Salter, «*Anotação ao artigo 1793.º*», in *Código Civil Anotado*, Livro IV (Coord. Clara Sottomayor), Coimbra, Almedina, 2020, p. 579.

³⁶ «*Não haverá então um contrato de arrendamento, mas uma criação forçada, por sentença, de uma relação de arrendamento para a habitação. O conteúdo da relação de arrendamento entre os ex-cônjuges, por exemplo, o montante da renda e a responsabilidade pelos encargos de condomínio, será definido por sentença, com fundamento em critérios de equidade similares aos que levaram à constituição do arrendamento. Isto significa que voltarão a ser cruciais os aspectos da situação patrimonial dos cônjuges e dos interesses dos filhos. Por conseguinte, será frequente que o valor da renda que venha a ser fixado fique aquém ou muito aquém do valor de mercado.*» PINHEIRO, JORGE DUARTE, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5.ª edição, Lisboa, AAFDL, 534-535.

³⁷ Mais tarde, e no caso de a casa ser compropriedade dos unidos de facto, havendo divisão de coisa comum, o arrendamento manter-se-á ou extinguir-se-á consoante qual dos unidos de facto ficar com a casa (se for aquele que ficou a viver na casa, o arrendamento termina pois que passou a ser o único proprietário do bem; se for o membro que já não vivia na casa, manter-se-á o arrendamento, porém o valor da renda referir-se-á, agora, à totalidade do imóvel de que é agora único proprietário).

fica a residir na casa (arrendatário) e nas possibilidades do outro que deixa de lá viver (senhorio)³⁸.

Logo aqui se compreende que, ainda que indiretamente, existe uma espécie de prestação alimentícia a favor do ex-cônjuge /ex-unido de facto arrendatário³⁹. A diferença entre o valor locativo de mercado daquela casa e o valor real pago pelo arrendatário tem os contornos de uma pensão de alimentos suportada pelo ex-consorte senhorio. Existe, assim, um resqúcio de direito a alimentos no âmbito da união de facto⁴⁰.

Nesses termos, para a determinação do montante da renda por parte do tribunal, será uma análise similar àquela que é feita aquando um pedido de alimentos no que tange aos rendimentos de cada um, as despesas a que está adstrito (nomeadamente, pensões de alimentos ao ex-cônjuge ou aos filhos), etc.. Todavia, existindo filhos em comum, será de extrema importância saber qual das partes ficará a residir com estes para se aferir a necessidade que essa parte possa ter em permanecer na casa de morada de família (onde os filhos já viviam e já tinham uma rotina instalada face às suas deslocações habituais, como escola, atividades de tempos livres, etc). No entanto, tal não significa que a casa será atribuída, por defeito, ao progenitor residente. Este

³⁸ Assim entendeu o Tribunal da Relação de Guimarães: «Para fixação da renda, o tribunal não tem que ficar condicionado pelos valores de mercado, desconsiderando a situação patrimonial dos cônjuges, o que poderia inviabilizar na prática os objectivos da lei, antes terá que tomar em consideração as circunstâncias do caso e, em particular, a situação patrimonial do cônjuge arrendatário», Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 17 de maio de 2011, Proc. nº 33/08.9tmbg-G1, disponível em www.dgsi.pt

³⁹ No entanto, como no âmbito dos alimentos entre cônjuges em que se privilegia o princípio da autossuficiência (nº 1 do art. 2016º do Código Civil), tal será também tido em conta na atribuição da casa de morada de família ao unido de facto e às suas possibilidades de prover ao seu sustento. Assim entendeu o Tribunal da Relação de Lisboa: «I) Se durante a vivência em comum dos unidos de facto, ambos e seus dois filhos de menor idade habitaram, durante quatro anos, numa casa que pode ser considerada de luxo, propriedade do pai das crianças, a protecção da família ou o interesse das crianças não exigem a disponibilização dessa casa para habitação da mãe e dos filhos. II) Cessada a união de facto, cada um dos membros deve ajustar o seu modo de vida à sua situação económica, cabendo à Ré diligenciar pela obtenção de casa compatível com os seus rendimentos. III) Os filhos têm de viver de acordo com as possibilidades dos seus progenitores, não cabendo ao progenitor de maior recursos facultar ao outro, com os filhos residente, nível de vida idêntico ao seu. IV) Tendo sido concedido o arrendamento da casa de morada de família, o que não foi impugnado, é ajustado fixar o prazo desse arrendamento em um ano, sendo descabido o pedido da sua manutenção até à maioria dos filhos ou de redução «substancial» da renda. V) Montante igual ao da renda fixada é devido pela utilização da casa desde a propositura da acção, a título de contrapartida pecuniária.» Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de novembro de 2013, Proc. nº 1828/11.1TVLSB-6, disponível em www.dgsi.pt

⁴⁰ Sobre esta natureza «quase-alimentar» deste arrendamento, cfr. PINHEIRO, JORGE DUARTE, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5.ª edição, *ob. cit.*, pp. 537 e ss.

será só mais um elemento a ter em conta pelo tribunal na avaliação que fizer a este respeito⁴¹.

Ao mesmo tempo, importa considerar que o ex-cônjuge / ex-unido de facto que ficará privado da casa de morada de família (aquele que é tornado ‘senhorio’) terá de prover a uma nova habitação, sendo as possibilidades deste também tidas em consideração (integrando o binómio ‘necessidades/possibilidades’ atendível no âmbito da prestação de alimentos⁴²). Em todo o caso, se o que será, essencialmente, tido em conta pelo tribunal – nestes casos em que não há acordo das partes – estará no âmbito da esfera das necessidades / possibilidades das partes, estaremos a desconsiderar, ainda que em parte, o valor de mercado daquela habitação. Ou seja, o valor locatício daquele imóvel, caso fosse sujeito às regras gerais de mercado, não é o fator determinante para a fixação das condições do contrato de arrendamento. Assim, ainda que indiretamente, poderemos estar a impactar o mercado imobiliário em termos económicos, quer ao estabelecer um contrato de arrendamento ‘forçado’, com uma renda que não corresponde aos valores de mercado, quer limitando a capacidade aquisitiva e/ou locatícia do ex-cônjuge ou ex-unido de facto que ficará privado do uso da habitação e, ao mesmo tempo, não receberá a contrapartida económica (renda) correspondente ao real valor da mesma.

Note-se ainda que esta solução do art. 1793º do Código Civil não tem sido isento de críticas. Por exemplo, segundo Antunes Varela e Pires de Lima este artigo prevê uma verdadeira expropriação prévia, na medida em que, na falta de acordo, é o juiz que decide quem fica com o direito a habitar na casa (que pode não ser o proprietário dela) e definindo as condições do contrato⁴³.

⁴¹ «Haverá que considerar ainda outros fatores relevantes, como a idade e o estado de saúde dos cônjuges ou ex-cônjuges, a localização da casa relativamente ao local de trabalho de um e outro, o facto de algum deles dispor eventualmente de outra casa em que possa estabelecer a sua residência, etc. De escasso interesse, porém, será a circunstância de um dos cônjuges ou ex-cônjuges poder ser ou ter sido acolhido por familiares que não sejam obrigados a recebê-lo, só o fazendo por mera tolerância.» COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de Direito da Família*, volume I, 5.ª edição, *ob. cit.*, pág. 757. Ainda, «[...]Pode recorrer-se a outros critérios, em caso de dúvida ou de situação de igualdade entre ambos os cônjuges com o recurso àqueles, podendo alinhar-se entre estes critérios suplementares o da localização da casa relativamente ao local de trabalho de um e outro (em conjugação com o facto de algum deles dispor eventualmente de outra casa em que possa estabelecer residência), e bem assim o da maior ligação de cada um dos ex-cônjuges em relação à casa em disputa.» Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, em 9 de janeiro de 2018, Proc. nº 238/13.0TMCBR-B.C1

⁴² Art. 2004º do Código Civil.

⁴³ LIMA, FERNANDO ANDRADE PIRES DE e VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, pág. 570. «Permitindo ao tribunal ‘expropriar’ sem indemnização o uso da casa ao cônjuge a quem é imposto o arrendamento, o art. 1793.º/1 poderia julgar-se ferido de inconstitucionalidade; mas a lei

4. Nota final

A problemática da proteção da casa de morada de família, após o divórcio ou separação na união de facto, tem sido objeto de reflexão por parte da doutrina e da jurisprudência portuguesas. Principalmente, nos casos em que a casa é propriedade de um, ou de ambos, e é destinada àquele que não é o proprietário (ou o único proprietário), levantando-se até questões constitucionais. Todavia, pese embora seja suscetível de por em causa o princípio da propriedade privada, previsto no art. 62º da Constituição da República Portuguesa, parece ser suplantado pela proteção da família (e daquela que foi a sua ‘sede’) prevista no art. 67º do mesmo diploma.

Ainda que a discussão não seja nova, importará atentar nos casos em que a atribuição da casa e determinação das regras do contrato, pelo tribunal, seja feita em desconsideração pelo valor de mercado, privilegiando as condições das partes (necessidades/possibilidades). Não existem estudos quanto ao eventual impacto económico que tal atuação poderá, eventualmente, ter no mercado imobiliário português. Talvez porque estas situações não atinjam números substanciais que justifiquem um estudo nesse sentido, ou porque se entende que a primazia da família e do seu amparo (conferindo uma natureza quase-alimentar na atribuição da casa de morada de família) deve ser mantida e, ao mesmo tempo, evitar discussões que causem possíveis embaraços a esta proteção.

terá sacrificado o direito de propriedade, constitucionalmente protegido (cfr. art. 62.º CRep), ao interesse da família, igualmente objeto de proteção constitucional (art. 67.º).» COELHO, FRANCISCO PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de Direito da Família*, volume I, 5.ª edição, *ob. cit.*, 2015, pág. 752. Pugnando pela inconstitucionalidade desta solução, PASSINHAS, SANDRA, «Atribuição do uso da casa de morada de família nos casos de divórcio em Portugal: contributo para um ‘aggiornamento’ interpretativo» in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3-bis, 2015, pp. 180 e ss.

A APLICABILIDADE DE SISTEMAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO ÂMBITO DO DIREITO DA FAMÍLIA E DOS MENORES

Sofia Travassos Alcaide¹
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.19>

1. Introdução²

A problemática da inteligência artificial aplicada às decisões judiciais assumiu e assume especial relevância na última década, facto impulsionado pela competitividade mundial no que concerne ao seu desenvolvimento. A evolução dos mecanismos artificialmente inteligentes sofreu um grande avanço nos últimos anos, com a sua crescente utilização e disponibilização em todo o mundo. Certamente, qualquer um de nós possui um *smartphone* com reconhecimento de voz, ou mesmo um aspirador *robot* nas suas casas – de resto, considerado o primeiro grande sucesso comercial, em 2002, com o *iRobot Roomba Robotic Floorvac*, tendo o seu primeiro e único antecessor,

¹ Docente Assistente Convidada na Escola de Direito da Universidade do Minho. Doutoranda em Ciências Jurídicas Privatísticas. Investigadora na Escola de Investigadores do JusGov. Advogada.

² Este artigo foi, previamente, enviado para publicação, não sendo original.

o *Rug Warrior*, sido desenvolvido pelo *Massachusetts Institute of Technology (MIT) Artificial Intelligence (AI) Laboratory*, em 1989³.

Com o crescente desenvolvimento da inteligência artificial, ainda que o seu percurso, desde a década 40-50 do século passado, tenha sido marcado por períodos considerados invernosos e outros considerados períodos dourados⁴, com mais ou menos aposta financeira e, conseqüentemente, maior ou menor grau de desenvolvimento⁵, ainda antes da década de 90 do século passado, introduziu-se a problemática dos sistemas de inteligência artificial aplicados às decisões judiciais⁶. A discussão em torno desta matéria, desde então, tem-se vindo a intensificar, com o crescente desenvolvimento de algoritmos e tentativas de reproduzir o processo de tomada de decisão por um juiz.

No presente artigo, pretende-se levantar algumas questões, analisando a aplicação de mecanismos artificialmente inteligentes a litígios relacionados com a jurisdição de família e menores, sem que se procure apresentar soluções imediatas. Estas matérias, por serem do foro estritamente pessoal e, naturalmente, por influírem de forma mais intensa com questões ético-morais e, até, sentimentais, poderão levantar maiores questões no que concerne ao recurso a algoritmos rígidos, incapazes de apreender a inata sensibilidade humana.

2. O desenvolvimento da Inteligência Artificial aplicada às decisões judiciais – Breve resenha

Desde cedo se iniciaram estudos para aferir de que forma a inteligência artificial poderia ser útil na tomada de decisões judiciais. Ainda em 1989, Donald H. Berman e Carole D. Hafner afirmaram que o recurso à inteligência artificial poderia auxiliar na resolução da crise do sistema judiciário – que, à data, se considerava em “estado de crise”, devido à morosidade na resolução

³ JOSEPH L. JONES, «Robots at the Tipping Point – The Road to the iRobot Roomba» [Online], in *IEEE Robotics & Automation Magazine*, Vol. 13, nº 1, março 2006, p. 76, disponível em <https://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/1598056> [consultado em 28/07/2023].

⁴ RAYMOND S. T. LEE, *Artificial Intelligence in Daily Life*, Singapura, 2020, pp. 22-28.

⁵ JOSEPH L. JONES, «Robots at the Tipping Point – The Road to the iRobot Roomba»

⁶ GIOVANNI SARTOR, L. KARL BRANTING, «Introduction: Judicial Applications of Artificial Intelligence», in *Judicial Applications of Artificial Intelligence*, E-book, 1998, p. 1, disponível em <https://link.springer.com/book/10.1007/978-94-015-9010-5> [consultado em 28/07/2023].

dos litígios, à perda de confiança no sistema, aos custos elevados de acesso à justiça, considerando-se, mesmo, que os que dispunham de menores condições económicas se encontravam em condição de desproteção legal⁷. As autoras partem de um exemplo comum, de uma situação real relacionada com mediação imobiliária e defeitos de imóvel vendido, para analisar custos prováveis com a ação judicial, bem como todos os riscos que cada uma das partes na ação poderá correr, sendo necessário analisar jurisprudência, as normas existentes, ponderar o risco de ter um julgador ou um júri que possa ser mais sensível a uma ou outra posição. Defendem que o julgador não poderá ser substituído na tomada de decisão efetiva, mas que os sistemas de inteligência artificial poderão auxiliar na compilação de jurisprudência e normas relativas a cada matéria judicial, mas também se poderão desenvolver mecanismos que, de forma minimamente razoável, indiquem o sentido das decisões judiciais existentes mediante um certo tipo de crime, por exemplo, podendo auxiliar a existência de uma maior equidade na tomada de decisões⁸.

Já na década de 90, autores como Giovanni Sartor e Karl Branting afirmavam que a substituição de um modelo judicial assente na discricionariedade dos juízes - que para produzirem as suas decisões judiciais desenvolvem um raciocínio, não só baseado em conhecimento jurídico altamente aprofundado, mas também na capacidade cognitiva e inteligência emocional - não pode ser sobrestimado⁹, uma vez que a decisão judicial não é pura e somente técnica. Michele Taruffo, partindo da análise dos vários passos que uma decisão judicial comporta – entre os quais, a exposição por cada uma das partes no processo daquele que é o enquadramento ou os enquadramentos legais possíveis para determinada situação legal e fáctica, originando, pelo menos e desde logo, duas possibilidades distintas, às quais acresce(m) a(s) possibilidade(s) suscitada(s) pelo próprio juiz, especialmente quando tal poder lhe é atribuído, para culminar numa decisão acerca dos fundamentos legais e dos factos trazidos à discussão, de entre as variadas possibilidades e

⁷ DONALD H. BERMAN, CAROLE D. HAFNER, «The Potential of Artificial Intelligence to Help Solve the Crisis in Our Legal System», in *Communications of the ACM*, Vol. 32, nº 8, Agosto 1989, p. 928, disponível em <https://www.tud.ttu.ee/im/Ermo.Taks/IDK0310/Reading/p928-berman1.pdf> [consultado em 28/07/2023].

⁸ *Idem*, pp. 937.

⁹ GIOVANNI SARTOR, L. KARL BRANTING, «Introduction: Judicial Applications of Artificial Intelligence», *ob. cit.*, pp. 1-2.

enquadramentos legais que pudessem ser aplicáveis ao caso concreto, devido ao facto de a mesma se apresentar como sendo a mais adequada, devendo o juiz formular a decisão e, partindo da mesma, expor toda a fundamentação que conduziu a determinado resultado, numa espécie de argumentação e contra-argumentação¹⁰ –, afirma que tentar reduzir a um modelo lógico e rígido o processo de tomada de decisão de um juiz é praticamente impossível, atenta a sua complexidade, variabilidade, sem descurar a parte ético-moral da qual é naturalmente imbuída¹¹. À época, e atendendo a estes fundamentos, Giovanni Sartor e Karl Branting concluíam que a inteligência artificial poderia ser útil ao sistema judicial, numa ótica de auxílio na produção de determinados documentos judiciais ou mesmo na análise de documentação e outro tipo de provas, permitindo uma maior rapidez na justiça e desonerando os juízes de determinadas tarefas, sem que, contudo, se pudesse substituir a figura do julgador e que a decisão, a final, fosse por este produzida¹².

Ainda que diversos autores na área legal tivessem afirmado que não era possível o desenvolvimento de algoritmos que reproduzissem, na íntegra, o processo de tomada de decisão por um juiz, a verdade é que a tecnologia se desenvolveu, nas últimas décadas, no sentido de criar mecanismos auxiliares de resolução de litígios.

2.1. Da resolução alternativa de litígios¹³ à resolução de conflitos em linha¹⁴

Os meios de resolução alternativa de litígios (RAL) surgiram no âmbito de uma sociedade de consumo, pautada por uma crescente conflitualidade¹⁵.

¹⁰ MICHELE TARUFFO, «Judicial Decisions and Artificial Intelligence», in *Judicial Applications of Artificial Intelligence*, E-book, 1998, pp. 208-212, disponível em <https://link.springer.com/book/10.1007/978-94-015-9010-5> [consultado em 28/07/2023].

¹¹ *Idem*, pp. 212-213.

¹² GIOVANNI SARTOR, L. KARL BRANTING, «Introduction: Judicial Applications of Artificial Intelligence», *ob. cit.*, p. 6.

¹³ Abreviadamente referidos como RAL ou ADR (“Alternative Dispute Resolution”).

¹⁴ Abreviadamente referidos como ODR (“Online Dispute Resolution”).

¹⁵ FERNANDO MANUEL MARTINS VIANA, «A resolução alternativa de litígios e as tecnologias de informação e comunicação – O caso particular da resolução de conflitos na Internet em Portugal e na EU», Dissertação de Mestrado, Universidade do Minho, outubro 2015, pp. 27-28, disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/41173/1/Fernando%20Manuel%20Martins%20Viana.pdf> [consultado em 29/07/2023].

Em virtude do maior consumo nas mais diversificadas áreas de vida, também se verificou um maior consumo dos meios judiciais, por forma a resolver os litígios decorrentes do consumo propriamente dito, na área do crédito, de aquisição de bens e serviços, na área dos seguros e outros¹⁶. Estes meios foram desenvolvidos no sentido de desonerar os tribunais, criando-se instâncias alternativas, externas aos tribunais, com recurso a uma terceira figura imparcial, para se obter uma solução mais célere e menos onerosa¹⁷.

Os sistemas ODR, por sua vez, surgiram com os novos meios tecnológicos de comunicação, permitindo que as partes em litígio e até a entidade terceira independente, como seja o mediador ou árbitro, estejam em diferentes localizações geográficas¹⁸. O que difere os ODR dos sistemas RAL é que, nos primeiros, as partes encontram-se fisicamente distanciadas¹⁹.

Nos sistemas de ODR, a tecnologia pode assumir um papel mais singelo, funcionando, tão só, como meio de comunicação, ou poderá assumir um papel mais relevante e desenvolvido. É conforme esta sua especificidade que alguns autores os enquadram em sistemas ODR de primeira geração ou sistemas ODR de segunda geração. Os primeiros são definidos como aqueles que preservam a pessoa como sendo “o elemento central no processo de planeamento e de tomada de decisão. (...) As ferramentas electrónicas serão utilizadas mas sempre vistas como meros instrumentos, sem autonomia e sem capacidade de desempenho de qualquer papel de relevo. O único objectivo da sua utilização será o de tornar mais fáceis e eficientes, para as partes, os processos de comunicação e de gestão da informação”²⁰.

Já a segunda geração de sistemas de ODR assumem uma maior intervenção na resolução de litígios. Estes sistemas poderão mesmo substituir os intervenientes principais num litígio, isto é, atuarão no processo,

¹⁶ CATARINA FRADE, «A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: A mediação do sobreendividamento», in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 65, maio 2003, p. 110, disponível em <https://www.ces.uc.pt/publicacoes/rcs/artigos/65/RCCS65-107-128-Catarina%20Frade.pdf> [consultado em 29/07/2023].

¹⁷ FERNANDO MANUEL MARTINS VIANA, «A resolução alternativa de litígios e as tecnologias de informação e comunicação – O caso particular da resolução de conflitos na Internet em Portugal e na EU», *ob. cit.*, p. 27.

¹⁸ FRANCISCO ANDRADE, DAVIDE CARNEIRO, PAULO NOVAIS, «A inteligência artificial na resolução de conflitos em linha», in *Scientia Iuridica*, Tomo LIX, nº 321, 2010, pp. 1-2, disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/19388> [consultado em 29/07/2023].

¹⁹ *Idem*, p. 2.

²⁰ *Idem*, p. 5.

representando-os, agindo como as partes e a própria entidade que assume a posição de neutralidade agiriam. Também poderão representar *softwares* que propõem soluções, até no âmbito do processo decisório²¹. Contudo, Francisco Andrade, Davide Carneiro e Paulo Novais assumem que, no que respeita ao desenvolvimento dos sistemas de ODR de segunda geração, estes são de mais difícil evolução, devido à complexidade de transformar o processo decisório que um julgador utiliza/desenvolve num *software*, não descurando a resistência da população relativamente à ideia de que poderá ser um sistema/ algoritmo a tomar qualquer decisão referente à sua vida²². O entendimento relativo à dificuldade de desenvolver um *software* capaz de reproduzir o processo de decisão de um julgador humano, já referido *supra*, manteve-se inalterado entre o final da década de 80 e o ano de 2010, sendo este último o ano em que os autores referidos anteriormente assumiram tal entrave, relacionado com a evolução de sistemas ODR de segunda geração.

São sistemas de ODR: sistemas multiagente, sistemas de apoio à decisão, raciocínio com informação incompleta, sistemas periciais (*expert systems*), representação do conhecimento, interfaces inteligentes, raciocínio baseado em casos²³. Destes sistemas de ODR, são frequentemente utilizados no âmbito legal os sistemas periciais²⁴, que se caracterizam por serem sistemas de *software* que procuram replicar as capacidades humanas em determinada área de conhecimento. Estes sistemas periciais devem ser capazes de rececionar informação, analisá-la, desenvolver raciocínio e conhecimento e, sobretudo, tomar ou prever decisões tendo por base toda a informação previamente adquirida. Estes sistemas devem ser dotados de conhecimento prévio, o que poderá ser obtido através da compilação e introdução nos sistemas de *software* de casos similares e respetivas decisões. Além disso, estes sistemas deverão ser dotados de *machine learning*, isto é, capacidade de aprendizagem, podendo ser corrigidos e aperfeiçoados a todo o tempo pelos seus programadores.²⁵

²¹ *Idem*, pp. 6-7.

²² *Idem*, p. 6.

²³ *Idem*, pp. 7-18.

²⁴ Também referidos por DONALD H. BERMAN e CAROLE D. HAFNER, no artigo *supra* citado.

²⁵ FRANCISCO ANDRADE, DAVIDE CARNEIRO, PAULO NOVAIS, «A inteligência artificial na resolução de conflitos em linha», *ob. cit.*, pp. 12-13.

Uma vez que já nos encontramos com algum conhecimento acerca do funcionamento dos sistemas de ODR, poderemos, agora, passar a analisar alguns exemplos da sua aplicabilidade, em casos de direito da família e dos menores, em diversos ordenamentos jurídicos, em diferentes pontos do globo.

2.2. A aplicação de sistemas de ODR no âmbito do Direito da Família e dos Menores

Como se pôde analisar *supra*, aquando da análise do desenvolvimento da inteligência artificial no que respeita às decisões judiciais, desde cedo os autores que se debruçaram sobre a matéria puderam verificar pontos positivos, designadamente no que respeitava à possibilidade de compilação e cruzamento de dados, ainda que todos, ou pelo menos a grande maioria, fossem no sentido de que o julgador humano não poderia ser substituído, atenta a complexidade do seu processo de decisão – tendo posteriormente sido verificado, no contexto da análise dos sistemas de ODR, que não se afigurava fácil reproduzir tal processo de decisão em mecanismos de ODR.

Cumpre, antes de mais, referir que os sistemas de ODR, em especial os aplicáveis no âmbito do direito da família, têm sido vistos, mais recentemente, como positivos. É esse o entendimento de Darren Gingras e Joshua Morrison, ambos investigadores no Canadá, que realçam que o desenvolvimento da inteligência artificial aplicável aos sistemas judiciários não tem ido no sentido de eliminar os intervenientes humanos, mas antes no sentido de desenvolver plataformas de auxílio à resolução dos litígios, simplificando processos complexos²⁶.

Uma das vantagens que estes autores apontam é no âmbito do processo de divórcio e partilhas, quando os clientes têm de reunir documentação diversa, referente aos bens que existam para partilhar, sejam eles os relativos a propriedades, contas bancárias, ativos financeiros e outros, reduzindo aquilo que foi uma vida em comum a meros números. Apontam os sistemas de inteligência artificial como sendo úteis para a análise desta documentação, simplificando o processo. Fazem ainda menção ao sistema de inteligência

²⁶ DARREN GINGRAS, JOSHUA MORRISON, «Artificial Intelligence and Family ODR», *Family Court Review*, Vol. 59, nº 2, abril 2021, p. 228, disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/fcre.12569> [consultado em 30/07/2023].

artificial designado como “Tone Analyzing Software”, que analisa o tom de voz, as palavras, o seu significado e a intenção com que são proferidas, acabando por fazer sugestões de adaptação da linguagem, no sentido de esta se tornar mais neutra e a ideia que se pretende fazer passar à parte contrária ser mais objetiva, diminuindo a crispação, tão comumente existente entre as partes nos processos de divórcio e subsequente partilha²⁷.

Referem, ainda, que os sistemas de ODR aplicados aos litígios de família, como sejam os que analisam e desenvolvem eventuais soluções para questões financeiras - que terão impacto na partilha -, os sistemas capazes de analisar indícios de violência doméstica, os mecanismos que auxiliam, como se referiu, na análise dos objetivos pretendidos pelas partes, ainda que sugerindo determinada forma de comunicação, permite encurtar o tempo do litígio, ao passo que permite que as partes sejam mais focadas e objetivas na resolução dos seus diferendos²⁸. Contudo, afirmam que se denota uma elevada relutância por parte de advogados e outros intervenientes jurídicos na utilização de sistemas de inteligência artificial no meio legal²⁹.

Este estudo é, contudo, pouco aprofundado, no que concerne à realização de experiências efetivas com recurso a sistemas de inteligência artificial no âmbito do direito da família, ainda que seja útil para demonstrar eventuais aplicações destes mecanismos na resolução de litígios familiares e sua utilidade. Procederemos à análise de alguns casos em que foram aplicados sistemas de ODR noutros países.

2.2.1. A Aplicação do Sistema Preditivo “Decision Tree Analysis”³⁰ em Taiwan

Com o objetivo de analisar quais os fatores determinantes para os julgadores em Taiwan atribuírem a custódia³¹ dos filhos a um progenitor ou

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Idem*, p. 229.

²⁹ *Idem*, p. 230.

³⁰ Em português, “Análise da Árvore de Decisão”.

³¹ De referir que, em Portugal, os termos “guarda” e “custódia” já não são legalmente aplicáveis, referindo-se o ordenamento jurídico português à regulação das responsabilidades parentais. No presente artigo, utilizam-se as expressões “custódia” e “guarda” por uma questão de fiabilidade face ao artigo em análise.

a outro, os investigadores aplicaram um sistema dotado de *machine learning* para investigar as decisões judiciais relativas à guarda do menores decorrentes de processos de divórcio³², tendo limitado o estudo aos casos em que ambos os progenitores eram taiwaneses e ambos tinham requerido a custódia dos filhos, entre 01 de janeiro de 2012 e 31 de dezembro de 2017, sendo também excluídos todos os processos em que um dos progenitores não se havia pronunciado e os referentes a casamentos transnacionais, escrutinando um total de 835 decisões, pelos quais se encontravam abrangidas 1290 crianças³³.

O estudo pôde concluir que os juízes consideram, em primeiro lugar, o progenitor que é considerado o cuidador da criança. Em segundo lugar, se a mãe for a cuidadora principal ou se for a mãe e o pai, em medidas similares, o sistema preditivo aplicado concluiu que os juízes terão em conta a escolha da criança. Contudo, mesmo que a mãe seja a principal cuidadora, se a criança escolher o pai, então a mãe tem probabilidades diminuídas de lhe ser atribuída a guarda total da criança³⁴. Daqui se poderia inferir que os julgadores taiwaneses apresentam uma ligeira preferência pelos progenitores homens.

Contudo, nos casos reais, analisados ao longo de um período de seis anos, verificou-se que as mães têm uma superioridade considerável: 75% das mulheres ficou com a guarda total dos seus filhos. Os investigadores concluem que este estudo permite, de forma consistente, entender os padrões de decisão, o que deverá auxiliar advogados e as partes num litígio a avaliar as probabilidades de obterem a custódia dos seus filhos. Se for possível obter um juízo provável de decisão de forma antecipada, recorrendo a este *software*, então tal poderá conduzir a uma maior probabilidade de existir uma transação, diminuindo-se a litigiosidade³⁵.

³² A necessidade do estudo em análise surgiu de uma alteração ao Código Civil de Taiwan. Até à alteração de 1996, o Código Civil de Taiwan estipulava que a guarda dos filhos seria, à partida, entregue ao pai, exceto em caso de acordo dos progenitores em sentido diverso ou em caso de decisão diversa do Tribunal. Em 1996, substituiu-se a preferência da figura paternal pelo princípio do superior interesse da criança.

³³ SIEH-CHUEN HUANG, HSUAN-LEI SHAO, ROBERT B LEFLAR, «Applying Decision Tree Analysis to Family Court Decisions: Factors Determining Child Custody in Taiwan», *ICAIL'21: Proceedings of the Eighteenth International Conference on Artificial Intelligence and Law*, julho 2021, p. 258, disponível em <https://dl.acm.org/doi/10.1145/3462757.3466076> [consultado em 30/07/2023].

³⁴ *Idem*, p. 259.

³⁵ *Ibidem*.

2.2.2. O sistema mexicano “Expertius”

O sistema “Expertius” foi desenvolvido pelo Instituto de Investigação Jurídica e o Centro de Ciências Aplicadas e Desenvolvimento Tecnológico do México, em parceria com o Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia e o Tribunal Superior de Justiça do Estado de Tabasco³⁶. Este sistema foi criado para auxiliar os tribunais na área de direito da família, especificamente nos casos relacionados com pedidos de pensão de alimentos. O sistema analisa se o requerente da pensão de alimentos necessita, efetivamente, da pensão de alimentos que requer e, bem assim, se preenche os pressupostos legais para o efeito. Em caso afirmativo, o sistema auxilia a determinar o montante de pensão de alimentos que deverá ser arbitrado³⁷. Como afirmam Francisco Andrade, Davide Carneiro e Paulo Novais, “O sistema integra três módulos: o módulo tutorial, o módulo inferencial e o módulo financeiro. O módulo tutorial orienta o utilizador na realização de diferentes tarefas. O módulo inferencial avalia a prova de acordo com pesos que o utilizador atribui a cada meio de prova. Determina ainda quais os argumentos que prevalecem e quais os que são derrotados. Por fim, o módulo financeiro assiste o utilizador no cálculo do valor das pensões de acordo com critérios determinados”. Trata-se, por tal, de um sistema capaz de representar o conhecimento, incluindo o conhecimento pericial³⁸.

Por tal, enquadra-se num dos sistemas de ODR referidos acima. Da sua breve descrição, podemos depreender que se trata de um sistema que retém conhecimento, auxilia o julgador e outros intervenientes processuais na tomada de decisão, contudo, não os substitui, pelo que, a final, a decisão será sempre do julgador, analisado o caso concreto e ponderada toda a prova carreada para o processo.

³⁶ ENRIQUE CÁCERES NETO, “La Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho como una nueva Rama de la Teoría Jurídica”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Vol. 57, janeiro 2023, pp. 68-69, disponível em <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/26281> [consultado em 30/07/2023].

³⁷ FRANCISCO ANDRADE, DAVIDE CARNEIRO, PAULO NOVAIS, «A inteligência artificial na resolução de conflitos em linha», *ob. cit.*, p. 24.

³⁸ *Ibidem*.

2.2.3. O sistema de apoio à decisão australiano “Family Winner”

Emilia Bellucci e John Zeleznikow produziram investigação no âmbito do direito da família australiano, centrando-se, em especial, no desenvolvimento de sistemas de suporte à negociação. Iniciaram tal investigação devido ao facto de terem verificado que os processos de negociação no âmbito familiar são complexos, designadamente por considerarem que o Direito da Família é um ramo que difere substancialmente de outros, pelos seguintes motivos: não existe um ganhador do processo, isto é, no final de um divórcio, ambas as partes terão uma parte dos bens que lhe serão adjudicados, por exemplo; na Austrália, há muitos casos de litigância neste ramo (cerca de 50000 divórcios por ano); e, por regra, as partes num litígio de família têm de comunicar, no decurso do processo ou mesmo após o seu término – ou, pelo menos, os tribunais incentivam a que tal suceda, sendo que da nossa experiência, tal é motivado pela existência de filhos, por forma a que exista a mínima cordialidade, mas também porque se procura uma conciliação³⁹, ao invés de uma disputa judicial⁴⁰. Em conformidade com outros autores e outras considerações que já se realizaram *supra*, também os autores agora em análise consideram útil o desenvolvimento de sistemas de ODR aplicados no âmbito do Direito da Família, que simplificarão os processos judiciais, tornando-os menos morosos e menos dispendiosos, além de possibilitarem que as partes envolvidas litiguem de forma mais saudável, atento o facto de serem processos naturalmente mais emocionais⁴¹.

Os autores desenvolveram alguns sistemas, como o “Family Negotiator”, o “Split-Up” e o “Adjusted Winner”, que não iremos aqui analisar, pelo facto de o primeiro ter sido excluído, por não ter sido comercialmente viável, o segundo não efetua o processo de negociação propriamente dito⁴² e o terceiro está intimamente relacionado com o sistema “Family Winner”, que assume

³⁹ Vejam-se as tentativas de conciliação consagradas no âmbito do direito da Família português, designadamente no processo de divórcio (artº 1779º, nº 1, do Código Civil português).

⁴⁰ EMILIA BELLUCCI, JOHN ZELEZNIKOW, «Representations of Decision-making Support in Negotiation», *Journal of Decision Systems*, Vol. 10, 2001, p. 451, disponível em <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.3166/jds.10.449-479> [consultado em 30/07/2023].

⁴¹ *Idem*, pp. 451-452.

⁴² *Idem*, pp. 455-458.

maior relevância. O sistema “Adjusted Winner” foi desenvolvido tendo por base a teoria de jogos, segundo o qual as partes devem atribuir pontuação que reflita o quanto determinado bem é valioso para cada uma das partes. O último bem a partilhar, em regra, acaba por ser dividido pelas partes no litígio, seja fisicamente, seja vendendo e dividindo os proveitos do mesmo, conforme as circunstâncias e em consonância com a proporção que o sistema determinar.⁴³

Já o modelo “Family Winner”, ainda que partindo, também, da lógica em que cada parte do litígio indica os bens a partilhar, a sua importância e como é que esses bens se poderão relacionar com outros, desagua numa solução distinta⁴⁴. A partir daí, o sistema compila tudo o que foi arrolado pelas partes e realiza uma proposta da sua distribuição, sem descurar que a atribuição de um artigo a uma ou outra parte poderá fazer alterar as preferências de qualquer uma delas. Se as partes aceitarem a proposta, procede-se à divisão; caso contrário, “o sistema reinicia a negociação, artigo por artigo, começando pelos considerados menos discutidos”, sendo que as partes devem separar os bens a partilhar em tantos quantos possíveis, decompondo-os, sendo estes atribuídos paulatinamente, até que nenhum bem haja mais para partilhar⁴⁵. Trata-se de um sistema complexo, aqui exposto de forma consideravelmente resumida, não se analisando com profundidade os mecanismos de inteligência artificial de que é dotado, apenas para dar a conhecer ao público a sua existência⁴⁶. A verdade é que este sistema, partindo de um ponto de vista, à partida, neutro, propõe soluções de partilha racionais e lógicas, procurando, em simultâneo, fazer uma divisão justa e equitativa dos bens pelas partes.

⁴³ *Idem*, p. 459.

⁴⁴ *Idem*, p. 466.

⁴⁵ FRANCISCO ANDRADE, DAVIDE CARNEIRO, PAULO NOVAIS, «A inteligência artificial na resolução de conflitos em linha», *ob. cit.*, p. 26.

⁴⁶ De forma mais detalhada, EMILIA BELLUCCI, JOHN ZELEZNIKOW, «Representations of Decision-making Support in Negotiation», *ob. cit.*, pp. 466-475.

3. Breves considerações

Face aos mecanismos apresentados, apresenta-se como praticamente indubitável assumirmos a importância e a facilidade que o desenvolvimento das novas tecnologias e, em particular, as artificialmente inteligentes, trouxeram à vida dos cidadãos em todo o mundo. Aliás, a sua utilidade e viabilidade foram, em alta medida, colocadas à prova com a pandemia covid-19, que obrigou à aplicação de métodos alternativos de trabalho, desde o teletrabalho ao ensino online.

A resolução de litígios em linha, especialmente no âmbito do Direito da Família, será uma ferramenta útil, permitindo que as partes procurem encontrar consensos, alcançando um resultado mais rápido, mais cómodo e menos dispendioso, pois permitirá que os intervenientes possam nem encontrar-se no mesmo país, não deixando, no entanto, de solucionar os problemas comuns, a partir da intervenção de entidades imparciais, evitando-se o recurso aos tribunais. É neste sentido que também se tem pronunciado o American Law Institute (ALI) e o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (abreviadamente designado UNIDROIT), que defende que os tribunais devem promover a conciliação das partes e, também, o recurso pelas mesmas aos meios de resolução alternativa de litígios, assim como a Assembleia Geral das Nações Unidas⁴⁷.

Analisando todos os mecanismos de ODR que têm sido colocados em experimentação, facilmente conseguimos cogitar a sua eventual aplicabilidade ao ordenamento jurídico português. Exemplificando: o sistema preditivo “Decision Tree Analysis” poderia ser útil como ferramenta de auxílio aos advogados que atuam no âmbito do direito da família, por forma a poderem aconselhar os seus clientes, mas também aos mediadores^{48 49}, que com recurso

⁴⁷ MICHAEL S. COFFEE, «Cross-border issues associated with the use of online dispute resolution for international family law matters», *Family Court Review*, Vol. 59, nº 2, abril 2021, pp. 211-212, disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/fcre.12568> [consultado em 30/07/2023].

⁴⁸ A mediação encontra-se expressamente consagrada, no âmbito dos processos de divórcio, no artigo 1779º, do Código Civil português.

⁴⁹ ROSSANA MARTINGO CRUZ, na sua obra *A Mediação Familiar como Meio Complementar de Justiça*, aborda a utilidade da mediação como meio alternativo de resolução de litígios, especialmente no espetro do Direito da Família, que assume especificidades pessoais e emocionais, as quais se afigura útil salvaguardar através do menor recurso à litigância típica dos tribunais.

a tal plataforma poderiam facilmente verificar, atendendo à jurisprudência e doutrina existentes, quais as probabilidades de cada uma das partes num eventual litígio de regulação de responsabilidades parentais, podendo melhor encaminhar o sentido das negociações entre as partes.

De igual forma, facilmente cogitamos a possibilidade de aplicação do modelo mexicano “Expertus” aos processos relativos a obrigação de alimentos, quer os devidos por pais a filhos – pois esta ferramenta sempre se afiguraria útil para sugerir um montante de pensão de alimentos a fixar, atendendo às especificidades concretas do caso e das partes -, da mesma forma que se afiguraria útil para averiguar o preenchimento dos pressupostos legais para que uma pensão fosse atribuída, por exemplo, pelo ex-marido à ex-mulher, sem prejuízo de este mecanismo ser sempre supervisionado pelo julgador e de a decisão caber apenas a este último, que sempre terá de verificar a efetiva obrigatoriedade de alimentos e qual a quantia adequada ao caso concreto.

Por último, também não se afigura tarefa árdua equacionar a aplicabilidade do sistema “Family Winner” aos processos de inventário, designadamente os decorrentes de processos de divórcio.

Indo um pouco mais longe, e ainda que, no presente artigo, não se evidenciem sistemas aplicados à matéria, parece possível, também, que sistemas preditivos possam ser aplicados aos processos de adoção. O processo de adoção, no ordenamento jurídico português, pauta-se pela existência de três fases: a fase preparatória, a fase de ajustamento e a fase final, conforme estatui o artigo 40º, do Regime Jurídico do Processo de Adoção⁵⁰. É na fase de ajustamento que os organismos da Segurança Social ou da instituição particular autorizada avaliam as necessidades da criança em condição de adotabilidade e, avaliando os candidatos existentes por todo o país, procura fazer-lhe corresponder potenciais candidatos, procurando compatibilizar as condições do candidato a adotante e as necessidades da criança potencial adotanda. Seria, certamente, útil que um sistema preditivo, dotado de análise de situações reais, que tivessem desaguado ou não em processos de adoção efetivos, bem como de capacidade para analisar as características de potenciais adotantes e adotandos e sua eventual compatibilidade, pudesse realizar este

⁵⁰ Lei nº 143/2015, de 08 de Setembro, 1ª Série, nº 175, disponível em <https://files.dre.pt/1s/2015/09/17500/0723207251.pdf> [consultado em 31/07/2023].

tipo de procedimento, poupando recursos e tornando menos morosas estas tarefas, tornando, conseqüentemente, os processos de adoção mais céleres, sem prejudicar a segurança e certeza pelas quais se devem pautar. Obviamente, os juízos de probabilidade decorrentes do sistema deveriam ser verificados pelos técnicos especializados que, por regra, se encontram incumbidos de efetuar tais tarefas.

Os sistemas de inteligência artificial têm vantagens inegáveis e a sua utilidade no âmbito do direito da família e dos menores é notória. A experiência de quem atua neste ramo do Direito é de que os litígios desta natureza são, não raras vezes, pautados por um comportamento hostil, de ressentimento e, muitas vezes, de vingança entre as partes. Tornando-se, conseqüentemente, um palco de rivalidade, onde, frequentemente, as crianças envolvidas nos litígios são vistas como meio de infligir dor à contraparte, funcionando como verdadeiras armas de arremesso.

A verdade é que os sistemas de ODR, que vieram adaptar e fazer evoluir os meios alternativos de resolução de litígios, são vantajosos, pois permitem que as partes não se vejam confrontadas num mesmo espaço, permite o recurso a mecanismos que, com alguma razoabilidade, ajuízam as pretensões das partes, elucidando-as com maior racionalidade e objetividade – fatores que, em contextos de maior crispação, assumem maior relevância -, bem como permitem a obtenção de propostas de solução de forma pacífica e neutra – neutralidade, esta, que não raras vezes as partes colocam em causa relativamente aos julgadores em litígios judiciais, por considerarem que estes assumem uma maior simpatia por determinada parte do processo.

Estes sistemas comportam, contudo, riscos. Desde logo, a capacidade de *machine learning* de que muitos destes sistemas são dotados, como *supra* também se pôde aferir, sem prejuízo de os algoritmos que subjazem a tais sistemas poderem ser dotados de preconceitos. Se é certo que o erro humano existe, nos sistemas de inteligência artificial o erro também não se encontra excluído⁵¹ – não só porque a tecnologia é desenvolvida pela mão humana, mas também porque estas tecnologias podem desenvolver em sentido

⁵¹ LURDES VARREGOSO MESQUITA, ROSSANA MARTINGO CRUZ, «Algumas notas reflexivas sobre a carta portuguesa de direitos humanos na era digital: da proteção da criança ao uso da inteligência artificial em processos decisórios», *Fodertics 10.0 – Estudos sobre Derecho Digital*, junho 2022, pp. 773-774, disponível em https://www.comares.com/libro/fodertics-10-0_143750/ [consultado em 31/07/2023].

diverso do pretendido, o que naturalmente obrigará a um dever de sequela dos seus produtores ou programadores. É exatamente devido a estes riscos que a Comissão Europeia, na sua “Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Regulamento Inteligência Artificial)” caracteriza os sistemas artificialmente inteligentes que procedam à aplicação da lei como sendo de risco elevado, conforme referido no Considerando 40 da proposta, bem como estabelece como princípio fundamental, no seu artigo 4º-A, o “controlo e supervisão por humanos” dos sistemas de inteligência artificial⁵².

Estas preocupações assumem maior relevância, no âmbito do direito da família e das crianças, atenta a sua relação com os direitos fundamentais e a natural sensibilidade das matérias abrangidas.

4. Conclusão

O presente artigo, tendo como objetivo, essencialmente, analisar alguns dos estudos que têm vindo a ser efetuados no âmbito da inteligência artificial aplicada ao direito da família, e procurando averiguar a aplicabilidade real de sistemas preditivos no contexto de resolução de litígios neste específico ramo do direito, leva-nos a concluir pela utilidade e efetiva aplicabilidade de alguns mecanismos artificialmente inteligentes à resolução de querelas no contexto das referidas matérias.

Contudo, e atento o facto de estarem em causa direitos fundamentais, de também crianças serem visadas nestes litígios e, simultaneamente, o risco de uma excessiva confiança da humanidade nos sistemas de inteligência artificial e do seu desenvolvimento desregular, afigura-se essencial que estes sistemas atuem apenas como auxiliares na aplicação do direito, sendo devidamente “controlados e controláveis”⁵³, devendo caber sempre a decisão final

⁵² COMISSÃO EUROPEIA, « Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e altera determinados atos legislativos da união», junho 2023, disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_PT.html [consultado em 31/07/2023].

⁵³ LURDES VARREGOSO MESQUITA, ROSSANA MARTINGO CRUZ, «Algumas notas reflexivas sobre a carta portuguesa de direitos humanos na era digital: da proteção da criança ao uso da inteligência artificial em processos decisórios», *ob. cit.*, p. 778.

a um juiz, a quem compita, igualmente, avaliar os resultados provenientes dos sistemas dotados de inteligência artificial.

O presente artigo, não tendo como finalidade formular propostas de solução ou de efetiva aplicação dos sistemas de inteligência artificial ao direito da família português, afigura-se como um estudo inicial da sua potencialidade, analisando as experiências que têm sido realizadas neste contexto, não descurando que os próprios investigadores na área tecnológica assumem a dificuldade de reproduzir em algoritmos o processo decisório de um julgador humano, facto que deverá ser criteriosamente cuidado em futuros estudos de propostas de aplicação de sistemas preditivos neste ramo do direito.

O RGPD E A SUA APLICAÇÃO TRANSFRONTEIRIÇA: ATÉ ONDE ESTÃO PROTEGIDOS OS NOSSOS DADOS PESSOAIS?¹

Sónia Moreira²

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.20>

Resumo: É possível que já tenhamos passado pela experiência de termos tido de ceder os nossos dados pessoais para podermos aceder a um serviço ou a um bem transacionado por um fornecedor de fora da União Europeia (UE). O risco inerente a este tipo de contratação é elevado, uma vez que o RGPD poderá não ser aplicável na situação referida. O objetivo deste texto é analisar a protecção conferida pelo RGPD fora da UE, nomeadamente, à luz do novo Quadro de Privacidade dos Dados UE-EUA, adoptado em 10 de julho de 2023, no que toca às relações privadas.

Palavras-chave: RGPD; aplicação transfronteiriça; Quadro de Privacidade dos Dados UE-EUA.

¹ O presente texto foi entregue para publicação no número temático sobre Protecção de Dados Pessoais da *Revista do CEJ* (nº II-2023).

² Docente da Escola da Direito da Universidade do Minho e Investigadora Integrada do JusGov.

1. O RGPD: breves notas gerais quanto à sua adopção

Originalmente, o regime jurídico da protecção de dados no seio da UE constava da Directiva 95/46/CE, de 24 de Outubro, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados³, transposta para o ordenamento português através da Lei nº 67/98, de 26 de Outubro⁴. No entanto, a sociedade alterou-se radicalmente com o desenvolvimento tecnológico sem precedentes a que assistimos nas últimas décadas, tendo a contratação eletrónica superado todas as expectativas. Este facto sofreu ainda um agravamento exponencial mais recentemente, em grande medida por os consumidores se terem habituado a contratar *online*, como consequência da restrição às deslocações, imposta por razões sanitárias no contexto da pandemia. Ora, para poderem adquirir bens *online* ou contratar a prestação de serviços, é sempre necessário, ao menos, permitir certas operações de tratamento de dados pessoais, no mínimo, relativos à facturação.

Nos termos do art. 2º, al. a), da Directiva, entendia-se como dado pessoal “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável”, considerando-se “identificável todo aquele que [pudesse] ser identificado, directa ou indirectamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social”. A doutrina costumava elencar a respeito da interpretação desta norma, dados como o

³ PARLAMENTO EUROPEU/CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, «Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995 relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados», *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* [em linha], nº L 281 (23/11/1995), p. 0031-0050 [Consult. 13/7/2023]. Disponível na Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>.

⁴ Designada como Lei da Protecção de Dados Pessoais. Nos termos desta lei portuguesa, só podia recolher-se e proceder-se ao tratamento dos dados pessoais não públicos de uma pessoa singular com vista a atingir determinadas finalidades, explícitas e legítimas, não podendo um tratamento posterior vir contrariar tais finalidades; a recolha só seria legítima se os dados em causa fossem adequados e pertinentes para as finalidades em causa e os dados só podiam ser conservados durante o período necessário à sua prossecução, a menos que estivessem em causa fins históricos, estatísticos ou científicos, mediante autorização da Comissão Nacional de Protecção de Dados, a requerimento do respectivo responsável pelo seu tratamento. Mais importante ainda, em regra, o tratamento só poderia realizar-se se o titular dos dados nele consentisse de forma inequívoca ou caso se verificasse uma das excepções previstas na lei. Sobre este regime em geral, com especial enfoque no consentimento, v. EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, «Como escapar às malhas da política de privacidade das redes sociais? Uma análise à luz da lei portuguesa», in FEDERICO BUENO DE MATA, *Fodertics II: Hacia una Justicia 2.0. Estudios sobre Derecho y Nuevas Tecnologías*, Salamanca, Ratio Legis Ediciones, 2014, pp. 415 ss.

nome, a morada, o número de identificação civil, do passaporte, de identificação fiscal, o número de telefone ou telemóvel, o *e-mail*, o endereço de IP (*internet protocol*) do computador com que se acede à internet, a matrícula de um veículo, o valor da retribuição salarial, o som da voz registada, a história clínica, as classificações escolares, o *curriculum vitae*, o número de cartão de crédito, as compras efectuadas, imagens recolhidas por câmaras de vigilância, fotografias divulgadas na internet⁵, etc. Ou seja, tudo aquilo que permitisse identificar uma pessoa era considerado um dado pessoal⁶. É fácil de ver que os dados que cedemos em sede de contratação electrónica cabiam aqui.

Mesmo antes da pandemia, no entanto, já se sentia que o regime jurídico da Diretiva não era suficiente para acautelar adequadamente os fluxos de dados dos cidadãos europeus, em particular quando negociavam com entidades de fora da UE. Por outro lado, o anterior regime, sendo baseado numa Directiva, permitia adaptações por parte dos diferentes Estados-Membros, dando azo à possibilidade de existirem diferenças nos níveis de proteção⁷ dos dados pessoais de Estado-Membro para Estado-Membro⁸.

Para resolver estas vulnerabilidades, vimos nascer em 2016, um novo regime, desta vez sob a forma de um Regulamento: o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016,

⁵ Por exemplo, para além da própria imagem da pessoa, que é um dado biométrico, caso as fotografias em causa tenham associados os dados de localização geográfica, é possível vigiar o comportamento das pessoas (onde estão, com quem, com que frequência, etc.). Neste sentido, CATARINA SARMENTO E CASTRO, «A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, o Regulamento Geral sobre a proteção de dados pessoais e as novas perspectivas para o direito ao esquecimento na Europa», in MARIA LÚCIA AMARAL (coord.), *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2016, p. 1056.

⁶ CATARINA SARMENTO E CASTRO, *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 74 e ss.

⁷ A este respeito, v. TIAGO BRANCO DA COSTA, «Proteção de dados pessoais: da Diretiva ao Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados», in ISABEL CELESTE M. FONSECA [et al.], *Desafios do Direito no Século XXI: uma Reflexão Luso-Brasileira sob o Signo Interdisciplinar*, [S. l.], Escola de Direito da Universidade do Minho/JusGov, 2019, pp. 102-103.

⁸ Neste sentido, o Considerando (9) do RGDPD afirma que “[o]s objetivos e os princípios da Diretiva 95/46/CE (...) não evitaram a fragmentação da aplicação da proteção dos dados ao nível da União, nem a insegurança jurídica ou o sentimento generalizado da opinião pública de que subsistem riscos significativos para a proteção das pessoas singulares, nomeadamente no que diz respeito às atividades por via eletrónica. As diferenças no nível de proteção dos direitos e das pessoas singulares, nomeadamente do direito à proteção dos dados pessoais no contexto do tratamento desses dados nos Estados-Membros, podem impedir a livre circulação de dados pessoais na União. Essas diferenças podem, por conseguinte, constituir um obstáculo ao exercício das atividades económicas a nível da União, distorcer a concorrência e impedir as autoridades de cumprirem as obrigações que lhes incumbem por força do direito da União. Essas diferenças entre os níveis de proteção devem-se à existência de disparidades na execução e aplicação da Diretiva 95/46/CE”.

relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)⁹. Nos termos do seu art. 4º, al. 1), dados pessoais são “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular”. Assim, como vemos, a definição deste conceito à luz da nova regulamentação vai de encontro ao já defendido pela doutrina quanto à sua interpretação à luz do normativo fixado na anterior Directiva¹⁰.

O Considerando (2) do RGPD, determina que “[o]s princípios e as regras em matéria de proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais deverão respeitar, independentemente da nacionalidade ou do local de residência dessas pessoas, os seus direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente o direito à proteção dos dados pessoais”. Por outro lado, o fluxo de dados é importante: pense-se na cooperação entre Estados (cfr. o Considerando (5), “[a]s autoridades nacionais dos Estados-Membros são chamadas, por força do direito da União, a colaborar e a trocar dados pessoais entre si, a fim de poderem desempenhar as suas funções ou executar funções por conta de uma autoridade de outro Estado-Membro”); pense-se na necessidade de acautelar a partilha de dados de saúde de um cidadão europeu que dá entrada num hospital de um Estado-Membro diferente do seu Estado-Membro de origem, por exemplo¹¹.

⁹ PARLAMENTO EUROPEU/CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA – *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)* [em linha]. [Consult. 13/7/2023]. Disponível na Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>.

¹⁰ Neste sentido, SÓNIA MOREIRA, «A Protecção das Pessoas Singulares no Novo Regulamento Geral de Protecção de Dados Pessoais», in CLARA CALHEIROS [et al.], *Direito na Lusofonia. Direito e Novas Tecnologias*, [S. l.], Escola de Direito da Universidade do Minho/JusGov, 2018, p. 489.

¹¹ A respeito dos dados de saúde, v. TIAGO BRANCO DA COSTA, «O Altruísmo (Económico?) de Dados: Breves considerações sobre o Espaço Europeu de dados de Saúde e a Proteção de Dados Pessoais», in A. SOFIA PINTO OLIVEIRA/PATRICIA JERÓNIMO, *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*, Braga, UMinho Editora, 2022, pp. 613 e ss.

Daí que o Considerando (3) do RGPD recorde que já a Directiva pretendia assegurar a “livre circulação de dados pessoais entre os Estados-Membros”. Assim, apesar de se pretender proteger o direito à auto-determinação informacional de cada cidadão – o direito a decidir o que fazer dos seus dados pessoais, como um direito fundamental que decorre do direito mais geral à privacidade¹² –, a verdade é que também se reconhece que “[o] direito à protecção de dados pessoais não é absoluto; deve ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade”, ou seja, é necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre o direito à privacidade, o respeito pela vida pessoal e familiar, o respeito pelo domicílio e pelas comunicações, a protecção dos dados pessoais, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, a liberdade de expressão e de informação, etc. (Considerando (4)) e as necessidades de tratamento dos dados pessoais de maneira a que a livre circulação de pessoas, bens e serviços na UE possa funcionar devidamente. Adicionalmente, o facto de as próprias pessoas singulares disponibilizarem muitos dos seus dados voluntariamente em plataformas sociais e de as novas tecnologias facilitarem a sua divulgação e partilha torna mais difícil proteger os referidos direitos fundamentais.

Assim, o RGPD visou criar um quadro regulamentar sólido e mais coerente¹³, a fim de “gerar a confiança necessária ao desenvolvimento da economia digital no conjunto do mercado interno”. Para tanto, defende que “[a]s pessoas singulares deverão poder controlar a utilização que é feita dos seus dados pessoais” (Considerando (7)) e o nível de protecção concedido deve ser equivalente em todos os Estados-Membros (Considerando (10)). Daí a opção

¹² Entre nós, a este respeito, há quem defenda a existência de um direito à identidade informacional. V. ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: a Construção dogmática do Direito à Identidade Informacional*, Lisboa, AAFDL, 2015, pp. 778 e ss. Defendendo, igualmente, que a protecção dos dados pessoais já consta do art. 35º da CRP, como direito fundamental, desde 1976, v. anotação ao art. 35º da CRP em JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 547 ss. e anotação ao art. 35º da CRP em JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 779 e ss.

¹³ O RGPD estabeleceu não só vários direitos dos titulares dos dados pessoais como, ainda, a responsabilidade civil solidária dos responsáveis pelo seu tratamento em caso da sua violação, determinando, nomeadamente, uma presunção de culpa por parte dos lesantes. A este respeito, v. TIAGO BRANCO DA COSTA, «A responsabilidade civil decorrente da violação do Regulamento Geral sobre a Protecção de Dados», in ALESSANDRA SILVEIRA/JOANA COVELO DE ABREU/LARISSA COELHO, *UNIO E-Book INTEROP 2019*, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho/ JusGov, 2019, p. 68 ss., em especial, pp. 72 e 73-74.

por este instrumento jurídico – um Regulamento – que permite uma maior harmonização da legislação dos Estados-Membros¹⁴.

Por outro lado, como veremos, este novo regime jurídico veio dar resposta às necessidades de protecção em caso de fluxos de dados transfronteiriços.

2. A protecção transfronteiriça concedida pelo RGPD

O Considerando (14) do RGPD explica que a protecção de dados pessoais *das pessoas singulares* prevista no seu regime deverá aplicar-se independentemente da sua nacionalidade ou do seu local de residência, excluindo-se o tratamento de dados pessoais efetuado por pessoas singulares no exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas – como a troca de correspondência ou a manutenção de listas de endereços, bem como a atividade das redes sociais (Considerando (18)), que se mantém ao abrigo da liberdade de cada um.

Assim, em primeiro lugar, o Considerando (22) determina a aplicação das regras do RGPD a qualquer tratamento de dados pessoais, efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento, por parte de um responsável pelo tratamento de dados ou de um subcontratante situado na União, quer o tratamento em si tenha sido realizado na União, quer não¹⁵. Para tanto, não é necessário que a sede deste estabelecimento se encontre na UE, ou que o estabelecimento (sucursal, filial, ou qualquer outra forma jurídica) tenha personalidade jurídica, bastando que haja “o exercício efetivo e real de uma atividade com base numa instalação estável”.

¹⁴ Neste sentido, o Considerando (13) determina que “[a] fim de assegurar um nível coerente de proteção das pessoas singulares no conjunto da União e evitar que as divergências constituam um obstáculo à livre circulação de dados pessoais no mercado interno, é necessário um regulamento que garanta a segurança jurídica e a transparência aos operadores económicos, incluindo as micro, pequenas e médias empresas, que assegure às pessoas singulares de todos os Estados-Membros o mesmo nível de direitos suscetíveis de proteção judicial e imponha obrigações e responsabilidades iguais aos responsáveis pelo tratamento e aos seus subcontratantes, que assegure um controlo coerente do tratamento dos dados pessoais, sanções equivalentes em todos os Estados-Membros, bem como uma cooperação efetiva entre as autoridades de controlo dos diferentes Estados-Membros”.

¹⁵ Assim, independentemente da localização física dos servidores do prestador de serviços ou bens, o tratamento de dados pessoais de residentes na União Europeia encontra-se protegido pelas normas europeias. Neste sentido, CATARINA SARMENTO E CASTRO, «A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia...», *cit.*, p. 1067.

Em segundo lugar, o Considerando (23) estabelece que o RGPD é aplicável às pessoas singulares que sejam titulares de dados pessoais que tenham sido objecto de tratamento, desde que estes titulares de dados pessoais se encontrem na UE, ainda que a entidade responsável pelo respectivo tratamento (ou o seu subcontratante) se encontre fora da União. Portanto, fundamental não é a nacionalidade da pessoa singular, nem a sua residência, mas o facto de se encontrar na UE e de, apesar de o responsável pelo tratamento se encontrar fora desta, as referidas atividades de tratamento de dados estarem relacionadas com a sua oferta de bens ou serviços a esses titulares, ainda que a título gratuito. Portanto, se um responsável se encontra fora da União Europeia, mas tem a intenção de fornecer bens ou serviços a pessoas singulares que se encontrem na União, o tratamento de dados pessoais que advenha destas relações estará sujeito às regras do RGPD.

Em terceiro lugar, o RGPD também alarga o seu círculo de protecção quanto ao tratamento de dados pessoais de pessoas singulares aos casos em que o responsável pelo seu tratamento visa analisar o comportamento dos titulares dos dados com vista a criar perfis¹⁶, analisar, prever ou determinar as suas preferências e o seu comportamento, a fim de tomar decisões com base nos perfis elaborados.

Esta aplicação transfronteiriça do Regulamento visa evitar que as pessoas singulares que se encontram na UE se vejam privadas da protecção que lhes é conferida pelo RGPD, tanto nos casos em que contratam com entidades que se encontram na UE, mas cujo tratamento de dados é realizado fora desta, como nos casos em que tais entidades se encontram formalmente fora da UE, apesar de o bem ou serviço ser destinado a ser utilizado dentro desta; inclui, ainda, os casos em que os dados são recolhidos e tratados com vista a permitir a tais entidades tomar decisões com base nas informações coligidas e tratadas (nomeadamente, após a determinação de perfis, por exemplo, como vimos), visando o controlo do comportamento dos titulares dos dados, desde que esse comportamento tenha lugar na União (art. 3º do RGPD).

¹⁶ O artigo 4º, al. 4), do RGPD define “definição de perfis” como “qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações”.

Apesar de esta aplicação ser uma novidade muito bem vista por parte dos cidadãos da UE, nem todos os Estados terceiros a terão visto com bons olhos, considerando-a uma ingerência na sua soberania. Contudo, a verdade é que vários destes Estados em breve se aperceberiam que a confiança dos consumidores depende, em boa parte, das garantias que lhes são oferecidas no que toca ao respeito pelos seus direitos fundamentais, nomeadamente no que toca ao tratamento dos seus dados pessoais e ao seu direito à privacidade. Assim, vimos surgir instrumentos de colaboração entre a UE e Estados terceiros, com vista a permitir a criação desta confiança.

Por exemplo, apesar de o RGPD proteger os cidadãos europeus ainda que os fornecedores de bens e serviços se encontrem fora da UE, esta protecção só funciona relativamente a tratamentos de dados relacionados com a prestação de bens ou serviços dentro da UE. Ou seja, caso um nacional português, tendo em vista uma visita que pretenda fazer aos Estados Unidos da América, entrasse em contacto com um restaurante em Nova Iorque e lhe fosse pedido o seu número de cartão de crédito a fim de assegurar a respectiva reserva, o tratamento destes seus dados pessoais por parte do restaurante não se encontrava abrangido pela protecção concedida pelo RGPD, já que a prestação se realizaria em solo norte-americano. Os seus dados pessoais e o seu número de cartão de crédito podiam, eventualmente, ser cedidos a outros restaurantes, ao abrigo de protocolos entre estes prestadores de bens e serviços, ainda que o seu titular não soubesse, nem tivesse consentido nisso.

Ora, a confiança dos agentes económicos e dos consumidores europeus poderia vir a sofrer com este decréscimo de protecção, inibindo-os de se aventurarem em solo estrangeiro; tal facto não prejudicaria só os consumidores europeus, mas o fluxo de pessoas, bens e serviços, bem como a economia dos países terceiros, assim excluídos.

Deste modo, os responsáveis por tratamento de dados (ou os seus subcontratantes) da UE só podem transferir dados para um país terceiro ou uma organização internacional se as condições estabelecidas no Capítulo V do RGPD forem respeitadas, incluindo as que se referem às transferências ulteriores de dados pessoais desse país terceiro ou organização internacional para outras entidades. Ou seja, o RGPD pretende assegurar “que não é comprometido o nível de protecção das pessoas singulares garantido pelo

presente regulamento” no caso de transferências transfronteiriças realizadas *por responsáveis por tratamentos de dados pessoais* (art. 44º do RGPD).

Para agilizar estas garantias, o art. 45º do RGPD prevê a possibilidade de a Comissão Europeia (CE) declarar que o regime jurídico de um determinado Estado apresenta um nível de protecção semelhante ao que vigora na UE, emitindo uma *decisão de adequação*. Graças às decisões de adequação, os dados pessoais podem circular livremente e em segurança a partir do Espaço Económico Europeu (ou seja, dos 27 Estados-Membros da UE, da Noruega, da Islândia e do Liechtenstein) para um país terceiro, sem estarem sujeitos a quaisquer outras condições ou autorizações. Desta forma, estas transferências de dados para um país terceiro – beneficiário de uma decisão de adequação – podem ser tratadas da mesma forma que as transmissões de dados no interior da UE¹⁷.

O procedimento com vista à adoção de uma decisão de adequação inicia-se com uma proposta da CE, à qual se segue um parecer do Comité Europeu para a Protecção de Dados. Esta proposta terá de ser aprovada por representantes dos países da UE e só depois poderá ser adoptada pela CE. Neste momento, a CE adoptou decisões de adequação relativamente aos seguintes países e organizações: Andorra, Argentina, Canadá (organizações comerciais), Ilhas Faroé, Guernsey, Israel, Ilha de Man, Japão, Jersey, Nova Zelândia, República da Coreia, Suíça, Reino Unido (ao abrigo do RGPD), Estados Unidos da América (organizações comerciais que participam no Quadro de Privacidade de Dados UE-EUA, que iremos explorar em seguida) e Uruguai¹⁸.

Nos termos do nº 2 do art. 45º, do RGPD, para avaliar a adequação do nível de protecção de um Estado terceiro, externo à UE, a Comissão considera, nomeadamente, os seguintes elementos:

- “a) O primado do Estado de direito, o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, a legislação pertinente em vigor, tanto a geral como a setorial, nomeadamente em

¹⁷ EUROPEAN COMMISSION, *Questions and Answers: EU-US Data Privacy Framework* [em linha]. [Consult. 20/7/2023]. Disponível na Internet: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_23_3752.

¹⁸ EUROPEAN COMMISSION, *Adequacy decisions: How the UE determines if a non-EU country has an adequate level of data protection* [em linha]. [Consult. 20/7/2023]. Disponível na Internet: https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_en.

- matéria de segurança pública, defesa, segurança nacional e direito penal, e respeitante ao acesso das autoridades públicas a dados pessoais, bem como a aplicação dessa legislação e das regras de proteção de dados, das regras profissionais e das medidas de segurança, incluindo as regras para a transferência ulterior de dados pessoais para outro país terceiro ou organização internacional, que são cumpridas nesse país ou por essa organização internacional, e a jurisprudência, bem como os direitos dos titulares dos dados efetivos e oponíveis, e vias de recurso administrativo e judicial para os titulares de dados cujos dados pessoais sejam objeto de transferência;
- b) A existência e o efetivo funcionamento de uma ou mais autoridades de controlo independentes no país terceiro ou às quais esteja sujeita uma organização internacional, responsáveis por assegurar e impor o cumprimento das regras de proteção de dados, e dotadas de poderes coercitivos adequados para assistir e aconselhar os titulares dos dados no exercício dos seus direitos, e cooperar com as autoridades de controlo dos Estados-Membros; e
- c) Os compromissos internacionais assumidos pelo país terceiro ou pela organização internacional em causa, ou outras obrigações decorrentes de convenções ou instrumentos juridicamente vinculativos, bem como da sua participação em sistemas multilaterais ou regionais, em especial em relação à proteção de dados pessoais”.

Considerando todos estes factores, “a Comissão pode decidir, através de um ato de execução, que um país terceiro, um território ou um ou mais setores específicos de um país terceiro, ou uma organização internacional, garante um nível de proteção adequado” (art. 45º, nº 3, do RGPD). Esta decisão de adequação será reavaliada periodicamente (no mínimo de quatro em quatro anos), para garantir que o nível de protecção se mantém. Se não for o caso, a Comissão, “na medida do necessário, revoga, altera ou suspende a decisão referida (...) através de atos de execução, sem efeitos retroativos” (art. 45º, nº 5, do RGPD).

3. O Quadro de Privacidade dos Dados UE-EUA

3.1. Generalidades

A 25 de Março de 2022, a CE e os Estados Unidos da América (EUA) anunciaram que tinham chegado a acordo relativamente ao estabelecimento de um quadro transatlântico de privacidade de dados. Este acordo surgiu no seguimento de mais de um ano de negociações entre ambos, para dar resposta às preocupações levantadas pelo Tribunal de Justiça da EU (TJUE) no caso *Schrems II* de 16 de Julho de 2020¹⁹.

Na sequência deste acordo, os Estados Unidos comprometeram-se a proceder a reformas estruturais da sua legislação para garantir a proteção da privacidade e das liberdades civis, nomeadamente, no que toca às actividades de vigilância no âmbito da segurança nacional, que deverão respeitar princípios como os da proporcionalidade e necessidade; para além disso, comprometeram-se a estabelecer um controlo rigoroso e independente destas actividades, de forma a garantir o efectivo cumprimento destes princípios, bem como a adoptar medidas de remédio em caso da sua violação. A declaração conjunta da CE e dos EUA deixa claro que este Quadro pretende garantir o fluxo de dados entre os Estados-Membros da UE e os EUA, sendo visto como fundamental para proteger os direitos dos cidadãos e permitir o comércio transatlântico em todos os sectores da economia, nomeadamente, promovendo uma economia digital inclusiva, em que todas as pessoas e empresas de todas as dimensões possam participar, permitindo o desenvolvimento económico de todas as partes envolvidas²⁰.

¹⁹ Ac. TJUE (Grande Secção) 16/7/2020, proc. n.º C-311/18 *Facebook Ireland e Schrems v. Data Protection Commissioner (Schrems II)*, [Consult. 21/07/2023]. Disponível na Intranet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CJ0311>. Já anteriormente, no caso *Schrems I* (TJUE, *Maximilian Schrems v. Facebook Ireland Limited*, Case C-498/16, de 25 de janeiro de 2018), o TJUE tinha considerado que o contrato que liga o utilizador do Facebook a esta rede social é um contrato de consumo internacional. ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «O caso Schrems contra Facebook e o contrato de Consumo Internacional», in ISABEL CELESTE M. FONSECA [et al.], *Desafios do Direito no Século XXI: uma Reflexão Luso-Brasileira sob o Signo Interdisciplina*, [S. l.], Escola de Direito da Universidade do Minho/JusGov, 2019, p. 39.

²⁰ EUROPEAN COMMISSION, *European Commission and United States Joint Statement on Trans-Atlantic Data Privacy Framework* [em linha], 25 de Março de 2022. [Consult. 19/7/2023]. Disponível na Intranet: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_22_2087.

A 10 de Julho de 2023, a CE adoptou a Decisão de Adequação relativamente ao Quadro de Privacidade de Dados UE-EUA²¹. A decisão conclui que os Estados Unidos asseguram um nível de proteção adequado — comparável ao da União Europeia — dos dados pessoais transferidos da UE para empresas dos EUA ao abrigo do novo quadro. Com base na nova decisão de adequação, os dados pessoais podem circular em segurança da UE para as empresas dos EUA que participam no quadro, sem necessidade de estabelecer salvaguardas adicionais em matéria de proteção de dados²².

A Presidente da CE, Ursula von der Leyen, afirmou, a este respeito:

“The new EU-U.S. Data Privacy Framework will ensure safe data flows for Europeans and bring legal certainty to companies on both sides of the Atlantic. Following the agreement in principle I reached with President Biden last year, the US has implemented unprecedented commitments to establish the new framework. Today we take an important step to provide trust to citizens that their data is safe, to deepen our economic ties between the EU and the US, and at the same time to reaffirm our shared values. It shows that by working together, we can address the most complex issues”²³.

Exploremos, agora, este documento.

3.2. A Decisão de Adequação relativamente ao Quadro de Privacidade de Dados UE-EUA

No texto da Decisão de Adequação, a CE começa por explicar que é necessário garantir que os países terceiros beneficiários da referida decisão

²¹ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Implementing Decision of 10.7.2023 pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the adequate level of protection of personal data under the EU-US Data Privacy Framework* [em linha]. 10 de Julho de 2023. [Consult. 21/07/2023]. Disponível na Intranet: https://commission.europa.eu/system/files/2023-07/Adequacy%20decision%20EU-US%20Data%20Privacy%20Framework_en.pdf.

²² EUROPEAN COMMISSION, *Data Protection: European Commission adopts new adequacy decision for safe and trusted EU-US data flows* [em linha], 10 de Julho de 2023. [Consult. 19/7/2023]. Disponível na Intranet: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3721.

²³ *Idem*.

possuem um nível de protecção de dados pessoais “essencialmente equivalente” àquele que existe na UE, considerando não só os normativos aplicáveis (como o RGPD) como a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (Considerando (3))²⁴. Tal não significa que as regras do RGPD devam encontrar-se reproduzidas no regime jurídico deste país terceiro, mas apenas que, considerando a globalidade do seu ordenamento jurídico, as medidas adoptadas por este país garantem um nível de protecção efectivo e adequado no que toca aos direitos à privacidade, possuindo mecanismos de garantia e de supervisão quanto ao seu respeito. Por exemplo, a CE deverá assegurar-se que o referido país terceiro possui legislação capaz de garantir que as interferências relativas aos direitos fundamentais de titulares de dados pessoais oriundos da UE, ainda que legítimas – por motivos de segurança nacional, e.g. –, sejam sujeitas a controlo legal e protecção efectiva (Considerando (4)).

O Considerando (5) explica qual é o nível de adequação considerado adequado pelo Tribunal de Justiça da UE (TJUE), dando conta do caso C-311/18, *Data Protection Commissioner versus Facebook Ireland Limited and Maximillian Schrems (Schrems II)*. Neste caso, o TJUE invalidou a decisão anterior da CE no sentido de considerar adequado o anterior quadro transatlântico de fluxo de dados entre a UE e os EUA (o chamado *EU-U.S. Privacy Shield*) com vários fundamentos: em primeiro lugar, entendeu que as limitações à protecção de dados pessoais decorrentes da lei interna dos EUA, no que tocava ao acesso e uso dos dados pessoais provenientes da UE por parte das entidades públicas devido a finalidades de segurança nacional, não cumpria os requisitos de necessidade e proporcionalidade exigidos à luz do nível de protecção garantido na UE; em segundo lugar, que a lei interna dos EUA não previa fundamentos legais para que os lesados pudessem recorrer de tais limitações ou ingerências nos seus direitos perante uma entidade que oferecesse garantias semelhantes às determinadas no art. 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²⁵. Esta norma prevê um direito à

²⁴ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Implementing Decision of 10.7.2023 pursuant to Regulation (EU) 2016/679...*, pp. 1 e 2.

²⁵ CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA, *Jornal Oficial da União Europeia* C 202/403, de 7/06/2016, p. 403. [Consult. 15/07/2023]. Disponível na Intranet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT>.

ção e a um tribunal independente e imparcial por parte de todas as pessoas cujos direitos e liberdades garantidos pelo Direito da União Europeia tenham sido violados.

Assim, tendo em consideração o decidido por parte do TJUE, a CE entrou em negociações com os EUA a fim de tornar possível uma nova decisão de adequação, desde que a lei interna dos EUA suprisse estas faltas. No seguimento destas negociações, em 7 de Outubro de 2022, os EUA adoptaram a “Executive Order 14086 ‘Enhancing Safeguards for US Signals Intelligence Activities’ (EO 14086)”, complementada pela *Regulation on the Data Protection Review Court* a cargo do *U.S. Attorney General* (“AG Regulation”). Paralelamente, o quadro legal aplicável às entidades comerciais que processavam dados pessoais transferidos da UE ao abrigo da decisão de adequação (“EU-U.S. Data Privacy Framework”) foi também actualizado (Considerando (6)). Após a análise de todas estas alterações na lei interna dos EUA, a CE concluiu que os EUA garantiam um nível adequado de protecção relativamente aos dados pessoais transferidos da UE para os EUA, ao abrigo do Quadro de Privacidade de Dados UE-EUA, por parte de um responsável pelo tratamento de dados da UE ou pelo seu subcontratante, tendo como destinatários organizações certificadas nos EUA (Considerando (7)).

Isto significa que quaisquer fluxos de dados pessoais entre um responsável pelo tratamento de dados da UE ou pelo seu subcontratante e as organizações certificadas nos EUA ao abrigo do Quadro de Privacidade de Dados UE-EUA não necessitam de uma autorização adicional; naturalmente, tal não invalida a protecção que lhes é concedida ao abrigo do regime geral do RGPD, nomeadamente no seu artigo 3º, já referido *supra*.

3.3. O Quadro de Privacidade de Dados UE-EUA

O Quadro de Privacidade de Dados UE-EUA baseia-se num sistema de certificação. As entidades norte-americanas que pretendam ser certificadas ao abrigo deste quadro para beneficiar do regime referido no ponto anterior, devem comprometer-se a cumprir os “EU-U.S. Data Privacy Framework Principles”, bem como os Princípios Suplementares emitidos pelo *Department of Commerce* (DoC) dos EUA e incluídos no Anexo I da decisão de

adequação²⁶. A sua adesão a estes Princípios tem de ser renovada anualmente (Considerando (9)).

O Considerando (11) explica que os Princípios (incluindo nesta referência não só os “EU-U.S. Data Privacy Framework Principles” como também os Princípios Suplementares) definem dados ou informação pessoal nos mesmos termos do nosso RGPD (como “data about an identified or identifiable individual that are within the scope of the GDPR received by an organization in the United States from the EU, and recorded in any form”); o mesmo sucede no que toca à noção de “tratamento de dados pessoais” (que definem como “any operation or set of operations which is performed upon personal data, whether or not by automated means, such as collection, recording, organisation, storage, adaptation or alteration, retrieval, consultation, use, disclosure or dissemination and erasure or destruction”).

Como garantia adicional, o Considerando (12) dá conta de que o Quadro de Privacidade de Dados UE-EUA se aplica a organizações dos EUA que se qualifiquem como responsáveis por tratamento de dados (os chamados “controllers”, que se definem como “a person or organisation which, alone or jointly with others, determines the purposes and means of the processing of personal data”) ou subcontratantes (“agents acting on behalf of a controller”). Os subcontratantes dos EUA devem estar contratualmente obrigados a atuar apenas sob instruções do responsável pelo tratamento da UE e a prestar-lhe assistência, caso os titulares dos dados exerçam os seus direitos ao abrigo dos princípios. Caso um subcontratante dos EUA venha, por seu lado, também a subcontratar as operações de tratamento de dados com outra entidade, também sobre esta entidade deverão recair as mesmas obrigações, devidamente estabelecidas através de contrato, garantindo-se, assim, o mesmo nível de protecção estabelecido pelos Princípios²⁷.

²⁶ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Implementing Decision of 10.7.2023 pursuant to Regulation (EU) 2016/679...*, pp. 66 e ss.

²⁷ *Idem*, p. 4.

Os Princípios em causa são os seguintes:

- a) *Princípio da Integridade dos Dados e da Limitação da Finalidade* (“*Data Integrity and Purpose Limitation Principle*”)

Tal como sucede no art. 5º, nº 1, al. b), do RGPD, uma organização só pode proceder ao tratamento de dados de acordo com a finalidade para a qual estes foram recolhidos, a não ser que o titular dos dados o autorize subsequentemente ou tal processamento não seja incompatível com a finalidade para a qual foram recolhidos originalmente (Considerando (14)).

Por outro lado, os dados devem ser exactos, o que significa que devem ser actualizados, se necessário. Além disso, devem ser adequados em relação às finalidades para as quais foram recolhidos, ou seja, não poderão ser excessivos, nem conservados para além do período necessário para se atingirem tais finalidades (Considerandos (20) e (21)). No entanto, há excepções a esta regra temporal, ainda que os dados continuem sujeitos às salvaguardas previstas nos Princípios: para finalidades de arquivo de interesse público, jornalismo, literatura e arte, investigação científica e histórica e análise estatística (Considerando (22)).

- b) *Princípio da Escolha* (“*Choice Principle*”)

Ainda que o novo tratamento (ou a exposição dos dados a terceiros) seja compatível com a finalidade para a qual os dados foram recolhidos (e em relação à qual o seu titular deu já o respectivo consentimento ao tempo da referida recolha), a organização é obrigada a conceder-lhe a possibilidade de objectar a um novo tratamento, ou seja, de escolher/optar por recusar o referido tratamento (“opt-out”) através de um mecanismo claro, visível e facilmente disponível. Este princípio não substitui a proibição expressa de realizar um tratamento incompatível com a referida finalidade (Considerando (15)).

Ainda de acordo com o Princípio da Escolha, os dados sensíveis estão protegidos por salvaguardas adicionais (Considerando (16)). Tais dados são definidos como “personal data specifying medical or health conditions, racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, trade

union membership, information on the sex life of the individual or any other information received from a third party that is identified and treated by that party as sensitive”. Como vemos, esta definição vai de encontro à do RGPD, incluindo-se aqui os dados relativos à orientação sexual, dados genéticos e dados biométricos (Considerando (17)). Em regra, para que uma organização possa proceder ao tratamento de dados sensíveis para outras finalidades que não aquelas para as quais estes foram recolhidos (ou para que os possa expor a terceiros), necessita do consentimento *expresso* (“opt-in”) do seu titular (Considerando (18)). Excepcionalmente, e à semelhança do que sucede com o RGPD, tal não será necessário: por exemplo, caso o processamento destes dados sensíveis seja do interesse vital de uma pessoa; caso seja necessário para intentar acções judiciais; caso seja necessário para a prestação de cuidados médicos ou de diagnóstico (Considerando (19)).

c) *Princípio da Segurança (“Security Principle”)*

Os dados pessoais também devem ser processados de forma a garantir-se a sua segurança, nomeadamente contra processamentos ilegais ou não autorizados, perdas acidentais, destruição ou outro tipo de danos. Assim, os responsáveis pelo tratamento de dados e os seus subcontratantes devem adotar todas as medidas apropriadas para garantir a sua segurança, considerando o desenvolvimento da técnica, a natureza dos dados, os custos das medidas em causa e os riscos para os direitos dos titulares envolvidos, à semelhança do determinado pelo art. 32º do RGPD (Considerandos (23) e (24)).

d) *Princípio da Notificação (“Notice Principle”)*

Tal como sucede com o princípio da transparência do RGPD, os *EU-U.S. Data Privacy Framework Principles* também exigem que os titulares dos dados sejam informados das principais características do processamento dos seus dados pessoais: a participação da organização no *Data Privacy Framework*; o tipo de dados recolhidos; a finalidade do tratamento dos dados; o tipo ou a identidade dos terceiros aos quais os dados pessoais podem ser comunicados e as finalidades desse tratamento; os seus direitos individuais; a forma de contactar a organização e as vias de recurso disponíveis (Considerandos (25) e (26)).

Para que estas informações sejam efectivamente conhecidas dos titulares dos dados, a linguagem em que são transmitidas tem de ser clara e acessível; estas informações devem ser prestadas quando se pede aos titulares dos dados que os forneçam pela primeira vez ou logo que possível após essa data, mas nunca depois de os dados serem utilizados para outra finalidade, ainda que compatível com aquela para que foram recolhidos, ou depois de serem divulgados a terceiros (Considerando (27)).

Para garantir a possibilidade de conhecimento por parte dos interessados, as políticas de privacidade destas organizações – que devem refletir os Princípios a que aderiram e que justifica a sua certificação como tal – devem estar disponíveis ao público, devendo estas organizações, ainda, disponibilizar *links* para o *website* do *Department of Commerce* (DoC) dos EUA, que conterà mais pormenores sobre certificação, os direitos dos titulares dos dados e os mecanismos de recurso disponíveis, a Lista das organizações participantes no *Data Privacy Framework* e o *website* de um prestador alternativo adequado de serviços de resolução de litígios (Considerando (28)).

e) *O Princípio do Acesso (Access Principle): direitos individuais dos titulares dos dados pessoais*

Aos titulares de dados pessoais são reconhecidos direitos individuais que podem ser defendidos perante uma entidade supervisora independente, através de mecanismos previstos contra o responsável pelo tratamento de dados ou o seu subcontratante: o direito de aceder aos dados, o direito de se opor ao seu tratamento; o direito de rectificar ou apagar os dados (Considerando (29)). Estes direitos baseiam-se no Princípio do Acesso:

aa) Os titulares dos dados têm o direito de exigir de qualquer organização – sem necessidade de justificação alguma – que confirme se está a processar dados pessoais seus; que tipo de dados são esses; qual a finalidade do processamento e a quem tais dados são revelados. As organizações são obrigadas a responder dentro de um prazo razoável, embora possam exigir o pagamento de uma taxa (que não poderá ser excessiva), caso estes pedidos de esclarecimento se tornem repetitivos e, por isso, manifestamente excessivos. Poderá, também, estabelecer um número-limite de vezes em que o mesmo

titular poderá requerer o acesso a estas informações dentro de um determinado prazo, desde que tal limite seja razoável (Considerando (30)).

Tal como sucede no direito da UE, este direito de acesso pode ser limitado em situações excepcionais: quando os direitos legítimos de terceiros possam ser violados; quando os encargos ou a despesa de facultar o acesso forem desproporcionados em relação aos riscos para a privacidade do indivíduo nas circunstâncias do caso (embora tais despesas e encargos não sejam factores de controlo para determinar se o acesso é razoável ou não); na medida em que a divulgação seja suscetível de interferir com a salvaguarda de interesses públicos importantes (como a segurança nacional, a segurança pública ou a defesa); quando se relacionam com informações comerciais confidenciais; ou quando a informação é tratada exclusivamente para fins de investigação ou fins estatísticos. De todo o modo, ainda que seja aplicável alguma destas excepções, cabe à organização justificar esta limitação ao direito de acesso dos titulares dos dados e de provar que estas circunstâncias se verificam, devendo apenas excluir a informação que se inclua nestas e divulgar a restante (Considerando (31)).

bb) Os titulares de dados pessoais têm o direito de obter a rectificação ou alteração de dados inexactos e de obter a eliminação daqueles que tenham sido tratados em violação dos princípios. Além disso, como já vimos, têm o direito de se opor ao tratamento dos seus dados para fins materialmente diferentes (ainda que compatíveis) com as finalidades para as quais os dados foram recolhidos, bem como à sua divulgação a terceiros. Caso os seus dados pessoais sejam utilizados para fins de *marketing* direto, têm, ainda, o direito geral de se oporem ao tratamento a qualquer momento (Considerando (32)).

cc) Apesar de os Princípios não preverem nenhuma regra relativamente ao processamento automatizado de dados com a finalidade de se tomar decisões relativas aos titulares de dados pessoais, sendo estes recolhidos no seio da UE, tais decisões serão tomadas por um responsável de tratamento de dados pessoais da UE, que se encontra, portanto, sob a alçada do RGPD. Esta situação mantém-se, ainda que tais dados sejam transferidos para os EUA pelo responsável pelo seu tratamento da UE (ou pelo seu subcontratante da UE), actuando a organização dos EUA como subcontratante destes (Considerando

(32)). De todo o modo, foi feita uma análise à legislação interna dos EUA que concluiu que esta possui vários mecanismos que protegem os titulares dos dados em várias situações como estas, nomeadamente as que dizem respeito a crédito ao consumo, crédito hipotecário, emprego, habitação e seguros, etc.²⁸. Assim, considerou-se que, na hipótese improvável de a decisão vir a ser tomada pela própria organização norte-americana, a protecção oferecida pelo sistema dos EUA é similar à oferecida pelo sistema da EU (Considerando (36)).

*f) Princípio da Responsabilidade pela Transferência Subsequente
(Accountability for Onward Transfer Principle)*

Este princípio visa impedir que as regras estabelecidas no Quadro de Privacidade de Dados UE-EUA sejam defraudadas por via da transferência das operações de tratamento de dados para terceiros não aderentes aos Princípios (estejam estes localizados dentro ou fora dos EUA). Uma transferência subsequente só poderá realizar-se no caso de finalidades específicas e limitadas e apenas com base num contrato entre a organização dos EUA (que recebeu os dados da UE) e a entidade terceira, contrato, este, que tem, obrigatoriamente, de prever o mesmo nível de protecção garantido pelos Princípios. Ou seja, esta entidade terceira terá de respeitar, ela própria, os Princípios da Integridade dos Dados e da Limitação da Finalidade, o Princípio da Escolha, o Princípio da Notificação, nos termos já explorados (Considerandos (37) a (40)). O mesmo processo deverá repetir-se, caso esta entidade venha a subcontratar as suas funções em outra entidade terceira (Considerando (41)).

²⁸ O Considerando (35) determina, a este respeito o seguinte: “In any event, in areas where companies most likely resort to the automated processing of personal data to take decisions affecting the individual (e.g. credit lending, mortgage offers, employment, housing and insurance), U.S. law offers specific protections against adverse decisions. These acts typically provide that individuals have the right to be informed of the specific reasons underlying the decision (e.g. the rejection of a credit), to dispute incomplete or inaccurate information (as well as reliance on unlawful factors), and to seek redress. In the area of consumer credit, the Fair Credit Reporting Act (FCRA) and Equal Credit Opportunity Act (ECOA) contain safeguards that provide consumers with some form of a right to explanation and a right to contest the decision. These Acts are relevant in a wide range of areas, including credit, employment, housing and insurance. In addition, certain anti-discrimination laws, such as Title VII of the Civil Rights Act and the Fair Housing Act, provide individuals with protections with respect to models used in automated decision-making that could lead to discrimination on the basis of certain characteristics, and grant individuals rights to challenge such decisions, including automated ones”. EUROPEAN COMMISSION, *Commission Implementing Decision of 10.7.2023 pursuant to Regulation (EU) 2016/679...*, p. 9.

É interessante notar que o contrato em questão deve prever a obrigação de a entidade terceira notificar a organização sujeita ao Quadro de Privacidade dos Dados UE-EUA, caso deixe de respeitar as suas obrigações, momento a partir do qual deverá cessar as operações de tratamento de dados e resolver a situação de forma adequada. Caso se verifiquem problemas de incumprimento numa cadeia de subcontratações de tratamento de dados, a organização que actue como responsável do seu tratamento responderá civilmente, tal como determina o Princípio do Recurso, da Execução e da Responsabilidade, a menos que prove não ser responsável pelo evento causador dos danos (Considerandos (42) e (43)).

g) *Princípio do Recurso, da Execução e da Responsabilidade*
(*Recourse, Enforcement and Liability Principle*)

Este princípio diz respeito ao Princípio da Responsabilização (“accountability”), que determina que as entidades que processem dados devem criar medidas técnicas e organizacionais apropriadas para garantir o cumprimento das suas obrigações relativamente à protecção dos dados a seu cargo. Devem, ainda, estar em condições de provar este cumprimento às competentes entidades supervisoras. Ou seja, assim, que uma entidade decide aderir voluntariamente ao Quadro de Privacidade dos Dados UE-EUA através da respectiva certificação, é obrigada a cumprir os seus Princípios de forma efectiva. Pode fazê-lo através de procedimentos internos (assegurando a devida formação aos seus funcionários, por exemplo; através de auditorias internas que verifiquem periodicamente o cumprimento das suas obrigações) ou através de procedimentos externos (como auditorias externas, controlos aleatórios, uso de ferramentas tecnológicas, etc.). Estas práticas devem ser mantidas num registo, para que possam ser disponibilizadas às competentes entidades supervisoras no contexto de uma investigação ou de uma queixa de não cumprimento perante um organismo independente de resolução de litígios ou a competente autoridade de execução (Considerandos (44) a (46)).

3.4. Administração, supervisão e aplicação do Quadro de Privacidade dos Dados UE-EUA

Finalmente, resta-nos explorar de que forma é que todos estes princípios e normas são implementados na prática.

A entidade responsável pela supervisão da sua efectiva implementação é o *Department of Commerce* (DoC) dos EUA (Considerandos (47)). É este departamento que trata da certificação e re-certificação (anual) das organizações que pretendem aderir (ou conservar a sua adesão) voluntariamente aos Princípios do Quadro de Privacidade, mantendo a lista actualizada das entidades certificadas no seu *website* (Considerandos (48) a (52)). É também o DoC que possui competência para realizar vistorias aleatórias às organizações em causa, a fim de determinar se, efectivamente, cumprem as obrigações que para elas advêm dos Princípios do Quadro de Privacidade (Considerando (53)), e que tem competência para excluir tais organizações da lista, caso o incumprimento destas obrigações seja recorrente (nos termos do procedimento descrito nos Considerandos (54) a (55)). Caso assim seja, estas organizações terão de devolver ou apagar os dados que receberam ao abrigo do Quadro de Privacidade. O mesmo se diga quanto a organizações que afirmem falsamente actuar sob o Quadro de Privacidade (por exemplo, porque falharam os prazos ou não cumpriram os requisitos dos requerimentos de certificação ou de re-certificação, etc.). O DoC tanto pode actuar *ex officio*, como na sequência de queixas que lhe tenham sido apresentadas (nos termos dos Considerandos (56) e ss.).

Para além do DoC, ainda temos outra entidade com competências neste âmbito: a *U.S. Federal Trade Commission* (FTC). A FTC é uma autoridade independente, composta por cinco comissários nomeados pelo Presidente, sob e com o consentimento do Senado. Os comissários exercem as suas funções em exclusividade por um período de sete anos. Estas incluem investigar o cumprimento dos Princípios, investigar falsas alegações de adesão aos Princípios, etc. Caso a FTC encontre situações anómalas, garantirá o cumprimento do Quadro de Privacidade de Dados através do recurso a ordens administrativas ou de tribunais federais, ou mesmo arbitrando acordos, estabelecendo injunções preliminares ou permanentes, cujo cumprimento também controlará. Caso estas medidas não sejam cumpridas, a FTC pode solicitar sanções civis, nomeadamente com fundamento nos danos causados ilegalmente; além disso,

a FTC mantém uma lista *online* das organizações sujeitas a estas medidas ou a processos em tribunal (Considerandos (58) a (61)).

Como vemos, os titulares de dados pessoais que vejam os seus direitos violados podem recorrer a vários mecanismos à sua escolha, tanto administrativos como judiciais.

A primeira hipótese é a de recorrer directamente contra a própria organização dos EUA que procede às operações de tratamento dos seus dados, através de queixa, já que estas organizações, a fim de serem certificadas, são obrigadas a prever mecanismos de recurso independentes, que efectivamente investiguem e apresentem soluções sem qualquer custo para o titular dos dados. Estes mecanismos independentes tanto podem estar estabelecidos nos EUA como na UEE; em alternativa, as organizações podem recorrer a entidades independentes de resolução alternativa de litígios. De uma forma ou de outra, as organizações são obrigadas a disponibilizar um ponto de contacto (dentro ou fora da sua organização) para o qual as queixas serão dirigidas, bem como o corpo independente de resolução alternativa de litígios. A organização é obrigada a responder às queixas no prazo de 45 dias (Considerando (69)).

No entanto, os titulares de dados pessoais, em vez de se dirigirem à organização, podem recorrer directamente à entidade independente designada por esta para a resolução alternativa de litígios, ou à *Data Protection Authority* nacional em causa, ao DoC ou até à FTC. Se todas estas queixas não conduzirem a uma resolução do problema, como *ultima ratio*, os titulares dos dados podem ainda recorrer à arbitragem vinculativa prevista no Anexo I dos *EU-U.S. Data Privacy Framework Principles Issued by the U.S. Department Of Commerce*²⁹ (Considerandos (68), (73) a (87)).

4. Notas conclusivas

Como vimos, apesar de os EUA não possuírem uma regulamentação que replique o nosso RGPD, possuem vários mecanismos que garantem a protecção dos cidadãos europeus cujos dados pessoais sejam transferidos

²⁹ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Implementing Decision of 10.7.2023 pursuant to Regulation (EU) 2016/679...*, p. 95.

para um subcontratante nos EUA por parte do responsável pelo tratamento de dados pessoais na UE, que será a pessoa que os recolheu.

Para além disso, como vimos, desde que as organizações dos EUA que procedam ao tratamento de dados pessoais se encontrem certificadas (e, por isso, colocadas na lista do Quadro de Privacidade de Dados UE-EUA), têm de respeitar princípios semelhantes aos que vigoram na UE, havendo entidades competentes previstas na legislação nacional norte-americana para lidar com o seu incumprimento e garantir o devido ressarcimento em caso de danos e demais medidas necessárias e adequadas à situação em concreto.

Assim, a Decisão de Conformidade da CE determina no seu artigo 1º que, para os efeitos do artigo 45º do RGPD, os EUA asseguram um nível adequado de protecção dos dados pessoais que sejam transferidos da UE para as organizações que se encontrem elencadas na lista do Quadro de Privacidade de Dados que é mantido e tornado público pelo DoC dos EUA.

O problema estará, cremos, nos casos em que seja o próprio titular de dados pessoais a ceder os seus dados a organizações norte-americanas, quando estas não se encontrem certificadas, nem se tenham comprometido a respeitar os referidos princípios. Ainda que a recolha dos dados tenha sido efectuada na UE (pois, nos termos do art. 4º, al. 2), do RGPD, a simples recolha de dados já é considerada “tratamento de dados”), se o responsável pelo tratamento de dados possuir a sua sede ou estabelecimento fora da UE e as actividades de tratamento estiverem relacionadas com a oferta de bens ou serviços fora da UE, estaremos fora do âmbito de aplicação territorial do RGPD (cfr. o seu artigo 3º) e não se tratará de um caso de transferência de dados pessoais ao abrigo dos seus artigos 44º e ss. O mesmo se diga caso a recolha for feita já nos EUA, onde é de aplicar a lei norte-americana *tout-court*...

É caso para dizer: “em Roma, sê romano”.

PRESUNÇÃO DE CONTRATO DE TRABALHO NO ÂMBITO DE PLATAFORMA DIGITAL: ALGUNS ASPETOS MATERIAIS E PROCESSUAIS

Teresa Coelho Moreira¹
Marco Carvalho Gonçalves²
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.21>

1. O trabalho através de plataformas digitais

1.1. Atualmente há uma *app* para tudo ou quase tudo, desde atividades mais simples, como entrega de alimentação, até atividades mais complexas, como prestação de serviços jurídicos, surgindo todos os dias novas plataformas digitais. Na verdade, em teoria, qualquer atividade pode ser transformada *plataformizada*.

¹ Doutora em Direito. Professora Associada com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro integrado do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação e Coordenadora do Grupo de Investigação em Direitos Humanos do mesmo. Coordenadora científica do *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021*. tmoreira@direito.uminho.pt

² Doutor em Direito. Professor Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro integrado do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação e membro da Comissão Diretiva do mesmo. Vice-Presidente da Escola de Direito da Universidade do Minho e Presidente do Conselho Pedagógico da mesma.

Por outro lado, mesmo aquelas plataformas que estão bem sedimentadas no mercado quase que se reinventam todos os dias ou variam a sua aplicação de país para país³.

As plataformas digitais de trabalho desempenham um papel fundamental na transição digital da economia europeia e são um fenómeno em expansão. Segundo dados apresentados pela Comissão Europeia⁴, «a dimensão da economia das plataformas digitais de trabalho na UE quase quintuplicou, passando de cerca de 3 mil milhões de euros em 2016 para aproximadamente 14 mil milhões de euros em 2020. As plataformas digitais de trabalho representam inovação, criam emprego e reforçam a competitividade da UE. Proporcionam rendimentos complementares, nomeadamente àquelas pessoas cujo acesso aos mercados de trabalho pode ser mais difícil. No entanto, o trabalho nas plataformas digitais pode também resultar em condições laborais precárias e num acesso inadequado à proteção social para muitas pessoas que exercem a sua atividade através dessas plataformas. O principal desafio do trabalho nas plataformas digitais está relacionado com o estatuto profissional, o que determina o acesso dos seus trabalhadores aos direitos laborais e à proteção existentes. Além disso, as pessoas que trabalham através de plataformas podem estar sujeitas a decisões automatizadas dependentes de algoritmos, sem terem a possibilidade de as questionar e procurar obter reparação. Muitas vezes, têm também um acesso limitado a mecanismos de representação e negociação coletiva. Por último, existem também desafios relacionados com a natureza transfronteiriça do trabalho nas plataformas digitais e com a possibilidade de identificar o país onde o trabalho é prestado».

Na verdade, um dos desafios de partida na reflexão sobre esta matéria prende-se com a dificuldade em estimar o número de trabalhadores das plataformas. Segundo a OIT⁵, a dificuldade em fazer estimativas rigorosas sobre o emprego nas plataformas prende-se desde logo com a distinção entre os trabalhadores diretamente empregados pelas plataformas digitais e os

³ *Vd. AGNIESZKA PIASNA, WOUTER ZWYSEN e JAN DRAHOKOUPIL, The platform economy in Europe - Results from the second ETUI Internet and Platform Work Survey*, ETUI, Bruxelas, 2022, pp. 14 e ss.

⁴ *Proteger as pessoas que trabalham nas plataformas digitais*, Bruxelas, 15 de junho de 2021.

⁵ *World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, Genebra, 2021

trabalhadores cuja atividade é apenas mediada pelas plataformas – sendo que esta última categoria é não apenas a mais frequente mas também a que se reveste de menor transparência, dado que a maioria das plataformas não informa sobre o número de trabalhadores nela registados^{6 7}.

Mesmo perante esta dificuldade, dados do Conselho Europeu⁸ demonstram que em 2022 existiam cerca de 28,3 milhões de pessoas a trabalharem nas plataformas digitais⁹ e que se espera que sejam cerca de 43 milhões em 2025.

Em Portugal convém referir que não há certezas quanto ao número de TVDE'S ou estafetas mas uma das maiores plataformas deste tipo a operar em Portugal – a *Bolt* – referiu que tinha mais de 20 mil «motoristas» e cerca de 9 mil estafetas¹⁰.

1.2. No trabalho nas plataformas digitais podemos falar de *Crowdwork*, que pode ser quer o *crowdwork online*, quer o *crowdwork offline*, na medida em que há atividades que podem ser realizadas completamente *online* e oferecidas globalmente. Assim, há atividades que podem ser *oferecidas* de forma global, e outras há que exigem uma execução local. Nas primeiras, qualquer pessoa, em qualquer local do mundo, pode realizá-las; nas segundas, isso já não é possível. Esta noção é importante porque a presunção de laboralidade que iremos abordar aplica-se a qualquer tipo destas plataformas, ainda que alguns indícios estejam mais presentes numas do que noutras.

No *crowdwork online*, as atividades prestadas, que são uma espécie de *face oculta da lua*, porque não se conhece a realidade de muitas pessoas que

⁶ TERESA COELHO MOREIRA e GUILHERME DRAY, *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021*, GEP, 2022, p. 69.

⁷ Contudo, num estudo realizado pelo ETUI, AGNIESZKA PIASNA, WOUTER ZWYSEN e JAN DRAHOKOUPIL, *The second ETUI Internet and Platform Work Survey Country tables*, 2022, mostrou que mais de 70% dos trabalhadores de plataformas que faziam entregas ou transportavam pessoas não tinham um diploma universitário. Os trabalhadores migrantes estavam desproporcionadamente representados entre os trabalhadores deste tipo de plataformas quando comparados com os que se dedicavam a outros tipos de atividade.

⁸ *In* <https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/digital-platform-workers/>.

⁹ Quase o mesmo dos que trabalham na manufatura – 29 milhões.

¹⁰ Para as plataformas é um negócio altamente lucrativo. Veja-se a entrevista que Nuno Inácio, responsável por uma das maiores plataformas de transporte e também de entrega em Portugal – a Bolt - deu à jornalista Catarina Pereira do *Jornal de Negócios* no dia 17 de fevereiro de 2023 e que disse que «Portugal é um dos dez países onde a Bolt mais fatura entre os 45 onde opera. Em 2022, só o volume de negócios da operação de TVDE duplicou, ficando 60% acima de 2019». Por outro lado, esclarece ainda que «Em termos de dimensão, o escritório da Bolt em Lisboa é o terceiro maior a nível global e, em termos de equipa, situa-se em sexto lugar. Ao nível do volume de negócios, crescemos mais de 100% no negócio TVDE em 2022».

trabalham desta forma, podem ser extremamente repetitivas, monótonas sem que, muitas vezes, as pessoas tenham conhecimento do que estão realmente a fazer porque não têm acesso aos produtos finais, o que pode levantar questões, desde logo, relacionadas, *inter alia*, com problemas éticos. Por outro lado, algumas destas plataformas usam, por vezes, como forma de pagamento, vales de videogames da própria empresa, o que já levantou a questão do eventual trabalho infantil e a proibição da retribuição ser feita através desta forma, bastando para tal ter em consideração a Convenção número 95 da OIT.

Nestes casos, a concorrência é verdadeiramente global, e pode originar uma *race to the bottom*. Estas atividades, normalmente oferecidas através da *cloud*, podem incluir tarefas mal pagas, também chamadas de *microtarefas*, assim como grandes tarefas, a serem divididas em pequenas, para tornar mais simples e mais baratas. Contudo as tarefas podem exigir uma elevada qualificação não significando isto que sejam bem pagas porque, como a concorrência é verdadeiramente global, a remuneração pode ser parca ou, até, inexistente, devido à cláusula de satisfação do cliente. Acresce que, estas tarefas também são muito mal pagas porque não se tem em consideração o tempo que os trabalhadores têm de estar disponíveis *online*, nem o tempo que têm de estar à procura de uma tarefa. Acresce, ainda, um outro problema e que é a da sua permanente disponibilidade em termos temporais porque, como trabalham *online* e com fusos horários diferentes dos utilizadores, têm prazos muito curtos para cumprir, tendo de responder imediatamente. Assim, a aparente flexibilidade destas formas de prestar trabalho também necessita de ser repensada, havendo, inequivocamente, um enorme controlo.

Existem, ainda, outras atividades, o denominado *crowdwork offline* ou *work on demand via apps*, ou, ainda, *location based platforms* que exigem uma presença física e, por isso, a concorrência não é global, embora se levantem também várias questões e violação de regras de Direito do Trabalho pois o trabalho é realizado à *chamada*, denominado *on demand work*, originando um incremento da força de trabalho *just-in-time*, e de que o exemplo mais conhecido é o da *Uber* enquanto plataforma digital relacionada com os transportes. Há, também, plataformas digitais associadas a serviços domésticos, desde limpeza, mudanças a *bricolage* e de cuidado. Nestes últimos, o trabalhador da plataforma normalmente entra em contacto direto com o utilizador.

A maior parte do trabalho nas plataformas digitais centra-se neste último tipo de *crowdwork offline*, ocupando cerca de 92% da totalidade do mesmo¹¹.

Em qualquer destas formas de prestar trabalho há muitos períodos de tempo não retribuídos, como o tempo de espera, que pode ser muito dependendo da plataforma.

Nas duas situações referidas também há horários completamente irregulares, com permanência constante do trabalhador *online*, como de permanente disponibilidade, sendo que há alturas de *zero hours* e outras de *rush hours*.

As condições de trabalho são, na maior parte dos casos, extremamente precárias, pois recebem muito pouco e sob a fórmula de *pay as you go, just in time*, são despedidos quando já não servem, vítimas de uma feroz competitividade entre os *aspirantes* a emprego¹².

1.3. Perante esta situação, uma das questões que assume uma enorme importância é a da qualificação das relações existentes entre quem presta a atividade nas plataformas digitais, com inúmeros casos já julgados um pouco por todo o mundo – só na Europa, dados até junho de 2022 indicavam que tinham sido decididos mais de 220 casos sobre a qualificação do contrato, sendo que a maior parte deles, pelo menos relativamente aos dois tipos de plataformas que constituíram a maior parte das decisões e que são as plataformas de transporte e de entrega, as decisões mais recentes e/ou dos tribunais de última instância, na maioria dos países classificaram como trabalhadores quem realiza atividades para as plataformas¹³.

Na verdade, estas decisões originaram que as plataformas tivessem de pagar milhões de euros de impostos e contribuições para a segurança social, indemnizações aos trabalhadores, que ascenderam em parte a montantes de seis dígitos, nalguns casos, reintegração, e, ocasionalmente, condenações ao abrigo do Direito Penal.

Contudo, tal como CHRISTINA HIEßL, consideramos que muito mais complexa é a questão das consequências a longo prazo para as futuras

¹¹ <https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/digital-platform-workers/>

¹² Cf., para maiores desenvolvimentos, TERESA COELHO MOREIRA, *Direito do Trabalho na Era Digital*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2023.

¹³ Ver CHRISTINA HIEßL, «The legal status of platform workers: regulatory approaches and prospects of a European solution», in *Italian Labour Law e-Journal Issue 1*, Vol. 15, 2022, pp. 9-10.

relações laborais com as empresas das plataformas digitais. Até agora, apesar das centenas de decisões que julgaram a favor da existência de um contrato de trabalho, não existiu qualquer mudança em grande escala por parte das mesmas em contratar como seus trabalhadores quem presta atividade para as mesmas¹⁴.

Na verdade, o que assistimos é que, em geral, a esmagadora maioria das plataformas tem rejeitado contratar. A reação padrão das principais plataformas a decisões judiciais que decidem que se trata de contrato de trabalho tem sido a de uma combinação de decisões de recurso até à última instância e alteração repetida dos seus termos e condições para alterar as circunstâncias das situações.

Nomeadamente as plataformas de transporte, que têm sido tipicamente confrontadas com processos judiciais desenvolveram abordagens específicas para cada país e, conseqüentemente, estão a trabalhar em parte ou mesmo exclusivamente com subcontratantes que contratam os seus motoristas (dependendo dos requisitos da legislação nacional). E este recurso à subcontratação também ganhou popularidade para outro tipo de plataformas¹⁵.

2. Artigo 12.º-A: Presunção de contrato de trabalho no âmbito de plataforma digital

2.1. A questão da qualificação assume uma enorme importância no trabalho nas próprias plataformas digitais porque elas próprias tentam não ser abrangidas pelas regras do Direito do Trabalho, invocando, muitas vezes, serem meras *intermediárias tecnológicas* e, em muitas delas, nos contratos celebrados, estabelece-se esta natureza, chegando a impor uma terminologia própria e inventada, disfarçando a realidade da situação, utilizando uma linguagem própria para tentar fugir a este regime. Recorrem a expressões como, *inter alia*, *turks*, *riders*, *slashers*, *coworkers*,

¹⁴ Ainda que segundo um Relatório apresentado pela ESADE e pela *Just Eat*, *Ley Rider*, *un año después*, de outubro de 2022, se demonstre que ocorreu um crescimento da contratação através de contratos de trabalho.

¹⁵ *Vide* CHRISTINA HIEßL, *op. cit.*, p. 24.

colaboradores e empreendedores, para disfarçar situações de verdadeiro trabalho subordinado em muitas situações¹⁶.

Por outro lado, dados da UE demonstram que só 2 milhões de pessoas que trabalham nas plataformas digitais são trabalhadores¹⁷, enquanto 93%, ou seja, 26,3 milhões são considerados trabalhadores independentes. Contudo, destes, cerca de 5 milhões, ou seja, 19%, são erradamente classificados como autónomos¹⁸.

2.2. Claro que se reconhece a dificuldade de, em muitas situações, se aferir o carácter laboral ou não de algumas atividades uma vez que, regra geral, de acordo com o art. 342º do CC, o ónus da prova da existência do contrato de trabalho recairia sobre o trabalhador, que tinha de provar a existência de retribuição, da prestação de uma atividade e dos factos que habilitassem o tribunal a concluir pela presença de subordinação jurídica. E, nos casos de dúvida, era muito frequente o recurso jurisprudencial ao chamado *método indiciário*, para conseguir decidir sobre a (in)existência de um contrato de trabalho. Para tal, o tribunal recorria a vários elementos indiciários como forma de testar a existência de uma situação de autonomia ou de subordinação na prestação de trabalho. Para tentar facilitar a prova, e seguindo a Recomendação nº 198 da OIT, o legislador português estabeleceu no art. 12º do Código do Trabalho uma presunção da existência de contrato de trabalho, uma *presunção de laboralidade*. Esta presunção visa combater a dissimulação ilícita de relações de trabalho, tendo em conta a noção jurídica de presunção prevista no art. 349º do CC.

Segundo o atual art. 12º basta que estejam preenchidos dois dos requisitos nele enunciados para que se presuma a existência de contrato de trabalho,

¹⁶ Muitas vezes a linguagem que estas plataformas utilizam para captar clientes é extremamente apelativa. Exemplos de linguagem: Seja o seu próprio empregador; Seja dono do seu tempo; Faça exercício enquanto trabalha (no caso dos riders); Trabalhe apenas quando quiser; Sem escritório e sem empregador. Outra máxima muito difundida e que cativa bastantes pessoas no que concerne à Uber, por exemplo, assenta na garantia de segurança, tanto para os passageiros, como para os motoristas, utilizando *slogans* como Uber: uma viagem na qual você pode confiar; garantimos a sua segurança através do nosso GPS; ou Uber: Drive Safe. No caso da Foodora, pode ver-se «*Did you ever wonder why so many 'pink bikers' are riding around Berlin? Well, we know why! They all love to have a super flexible job, earn good money and be their own boss, which is exactly why they already joined the Foodora network*», ou, no caso da Deliveroo, «*You decide when to work. Working with Deliveroo gives you flexibility and independence. And by being self-employed, you enjoy the advantages of working to your own availability*».

¹⁷ Cerca de 7 %.

¹⁸ Dados que podem ser consultados em <https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/digital-platform-workers/>.

cabendo à contraparte a prova em sentido contrário. Note-se, contudo, que é uma presunção *iuris tantum*, nos termos do art. 350º do CC, pelo que nada impede que o beneficiário da atividade consiga provar que não se trata de um contrato de trabalho.

Contudo, esta presunção, apesar de ser positiva, foi perspetivada para as relações de trabalho *típicas*, para as relações de trabalho na era *pré digital*. *Para as novas formas de prestar trabalho, para o trabalho nas plataformas digitais, para o trabalho na era digital, novos desafios surgiram e para os quais, porventura, a presunção deste artigo não consegue dar resposta satisfatória.*

Por isso, o legislador reconheceu, e bem na nossa opinião, a inadequação da presunção de laboralidade, nos moldes estabelecidos pelo CT, para enfrentar os problemas emergentes das novas formas de trabalhar através de plataformas digitais. Fatores como, *inter alia*, a propriedade dos equipamentos e instrumentos de trabalho, a existência de um horário de trabalho determinado pelo beneficiário da atividade e o pagamento de uma retribuição certa, são indícios clássicos de subordinação jurídica, mas são indícios escassamente operacionais para enfrentar os novos tipos de dependência resultantes da prestação de serviços para uma determinada empresa, via plataformas¹⁹.

2.3. A este nível é importante referir o que constava do *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021*²⁰.

¹⁹ Sobre toda a questão da presunção de laboralidade cf. TERESA COELHO MOREIRA, última *op. cit.*, pp. 71 e ss. e TERESA COELHO MOREIRA e JOÃO LEAL AMADO, «A lei sobre o TVDE e o contrato de trabalho: sujeitos, relações e presunções», in *PDT*, 2019 – I, assim como «**La loi sur les plateformes de transport et le contrat de travail au Portugal: sujets, relations et présomptions**», in *Regards interdisciplinaires sur le travail de plateforme*, Editions Teseo, França, 2022.

²⁰ Não podemos deixar de mencionar a Proposta de Diretiva relativa à melhoria das condições de trabalho nas plataformas digitais que se encontra ainda em discussão e que consagra uma presunção de laboralidade no art. 4º, assim como no ordenamento jurídico espanhol, a Ley 12/2021, de 28 de setembro, *por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales*, que converteu em lei o Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo estabelece uma presunção legal nas plataformas digitais de entrega (mas não nas de transporte, nem nas que trabalham em *crowdwork online*), segundo a qual, «*Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital*». Este art. 8.1 do ET refere-se à existência de uma presunção jurídica de laboralidade do contrato estabelecendo que «*1. El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel*». Ora, se por um lado poderia parecer difícil a prova destes elementos todos nas

Este traça uma linha de rumo na qual nos revemos e que consideramos que deve ser seguida até atendendo à Diretiva 2019/1152, de 20 de junho de 2019, relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia, Diretiva que consagra no considerando 8 que «A determinação da existência de uma relação de trabalho deve basear-se nos factos relativos à prestação efetiva de trabalho e não no modo como as partes descrevem a relação» e que já estava na Recomendação nº 198 da OIT que abordava a questão da primazia dos factos. Com efeito, no *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021* pode ler-se, como uma das linhas de reflexão para as políticas públicas em matéria de plataformas digitais: «Criar uma presunção de laboralidade adaptada ao trabalho nas plataformas digitais, para tornar mais clara e efetiva a distinção entre trabalhador por conta de outrem e trabalhador por conta própria, sublinhando que a circunstância de o prestador de serviço utilizar instrumentos de trabalho próprios, bem como o facto de estar dispensado de cumprir deveres de assiduidade, pontualidade e não concorrência, não é incompatível com a existência de uma relação de trabalho dependente entre o prestador e a plataforma digital».

Creemos que estes pontos devem ser registados, sublinhados e aplaudidos: criar uma presunção de laboralidade, adaptada às novas formas de prestar trabalho via *apps*; sublinhar que o facto de o prestador de serviço utilizar instrumentos de trabalho próprios ou não estar sujeito a certos deveres inerentes à relação laboral tradicional não obsta, por si só, à existência de trabalho subordinado; e, *last but not least*, afirmar que poderá existir uma relação de trabalho dependente entre o prestador e a plataforma digital, sem a presença de um terceiro ente, ao jeito de um qualquer «operador de TVDE» — tudo isto nos parece corresponder a premissas muito acertadas e promissoras na abordagem destas questões.

plataformas digitais, há jurisprudência consolidada do Tribunal Supremo Espanhol sobre a mesma, sobretudo o acórdão de Uniformização de Jurisprudência de 25 de setembro de 2020 que considerou como verdadeiros contratos de trabalho todos os contratos dos entregadores da *Glovo*. Sobre esta decisão *vide* TERESA COELHO MOREIRA e JOÃO LEAL AMADO, *A Glovo, os Riders/Estafetas e o Supremo Tribunal de Espanha: Another Brick in the wall?*, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2020/2.

2.4. Em Portugal, após várias versões deste artigo, foi aprovado o artigo 12º-A com a epígrafe *Presunção de contrato de trabalho no âmbito de plataforma digital*.

Na verdade, na versão inicial aprovada na generalidade através da Proposta de Lei nº 15/XV este artigo tinha uma redação que, segundo a nossa opinião, não era a melhor porque a presunção era estabelecida em termos iguais entre a plataforma digital e quem presta a atividade na mesma e entre este e o intermediário - não apenas entre os dois primeiros, criando-se, aqui um terceiro ente-, o que não estava de acordo com o que tinha sido defendido nas Linhas de Reflexão para Políticas Públicas no *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021*. Entretanto, a 20 de outubro de 2022, foi apresentada uma proposta de alteração a este artigo que melhorou, substancialmente, a redação do mesmo, que foi alterada a 15 de dezembro para uma versão ainda melhor e que é a que consta da versão final aprovada. Reconhece-se que é um artigo muito extenso – 12 números - e complexo, mas bastante melhor do que as duas anteriores versões apresentadas e com um saldo final que nos parece claramente positivo, por vários motivos.

A presunção do art. 12.º-A é uma presunção legal o que origina a inversão do ónus da prova nos termos do art. 344º do CC, mas é ilidível e, por isso, admite prova em contrário.

Ora, atendendo a esta ideia analisemos então o art. 12º-A, que levanta várias questões mas, antes de as ver, convém chamar a atenção para alguns aspetos gerais sobre esta presunção.

E a primeira é essa mesma. A de que se trata de uma presunção. A lei não estabelece qualquer obrigatoriedade de que todas as pessoas que prestam atividade nas plataformas digitais tenham de ver os seus contratos *convertidos* em contratos de trabalho. Claro que nada impede que as plataformas, atendendo ao que consta na presunção, olhem para o seu modelo de negócios, para a evolução do Direito do Trabalho e celebrem voluntariamente contratos de trabalho como aliás, aconteceu em Espanha com algumas plataformas digitais. Mas isto é a título voluntário. Não é o que está na lei.

O que está na lei é uma presunção e ilidível que visa facilitar e clarificar a distinção entre quem é verdadeiro trabalhador autónomo e quem é um falso trabalhador autónomo perante estas novas formas de prestar trabalho. Não

significa que todos que prestam atividade nas plataformas sejam trabalhadores. Quem for verdadeiro autónomo continuará a ser.

2.4.1. Em primeiro lugar, parece-nos de saudar que a presunção seja estabelecida entre a plataforma digital e o prestador de atividade que nela opera. Desaparece da presunção do nº 1 a figura do intermediário. E este é um ponto muito positivo aliás em conformidade com a Proposta de Diretiva Europeia, porque a existência deste ente de *permeio* traduzia uma mudança de visão do legislador e do próprio modelo de negócios da economia colaborativa.

Por outro lado, a existência deste intermediário poderia (e poderá) levantar vários problemas. Desde logo, porque esta terceira pessoa pode ser quem trabalha na plataforma, mas *transvestido/mascarado* de pessoa coletiva como acontece em vários casos de motoristas de plataformas, ainda que aí por imposição legal através da lei 45/2018, de 10 de agosto. Contudo, quanto a esta Lei, a denominada Lei da TVDE, o legislador também resolveu clarificar - e bem quanto a nós-, porque uma questão que se levantava nas anteriores versões era a de saber como conciliar a remissão da lei 45/2018, de 10 de agosto para o art. 12º com o agora art. 12º-A. Ora o legislador, no nº 12 do art. 12º-A, respondeu afirmativamente no sentido de defender que a presunção prevista no nº 1 deste artigo também se aplica «às atividades de plataformas digitais, designadamente as que são reguladas por legislação específica relativa a transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica». Isto significa, na nossa opinião, que a lei 45/2018, de 10 de agosto, terá de ser alterada em vários aspetos, sobretudo consideramos que tem de deixar de obrigar a que para alguém se conseguir registar numa plataforma digital, tenha de ser uma pessoa coletiva, tal como consta da lei, já que a presunção prevista no nº 1 do art. 12º-A é entre o prestador de atividade e a plataforma digital e é para esta que o número 12 remete.

Claro que a figura do intermediário não desaparece totalmente surgindo no nº 5 deste artigo, mas apenas a título subsidiário e como uma forma de a plataforma tentar ilidir a presunção. Porém, mesmo nesta situação, a lei clarificou que cabe ao tribunal determinar quem é a entidade empregadora.

Na verdade, algumas questões eram levantadas nas anteriores versões e parece-nos que, com esta redação do nº 6, ficam resolvidas ou, pelo menos, mais clarificadas.

Assim, desde logo, questionava-se se, caso existisse um contrato de prestação de serviços entre o prestador de atividade e o intermediário, poderia aquele intentar uma ação, sob a forma de processo comum, por via da qual se declare a existência de um contrato de trabalho, e demandar, ao abrigo do art. 12º-A, quer a plataforma, quer o intermediário, provando, quanto a ambos, a verificação de alguma das presunções previstas no nº 1 desse preceito legal.

Relativamente a esta problemática, afigura-se que a resposta não pode deixar de ser afirmativa, já que, salvo melhor opinião, existe uma presunção quanto à natureza do negócio e outra presunção quanto à identidade do empregador.

Questão igualmente problemática era a de saber que resposta dar na eventualidade de, formalmente, existir um contrato de trabalho entre o prestador de atividade e o intermediário da plataforma digital, mas, na verdade, todos os índices evidenciarem que o verdadeiro empregador era a plataforma digital. Poder-se-ia, nessa eventualidade, invocar-se o princípio da primazia da realidade e aplicar-se o art. 12º-A?

Ora, salvo melhor opinião, a redação do número 6 desse preceito legal veio dar resposta positiva a estas questões, sendo certo que caberá “ao tribunal determinar quem é a entidade empregadora”.

Ainda sob o prisma processual, o art. 12º-A suscita algumas questões que assumem particular relevância.

Desde logo, pode suceder que exista uma dúvida fundada sobre o sujeito da relação controvertida, isto é, sobre se a relação laboral se encontra efetivamente estabelecida com a plataforma digital ou, pelo contrário, com um intermediário da plataforma.

É um facto que, nessa eventualidade, nada obsta a que o prestador de atividade proponha uma ação declarativa comum, tendente à declaração da existência de um contrato de trabalho, apenas contra a entidade – isto é, a plataforma digital ou o intermediário – que o prestador considere ser o sujeito efetivo da relação laboral.

Simplesmente, nessa eventualidade, o prestador de atividade pode não lograr comprovar a existência de uma relação laboral, nos exatos termos em

que a ação foi por si configurada, com a consequente improcedência da ação e eventual necessidade de propositura de nova ação contra a outra entidade, podendo tal redundar na oposição de julgados quanto aos sujeitos efetivos da relação de trabalho²¹.

Paralelamente, pode ocorrer que a ação seja intentada apenas contra a plataforma digital e que esta, à luz do nº 5 do art. 12º-A, venha invocar, com uma finalidade meramente dilatória, que a atividade é efetivamente prestada perante um intermediário da plataforma digital, provocando, assim, um atraso no processo²².

Ora, para obviar quer à duplicação de ações face à mesma relação jurídica controvertida, quer ao risco de proferimento de decisões contraditórias²³, quer ainda ao eventual surgimento de dilações desnecessárias no processo, será aconselhável que o prestador de atividade se socorra do regime jurídico da pluralidade subjetiva subsidiária, previsto no art. 39º do Código de Processo Civil (CPC).

Na verdade, a pluralidade subjetiva subsidiária encontra justificação no princípio da economia processual, já que, em caso de dúvida fundada – a qual pode resultar da “ignorância, incerteza ou dúvida quanto à qualidade em que o sujeito a demandar interveio na relação material controvertida”²⁴ – a lei permite ao autor propor uma única ação contra dois ou mais sujeitos, em situação de litisconsórcio voluntário.

Consequentemente, por via deste regime, o prestador de atividade pode deduzir, em litisconsórcio subsidiário, o mesmo pedido de declaração da existência de contrato de trabalho contra a plataforma digital e contra o intermediário da plataforma – demandando, em via principal, a entidade que considere ser a efetiva ou provável titular da relação jurídica laboral e, em via subsidiária, a entidade que, por mera hipótese, poderá ser a titular dessa relação – desde que, na petição inicial, alegue a existência de uma

²¹ Cfr., quanto a este problemática, CARLOS FRANCISCO DE OLIVEIRA LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, p. 70.

²² Alertando para o perigo de o réu, nestas situações, enveredar por condutas dilatórias, atirando a «responsabilidade para os ombros do outro possível sujeito passivo, que não figurasse como parte na causa», vide CARLOS FRANCISCO DE OLIVEIRA LOPES DO REGO, *op. cit.*, p. 70.

²³ JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito Processual Civil*, 14.ª edição, Almedina, Coimbra, 2018, p. 134.

²⁴ FRANCISCO MANUEL LUCAS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Processual Civil*, vol. I, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, p. 435.

dúvida, devidamente fundamentada, respeitante aos factos e/ou à interpretação da norma aplicável²⁵, sobre quem será o sujeito efetivo da relação jurídica controvertida. Nesta hipótese, verificar-se-á uma subsidiariedade subjetiva²⁶, porquanto uma das rés é demandada por forma a que o tribunal aprecie, quanto a ela, o mérito da pretensão deduzida pelo autor apenas e somente para a eventualidade de o pedido principal não proceder²⁷.

Neste particular, importa sublinhar que a redação dos n.ºs 5 e 6 do art. 12º-A reforça a necessidade de recurso ao regime jurídico da pluralidade subjetiva subsidiária sempre que se encontrem preenchidos os respetivos pressupostos legais.

Na verdade, de acordo com este preceito, se for demandada apenas a plataforma digital, esta pode invocar a sua ilegitimidade processual passiva, alegando que não é a efetiva titular da relação material controvertida, tal como a mesma foi configurada pelo autor, pelo facto de a atividade ser efetivamente prestada perante um intermediário.

Simplesmente, o art. 12º-A, nº 5, constitui uma exceção ao regime geral constante do art. 30º, nº 3, do CPC.

De facto, à luz do art. 30º, nº 3, do CPC, na falta de indicação em contrário, são considerados titulares do interesse relevante para o efeito da legitimidade os sujeitos da relação controvertida, tal como a mesma foi configurada pelo autor. Significa isto que, por via deste regime, se o autor demandasse apenas a plataforma digital, esta não poderia invocar, do ponto de vista formal, a sua ilegitimidade, já que, processualmente, aquilo que releva é o modo como o autor configurou a ação²⁸.

²⁵ JOSÉ LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, p. 111.

²⁶ Cfr., a este respeito, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 05.03.2018, proc. 1668/15.9T8PVZ.P1 (relator Miguel Baldaia de Moraes), in <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fd/f/d857ceb203bc2b4c8025825c004dd7a7?OpenDocument>. Na doutrina, Miguel Teixeira de Sousa sustenta que, neste caso, em vez de existir um pedido principal e um pedido subsidiário, verifica-se, pelo contrário, uma parte principal e uma parte subsidiária (MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, «Apreciação de alguns aspectos da “Revisão do Processo Civil - Projecto”», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 55, vol. II, julho 1995, p. 378).

²⁷ Em todo o caso, Miguel Teixeira de Sousa admite a possibilidade de os réus serem demandados, não em relação de subsidiariedade, mas antes de alternatividade, não recaindo, por isso, sobre o autor o ónus de estabelecer uma relação subsidiária entre os réu (MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1997, p. 167).

²⁸ Cfr., a este respeito, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código*, 4.ª ed., Gestlegal, Coimbra, 2017, pp. 77 e 78, bem como ANTUNES VARELA et al. *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2018, pp. 141 a 143.

Diversamente, o art. 12º-A, nº 5, não só permite que a plataforma digital invoque a sua ilegitimidade processual e substantiva, como também impõe, nesse caso, ao tribunal o dever de apurar quem é a efetiva entidade empregadora.

Nessa exata medida, o acionamento, pelo autor, da figura do litisconsórcio eventual ou subsidiário encontrará plena justificação seja no princípio da economia processual, seja na necessidade de descoberta da verdade material, já que o tribunal não pode limitar-se a absolver a ré da instância na eventualidade de concluir que esta, ao invés do alegado pelo autor, não é a efetiva entidade empregadora.

Por último, importa salientar que, da conjugação do disposto nos n.ºs 5 e 6 do art. 12º-A resultará, necessariamente, uma modificação subjetiva da instância.

Na verdade, se a ação for proposta somente contra a plataforma digital e se esta, em sede de contestação, invocar que, contrariamente ao alegado pelo autor, a atividade é efetivamente prestada perante pessoa singular ou coletiva que atue como intermediário da plataforma digital, tal determinará que o intermediário careça de intervir na ação a título principal, mediante um incidente de intervenção principal provocada, atento o disposto no art. 316º, nº 3, al. a), do CPC.

Com efeito, a obrigação de o intermediário intervir na ação a título principal não decorre da circunstância de a plataforma digital carecer de legitimidade processual passiva, atento o modo como o autor configurou a ação²⁹, mas antes do facto de o intermediário passar a ter interesse direto em contradizer, face ao prejuízo que para si advirá na eventualidade de o tribunal estabelecer que o mesmo é o efetivo titular da relação jurídica laboral (art. 30º do CPC).

Acresce que, só mediante esse chamamento e após o subsequente exercício do direito ao contraditório, o tribunal estará em condições de determinar quem é a efetiva entidade empregadora.

Do mesmo modo, o chamamento do intermediário é absolutamente fundamental para que o mesmo fique vinculado pelo efeito do caso julgado

²⁹ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, p. 79.

da sentença que venha a ser proferida quanto aos sujeitos da relação jurídica laboral e ao mérito da causa, atento o disposto no art. 320º do CPC³⁰.

Por último, perguntar-se-á sobre quem recai o ónus de provocar a intervenção principal do intermediário da plataforma digital, isto é, sobre se o prestador de atividade ou sobre a plataforma digital.

Com efeito, nos termos do art. 316º, nº 2, do CPC, o autor pode provocar a intervenção principal de um terceiro contra o qual pretenda deduzir um pedido subsidiário – isto é, o mesmo pedido, mas contra pessoa diversa –, ao abrigo do disposto no art. 39º do CPC. Na verdade, esta pluralidade subjetiva subsidiária superveniente encontra justificação no facto de a dúvida fundada sobre a titularidade efetiva da relação jurídica controvertida apenas surgir em consequência da contestação deduzida pela ré³¹.

Consequentemente, se a ação tiver sido proposta apenas contra a plataforma digital e se esta, em sede de contestação, invocar que é parte ilegítima, já que a relação jurídica laboral se acha efetivamente estabelecida com um intermediário, caberá ao autor, a título subsidiário ou eventual, suscitar a intervenção principal do intermediário, já que é o autor quem tem a obrigação de providenciar pela regularização da instância, atento o disposto nos arts. 6º, nº 2, e 590º, nº 2, do CPC³².

Saliente-se ainda que, por aplicação das regras gerais da lei de processo civil, o eventual chamamento do intermediário à ação, a título de litisconsórcio subsidiário, constituiria uma mera faculdade, dependente da livre vontade do autor (arts. 39º e 316º, nº 2, do CPC).

Contudo, conforme se referiu *supra*, se a plataforma digital, uma vez demandada na ação, invocar que é parte ilegítima, o art. 12º-A, nº 6, determina que o tribunal deve apurar quem é a efetiva entidade empregadora.

³⁰ Neste caso, tal como ensina MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex, Lisboa, 995, p. 77, verificar-se-á um litisconsórcio sucessivo passivo, já que uma parte intervirá, a título principal – ainda que de forma subsidiária – numa ação que já se encontra pendente.

³¹ Cfr., no mesmo sentido, CARLOS FRANCISCO DE OLIVEIRA LOPES DO REGO, *op. cit.*, p. 72.

³² Outrossim, não se afigura possível, na situação em análise, admitir-se a possibilidade de o chamamento do intermediário poder ser provocado pela ré, ao abrigo do disposto no art. 316º, nº 3, al. b), do Código de Processo Civil. É que, de acordo com o citado preceito legal, a possibilidade de a ré provocar um litisconsórcio voluntário passivo só é admissível nos casos em que a mesma «mostre um interesse atendível», o qual não se verifica na situação em análise, já que o interesse na demonstração da efetiva titularidade da relação jurídica controvertida – isto é, se a relação laboral se acha efetivamente estabelecida com a plataforma digital ou com o intermediário – recai sobre o autor.

Por conseguinte, afigura-se que o art. 12º-A, nº 6, impõe que se proceda a uma interpretação extensiva do art. 316º, nº 2, do CPC, na medida em que recairá sobre o autor, não uma mera faculdade, mas antes um verdadeiro ónus de deduzir o competente incidente de intervenção principal provocada do intermediário, sendo que esse chamamento deve ser deduzido até ao termo da fase dos articulados [art. 318º, nº 1, al. b), do CPC].

Do que vem de dizer-se, forçoso se torna concluir que, por forma a se obviar, sob o prisma da economia processual, à necessidade de provocar a intervenção processual subsidiária do intermediário da plataforma digital, será mais adequado que o prestador de atividade demande, *ab initio*, em litisconsórcio eventual ou subsidiário, a plataforma digital e o intermediário da plataforma.

2.4.2. Por outro lado, outro aspeto que nos parece muito positivo é a proibição da discriminação no nº 7, assim como, a consagração da responsabilidade solidária prevista no número 8 entre a plataforma digital e o intermediário «pelos créditos do trabalhador emergentes de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação, celebrado entre o trabalhador e a pessoa singular ou coletiva que atue como intermediário da plataforma digital, bem como pelos encargos sociais correspondentes e pelo pagamento de coima aplicada pela prática de contraordenação laboral relativos aos últimos três anos».

Reforçamos a importância deste número porque se formalmente o trabalhador pode ter como empregador o intermediário, substancialmente pode ter outro que é a plataforma digital.

E a importância desta responsabilidade solidária está, exatamente, se tivermos em atenção casos passados noutros ordenamentos jurídicos, onde os intermediários surgem como uma espécie de subcontratantes, podendo organizar a sua mão-de-obra. Aliás, o impressionante número de casos franceses contra o património de empresas em liquidação ilustra nomeadamente como plataformas de transporte tendem a utilizar empresas insustentáveis e inviáveis do ponto de vista financeiro como intermediárias; em Itália, uma empresa subcontratada pela *Uber eats* utilizou práticas de exploração que desencadearam investigações criminais. Nesse caso uma decisão judicial – Trib. Torino, sez. lav., 18 November 2021 – acabou por considerar que existe uma relação

de trabalho direta entre os estafetas e a plataforma - tal como a Inspeção do Trabalho espanhola decidiu nos casos sobre a *Cabify* e a *Uber* - tendo ignorado a existência de um emprego formal com as empresas subcontratadas.

Por isso, consideramos positiva que na nova redação se tenha consagrado a responsabilidade solidária entre as plataformas e o intermediário.

2.4.3. No entanto, não podemos deixar de considerar que o legislador poderia ter tido mais cuidado na redação das características previstas no nº 1 deste artigo. Se lermos as várias alíneas deste número parece-nos que o legislador utilizou uma terminologia própria da existência de um contrato de trabalho quando estamos ainda na presunção da sua existência.

Assim, a existência de um poder de direção não é característica da existência de um contrato de trabalho? No entanto, o legislador utilizou esta mesma terminologia na alínea b) do nº 1.

Ou a redação da alínea c) – controlar e supervisionar em tempo real, nomeadamente através da gestão algorítmica, não bastaria por si só para fazer funcionar a presunção?

E quanto à alínea e), ao referir-se à possibilidade de exercer o poder disciplinar, não estamos já num contrato de trabalho?

Creemos que o legislador deveria ter tido mais cuidado ao redigir estes índices – denominados de características –, até porque da forma como estão enunciados, mesmo que uma destas alíneas esteja preenchida não é suficiente porque têm de estar preenchidas, pelo menos, 2 características.

Entendemos ainda que falta aqui um índice/característica que é bastante importante, e que é o de o prestador de atividade não dispor de uma atividade empresarial própria, mas sim, estar inserido numa alheia, até porque tem sido um critério valorizado pela jurisprudência, bastando lembrar o acórdão do Tribunal Supremo Espanhol de 25 de setembro de 2020, e noutros casos decididos sobre esta questão, assim como pela própria redação do art. 11º do CT.

2.4.4. O legislador ao ter aprovado esta alteração e criado esta presunção tornou Portugal o primeiro ordenamento jurídico a ter uma presunção tão ampla porque se aplica às plataformas de *crowdwork online* e de *crowdwork offline*, tal como consta da definição de plataforma digital do nº 2. E isto é

muito positivo até porque de uma coisa temos a certeza. Sem dúvida não temos nas plataformas digitais um trabalhador do século XIX, ou até do século XX, mas com toda a certeza que, em inúmeras situações, temos um trabalhador do século XXI. Temos um trabalhador subordinado de novo tipo, com contornos distintos dos tradicionais, mas, em última instância, ainda dependente e subordinado na forma como desenvolve a sua atividade.

2.4.5. Nesta presunção outro aspeto que nos parece positivo é a referência no nº 9, que só se aplicará as normas previstas «no presente Código que sejam compatíveis com a natureza da atividade desempenhada, nomeadamente o disposto em matéria de acidentes de trabalho, cessação do contrato, proibição do despedimento sem justa causa, remuneração mínima³³, férias, limites do período normal de trabalho, igualdade e não discriminação». Isto é bastante importante porque chama a atenção para um aspeto que é muitas vezes referido pelas plataformas como impedindo a aplicação das regras de Direito do Trabalho e que é a inaplicabilidade de vários aspetos das relações de trabalho ditas clássicas com estas novas formas de prestar trabalho³⁴. Conforme fomos vendo com a evolução do Direito do Trabalho, ele tem suficiente maleabilidade e flexibilidade para responder a estas situações e não aplicar certos aspetos e criar outros, e para se adaptar a estas novas formas de prestar trabalho por mais disruptivas que sejam.

E este parece-nos ser o grande desafio. A regulamentação laboral deste tipo de atividade por via legislativa e/ou por via da contratação coletiva, podendo ver-se o caso da convenção coletiva celebrada em Espanha entre a Federación de Servicios CCOO, FSCCCOO e FeSMC-UGT com a TAKEAWAY EXPRESS SPAIN, S.L. (JUST EAT).

³³ Convém esclarecer algo que parece óbvio da leitura do nº 9 deste artigo, mas que tem de reafirmar-se. A presunção não consagra que se for considerado um contrato de trabalho a retribuição vá ser igual à retribuição mínima mensal garantida. O que este número garante é que, pelo menos, esta tem de ser cumprida. O mínimo. Nada impede que seja superior dependendo das circunstâncias do caso e das regras aplicadas ao mesmo.

³⁴ Veja-se o estudo realizado pela Copenhagen Economics, *The value of flexible work*, realizado por solicitação da *Delivery Platforms Europe*, que refere, mais uma vez, que com a aplicabilidade dos regimes do Direito do Trabalho, remover-se-ia até cerca de 250000 *riders* de aceder a este trabalho porque deixaria de ser flexível, ou a *Carta Aberta* do Movimento dos Estafetas ao Governo de 27 de outubro de 2022 onde defenderam que queriam continuar a ser trabalhadores independentes, opondo-se a qualquer alteração legislativa a este nível. Cf., ainda, a *resposta* a esta carta aberta de JOÃO LEAL AMADO, «De olhos bem fechados», in *Público*, 3 de novembro de 2022, que subscrevemos inteiramente.

2.4.6. Contudo, não podemos terminar sem apelar para que, finda esta primeira parte, se avance mais na regulamentação deste tipo de trabalho. Sem dúvida que muitas destas situações se enquadrarão em verdadeiro trabalho subordinado, mas logo a seguir surge uma questão de inquestionável relevo e que não tem sido tratada. Qual o regime que lhes será aplicável? Não teria mais lógica que se considerasse como uma modalidade de contrato de trabalho com especificidades próprias a nível de tempos de trabalho, de retribuição, de não concorrência? Porque consideramos que este é, sem dúvida, o verdadeiro desafio que coloca o trabalho nas plataformas digitais. É um contrato de trabalho. Mas que regras iremos aplicar? Claramente as que já constam do nº 9 deste artigo. Porém, em vários outros aspetos, torna-se necessária uma reflexão e uma regulamentação próprias, *inter alia*, quanto a questões de horário flexível, da liberdade de gestão do tempo de trabalho.

Conclusões

O balanço final que fazemos deste artigo, apesar de não ser *perfeito* (mas temos muitas dúvidas que algum o seja), é bastante positivo porque permite que o Direito do Trabalho possa vir a acolher estes novos prestadores de serviços via plataformas no seu seio, procedendo à devida adaptação regimental, isto é, construindo um regime laboral próprio e ajustado às características destas novas formas de prestar serviços. Mas, sublinhamos, um regime laboral.

Se estas novas formas de prestar trabalho, criadas pela fantástica evolução da tecnologia, podem constituir, como por vezes se diz, uma *terra de grandes oportunidades*, não cremos que tal terra deva ser uma terra sem lei, máxime sem lei laboral. Seria até uma traição à missão histórica do Direito do Trabalho que este construísse – ou que este deixasse que se construísse – um muro conceptual e mantivesse aqueles que trabalham através de plataformas do lado de fora, do outro lado do muro. E o estabelecimento de uma presunção de laboralidade é um passo fundamental para a criação desta terra sem muros.

A não adoção de uma presunção legal de laboralidade significaria dizer às pessoas que consideram que são verdadeiros trabalhadores que teriam de recorrer aos tribunais e provar todos os factos quando estamos perante

uma relação de desequilíbrio de poder e com total opacidade face à forma como trabalham, como funciona o algoritmo, sem cumprimento dos deveres de informação. Iniciar um processo judicial já é, por si só, bastante difícil. Demonstrar que se é trabalhador, sem ter acesso ao algoritmo ou aos documentos oficiais sobre o funcionamento da plataforma, é quase impossível. Significaria, diria, permitir que as plataformas continuassem a *explorar* os trabalhadores.

Esta presunção obviamente que não vai acabar com o trabalho autónomo. Com o verdadeiro trabalho autónomo! Mas, pelo contrário, acabará com a impunidade das plataformas. Exigir às plataformas que ilidam a presunção quando ela funcionar, forçá-las-á, finalmente, a serem transparentes e a assumirem a responsabilidade pela forma como organizam o trabalho e a enfrentar, assim, as suas obrigações legais e sociais.

POPULISMO: O QUE É E COMO OPERA

Wladimir Brito

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.22>

*A Spectre is haunting the world – populism.
Ghita Ionescu and Ernest Gellner (in Populism: its
meanings and national characteristics)*

1. No início era a demagogia – *δημαγωγία*. Agora é a populismo, que alguns entendem ser a versão latina de demagogia. Contudo, demagogia e populismo, embora tenham características comuns, revelam muitas *differentiae specificaе*, que devem ser tidos em conta para que se torne possível distinguir populismo de demagogia.

Importa começar por fazer uma observação, sobre o se diz na imprensa, nos meios políticos e do *stablishment* e nos cafés – ah! a importância dos cafés no desenvolvimento político-cultural europeu – dizendo que assenta numa errada análise e compreensão do fenómeno populismo, quer sob o ponto de vista das suas origens, quer sob o da sua temporalidade, quer ainda sob o do seu auditório e da natureza sócio-ideológica deste. Para muitos o populismo é um fenómeno recente provocado pelas crises económicas e económico-financeira e, mais recentemente, pelo neo-liberalismo, pelo choque das migrações, promovido por actores imaturos portadores de uma retórica que manipula e explora a emoção das massas, fenómeno passageiro que tem

um auditório limitado às classes mais desfavorecidas e a uma elite reaccionária e que revela uma reacção de protesto desses grupos sociais contra o *statu quo* e o *stablishment* político-económico e financeiro dominante. Nada mais errado. Esta esperança daqueles que julgam poder contar com a passagem do tempo para que desapareça o populismo é uma ideia que confortam o *stablishment*, mas que não é mais do que um willfull thinking. Roger Eatwell e Matthew Goodwin defendem uma posição muito próxima da nossa quando dizem que “[E]stas ideias reconfortantes para as pessoas que se agarram à convicção de que a normalidade não tarda a ser reposta, assim que o crescimento económico volte e o fluxo de refugiados diminua ou pare de vez – só que essas noções estão erradas”¹.

Na verdade, como iremos ver, no início era a demagogia na acepção que os gregos dela tinham. Presente e operante na sociedade europeia (e não só) a demagogia era naturalmente aceite e praticada na Grécia como natural manifestação retórica da luta política orientada para a persuasão das massas. Acontece que desde que Platão e Aristóteles passaram a considerar o demagogo – *δημαγωγός* – como um político adulator e perverso e a demagogia como acção retórico-política do demagogo perigosa para os regimes políticos, podemos dizer foram criados os primeiros embriões do populismo na Europa.

2. Na antiga Grécia, na verdade, a demagogia era representada como uma prática política desenvolvida por demagogos em todos os regimes políticos então existentes com vista à promover a acção do povo contra o regime instituído ou contra determinada situação política com vista a persuadir as massas para as levar agir no sentido de alterar o regime, entregando o poder a novos actores. Por regra, como explicam os filósofos da antiga Grécia, a demagogia e o demagogo pervertiam a democracia e conduziam à tirania. O demagogo era visto como aquele que, para assumir o poder, excitava as paixões populares, manipulava as emoções do povo, denegrindo ou exaltando factos existentes que tinham ocorrido ou estavam a ocorrer, ampliando ou diminuindo os seus efeitos, numa palavra, adulando factos ou situações com

¹ Roger Eatwell e Matthew Goodwin, *Populismo. A Revolta contra a Democracia Liberal* (Lisboa: Desassossego, 2019), p. 13.

vista a provocar acção popular conforme a sua vontade, adulação que Sócrates no diálogo com Cálicles, no *Górgias*, considerava “uma coisa vergonhosa”².

Como explica Milícias Lopes, “Originariamente o termo não tinha conotação negativa e era aplicado à actuação de legisladores, políticos e oradores como Sólon e Demóstenes, cuja eloquência empolgava e arrastava o povo ateniense, concitando a adesão popular aos seus projectos políticos”. Mais tarde, a demagogia e os demagogos começam a ser negativamente referidos, quer por se entender que abusavam da retórica para adular e persuadir o povo, com oferta de prazer e ocultação das dificuldades e das coisas más. Corrompiam o povo. Como diria Sócrates, no acima referido diálogo, os adutores ou demagogos “(...). Não têm o mínimo interesse em procurar o que seja o melhor, mas, sempre por intermédio do prazer, persegue e ludibria os insensatos que convence do seu altíssimo valor”³. Mas, esta dimensão negativa da demagogia e do demagogo, é inaugurado por Platão, quer na *A República*⁴, quer no *Górgias*, com a sua crítica à democracia ateniense com a qual não concordava. De certo modo, Platão entendia que a demagogia e o demagogo, com a sua retórica, “corrompiam” o povo, tornando-o ocioso, viciado no prazer, tagarelas, ávidos de dinheiro e até mesmo cobarde, como pode ver-se em *Górgias*⁵. Esta é também a opinião de Aristóteles.

Na verdade, o estagirita trata esta questão nas suas obras, *Política* e *Constituição dos Atenienses*, assumindo que a demagogia e o demagogo são manifestações próprias de adulação e ambos operam no quadro da democracia, corrompendo-a. Na opinião de Aristóteles “Existe também uma outra espécie de democracia com que todas estas características se mantêm, salvo num aspecto: a supremacia é do povo e não da lei. E isto sucede sempre que a decisão suprema decorre dos decretos e não da lei. Esta situação surge devido à influência dos demagogos; não ocorre nas cidades governadas

² Platão, *Górgias*, 6. ed (Lisboa: Edições 70, 2006), p. 169.

³ Platão, *Górgias*, 6. ed (Lisboa: Edições 70, 2006), p. 61.

⁴ Nomeadamente, na *A República* nos Livros IV, §426 a a d); Livro VIII, § 565b, 565c, 566d, 569c; acima citados. Platão, *A República* (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1976). E, ainda, no de *Górgias*, § 515.

⁵ O que, de certo modo, está patente no diálogo de Sócrates com Cálicles quando aquele pergunta a este a sua opinião sobre Péricles dizendo: “Diz-me agora mais uma coisa: a opinião geral é que Péricles melhorou os Atenienses ou que, pelo contrário, os corrompeu? É que eu tenho ouvido dizer que Péricles tornou os Atenienses preguiçosos, cobardes, tagarelas e ávidos de dinheiro ao estabelecer pela primeira vez uma remuneração para alguns serviços oficiais” e ao longo de todos este diálogo. Cfr. Platão, *Górgias*, sec. 515 e, p. 194.

democraticamente segundo a lei, nas quais os melhores cidadãos detêm um efectivo destaque. Pelo contrário, os demagogos surgem nas cidades em que a lei não é suprema⁶. Mais à frente, acrescenta que “Um povo tomado nessa acepção, isto é, tomado como monarca, procura governar sozinho não se submetendo à lei. Além do mais, torna-se de tal modo despótico, que honra os adutores.

Ora uma democracia como esta acaba por corresponder àquilo que a tirania é em relação às monarquias. É também em virtude desta equidistância que é idêntica a índole destas duas formas de regime: ambas são despóticas em relação aos cidadãos mais excelentes; os decretos emanados de uma equivalem aos éditos impostos pela outra; o demagogo e o adutor acabam por corresponder à mesma realidade pois ambos detêm, de facto, uma grande influência junto dos regimes respectivos: os adutores junto dos tiranos, e os demagogos junto das massas populares desta condição. É por causa dos demagogos que a autoridade suprema pertence aos decretos e não às leis, pois submetem todas as questões ao povo. A sua importância advém de o povo dominar em todas as situações, e de eles próprios, por seu turno, dominarem a opinião popular, sabendo de antemão como a multidão lhes obedece. Além do mais, aqueles que têm razões de queixa contra os magistrados aduzem que é ao povo que compete decidir. Ora, é precisamente esta prerrogativa, assumida de bom grado pela massa popular, que implica a dissolução de todas as magistraturas⁷.

Se nos lembrarmos que Sócrates nos seus diálogos transcritos por Platão considera que os demagogos são adutores, fácil é ver que, para Aristóteles, um discípulo de Platão, o demagogo e o adutor são uma mesma entidade, embora, na opinião do estagirita, sob o ponto de vista operacional, um opera sobre o regime e outro sobre o povo.

Aristóteles explica ainda que “As democracias alteram-se com muita facilidade em virtude da intervenção facciosa dos demagogos”⁸. No decurso da narração da luta entre Iságoras e Clístenes, depois da queda do tirano e demagogo Pisístratos, e de outras lutas pelo poder, nomeadamente entre

⁶ Aristóteles, *Política* (Lisboa: Vega, 2019), liv. IV, Sec. 1292a, §15, p. 291.

⁷ Aristóteles, *Política* (Lisboa: Vega, 2019), liv. IV, Sec. 1292a §§20 a 25, pp. 291 e 292.

⁸ Aristóteles, *Política* (Lisboa: Vega, 2019), liv. V, Sec. 1304b, § 20, p. 360.

os Areopagistas, Efiltes e Temístocles, Aristóteles acusa os demagogos de contribuírem para o “afrouxamento da constituição”⁹.

Pensamos ser correcto afirmar que Aristóteles tratou mais pormenorizadamente do que Platão a questão da demagogia e dos demagogos, em especial na Política e na Retórica¹⁰. De facto, no Livro V da Política diz que a demagogia tem duas formas, sendo uma exercida no contexto da oligarquia e a outra exercida pelos próprios oligarcas, formas de exercício que ele exemplifica nesse Livro V¹¹. Defende também que por acção dos demagogos a democracia foi erradicada em certos territórios da Grécia, como por exemplo na Heracleia, em Mégara e Cumas¹².

Também Tucídides informa-nos sobre o papel dos demagogos na Guerra do Peloponeso, transcrevendo vários discursos consubstanciadores da retórica demagógica por eles utilizado. Assim acontece com dois discursos de Péricles – o famoso panegírico proferido em homenagem aos primeiros cidadãos que morreram nessa guerra¹³ e o por ele feito para acalmar a raiva dos atenienses contra si, após a segunda invasão do Peloponeso em virtude dos danos que sofreram¹⁴ –, o discurso Atenágoras, “líder da facção popular e homem muito influente, à época junto das massas”¹⁵ e o debate entre Cléon e Diódoto sobre o caso dos Mitileneus¹⁶.

3. Podemos assim dizer que inicialmente a demagogia e o demagogo não eram considerados pelos clássicos gregos como algo de negativo, mas sim como forma de agir politicamente através, entre outros meios, da retórica, e de exercer o poder, quer como políticos quer como legisladores. Dessa acção resultava a transformação da democracia em tirania, como pode ver-se em Aristóteles que critica a demagogia e o demagogo por entender que subvertiam

⁹ Aristóteles, *Constituição dos Atenienses*, trad. Delfim Ferreira Leão, 3ª ed (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Serviço de Educação e Bolsas, 2011), § 26, p. 62. Veja-se ainda §20.

¹⁰ Pode ver-se nos Livros I e II desta obra de Aristóteles.

¹¹ Aristóteles, *Política*, (Lisboa: Vega, 2019), liv. V, Sec. 1305, §23 a 30, p. 375.

¹² Aristóteles, *Política*, (Lisboa: Vega, 2019), liv. V, Sec. 4, §§ 1304b, 30 a 35, p. 371.

¹³ Tucídides, *História da Guerra do Peloponeso* (Lisboa: Edições Silabo, 2008), liv. II, Cap. V, §§35 a 46, pp. 187 a 195.

¹⁴ Tucídides, *História da Guerra do Peloponeso* (Lisboa: Edições Silabo, 2008), liv. II, Cap. VII, § 60 a65, pp. 205 a 209.

¹⁵ Tucídides, *História da Guerra do Peloponeso* (Lisboa: Edições Silabo, 2008), liv. VI, Cap. XIX, §36 a 41, pp. 526 a 530.

¹⁶ Tucídides, *História da Guerra do Peloponeso* (Lisboa: Edições Silabo, 2008), liv. III, Cap. IX, § 37 a 48, pp. 265 a 274.

a democracia e promoviam, com a sua conduta perversa, a tirania – as democracias alteram-se com muita facilidade em virtude da intervenção facciosa dos demagogos”¹⁷ escreve o estagirita.

Demagogia e demagogos passam a ser entendidos num sentido pejorativo. O demagogo, agora, passa a ser representado como a um adulator perverso que habilmente através de uma retórica em que promove prazer, facilidades e ociosidades, persuade o povo a aceitar os seus objectivos políticos e a lutar pela realização desses objectivos¹⁸. Este sentido negativo de demagogos e de demagogia, a partir do século XIX, vai passar a ser usado politicamente, e a assumido como representação dominante do demagogo e da demagogia.

Importa, contudo, referir que na antiga Grécia o demagogo, por regra, não inventava factos; o que fazia era organizar uma retórica argumentativa sobre factos reais para provocar emoções no seio da multidão (*plethos*), adulando ou depreciando esses factos ou situações com vista a provocar a aceitação pelo povo (*demos*) dos objectivos políticos por si prosseguidos e a participação do povo no processo de realização desses objectivos. O demagogo agia sobre factos ou situações existentes, pela via da retórica política, pensada e organizada para persuadir (e não para manipular o seu auditório a reconhecer e a aceitar a utilidade e as vantagens das suas propostas e objectivos para a comunidade, para o *demos*. Como diria Aristóteles em Retórica, fazia do “verdadeiro falso e do falso verdadeiro”, agindo como um “artífice de persuasão”.

4. Feita esta introdução para lembrar o papel da retórica (do discurso) na acção política do demagogo com o objectivo de seduzir o povo para o incitar a agir num certo sentido, recorrendo a argumentos geradores de emoções primárias, e que a demagogia é um fenómeno inerente aos diversos regimes políticos, vejamos agora o populismo e o populista nessa mesma perspectiva até para decidirmos se esse fenómeno pode ser considerado como a doença senil da demagogia.

Começaremos por dizer que no século XIX o populismo emerge nos Estados Unidos da América e na Rússia czarista. Contudo, pondo de lado a

¹⁷ Aristóteles, *Política*, (Lisboa: Vega, 2019), liv. V, Cap. 5, § 1304b 20, p.ª 369

¹⁸ Para maior desenvolvimento veja-se a análise sintética da Demagogia feita por Jaime Nogueira Pinto em Jaime Nogueira Pinto, «Demagogia», em *Polis. Enciclopédia* (Lisboa: Editorial Verbo, 1984), pp. 64 a 67.

demagogia e o demagogo na antiga Grécia, entendem certos autores, como por exemplo, Donald MacRae, que na Europa pode falar-se de um proto-populismo, emergente no século XIV com a revolta camponesa na Inglaterra (english Peasants' Revolt) e com a Jacquerie francesa; e no século XV-XVI, com a revolta camponesa no sudoeste da Alemanha, que ficou conhecida por Bundschuh bem como com a guerra camponesa causada pela reforma¹⁹. A importância desse proto-populismo reside na revelação das principais causas do populismo e do grupo social – o campesinato – que é a base de apoio dos movimentos e forças políticas populistas e que estará sempre presente no seu desenvolvimento e na sua afirmação, a partir do século XIX.

5. Dizíamos que nesse século, embora com distintas manifestações e embasamentos sociológicos, decorrentes das diferenças culturais desses povos, o populismo surge na Rússia de Alexandre II e de Alexandre III e nos Estados Unidos da América, da época dos Presidentes Grover Cleveland (1837-1908) e McKingley (1843-1901).

Na Rússia, o populismo (conhecido por *narodnichestvo*) estava culturalmente apegado ao tradicionalismo, ao seu passado histórico-cultural que, para os russos era tudo. Desconfiavam do capitalismo que entendiam ser factor de dissolução das suas tradições socio-culturais, e que dava origem a novas classes (como aconteceu com ao aparecimento dos kulaks e do proletariado urbano). Com efeito, na Rússia czarista e movimento populista tinha uma base intelectual e a principal base social de apoio era o campesinato. De acordo Peter Worsley o populismo russo é uma verdadeira ideologia campesina, criada não pelos camponeses, mas sim por intelectuais urbanos – “urban intelligentsia –, que se apresentavam como porta-voz dessa ideologia, assumida originariamente, ao que parece pelos *narodnik*²⁰, proselitistas educados, que

¹⁹ Nesse sentido, explica Donald MacRae que “We may in West European history discern a kind of proto-populism in the english Peasants' Revolt and the Jacqueries of the fourteenth century, or in the Bundschuh and the peasant wars of the Reformation. Nevertheless, and although before we have done we shall go back beyond the European middle ages, populism is typically exemplified in modern Russia and America. That is to say it is not primarily a phenomenon of the main stem of European history. It is, however, compounded from elements of thought and modes of apprehending the world which are quite essentially part of the development of classical and Western Europe, and which have been transformed in their new homes”. Andrzej Walicki, «Russia», em *Populism: its meanings and national characteristics* (London: Weidenfeld & Nicolson, 1970), p. 154.

²⁰ É bom informar que a expressão *narodnik* bem como a expressão *narodnichestvo* deu origem a um debate sobre o seu verdadeiro sentido, debate que aqui não vamos reproduzir, mas que é interessante ler em Andrzej Walicki,

lutavam pela liberalização do regime czarista e exaltavam a vida rural e as tradições russas²¹. Era uma reacção (sócio-ideológica) contra o capitalismo na Rússia e até fora desse país²². Como explica Peter Worsley, para “for the Russian populists, on the other hand, capitalism was an innovation which, they feared, would dissolve the traditional solidarity of the village, and, in the end, introduce inequality and class war to the countryside. But the activities of trusts, banks, and corporations, which so preoccupied the North American populists, were not important in the Russian countryside”²³.

Na América, o populismo assume-se como um movimento de massa popular, dos camponeses, criado pela comunidade campesina com origem e acção local e sem pretensões nacional e/ou cosmopolita. Eram agricultores ou aqueles que o não eram mas viviam nas comunidades agrárias, que tinham como porta-vozes os padres locais, editores de jornais também locais. A sua luta não era contra o capitalismo e o desenvolvimento de uma agricultura moderna, mas sim, como já dissemos, contra as modernas instituições capitalistas centradas nas cidades²⁴. De acordo com Roger Eatweel e Matthew Goodwin, um importante precursor do populismo americano foi o esclavagista Andrew Jackson, que foi Presidente dos USA entre 1829 e 1837. Mais tarde surgem dois partidos populistas, o Partido Americano (1850) e o Partido

«Rússia», em *Populism: its meanings and national characteristics* (Weidenfeld & Nicolson, 1969), 62 e ss. De qualquer forma, têm sido essas expressões que vulgarmente são utilizadas para se referir a populismo. Veja-se ainda as considerações feitas por Peter Worsley sobre o sentido dessas expressões. Peter Worsley, «The Concept of Populism», em *Populism: its meanings and national characteristics* (London: Weidenfeld & Nicolson, 1969), 219. Veja-se ainda Peter Wiles, «A Syndrome, not a Doctrine: Some Elementary Theses on Populism», em *Populism: its meanings and national characteristics* (London: Weidenfeld & Nicolson, 1969), 174 e ss. De acordo com Jean-Werner Müller “Os *narodniki* eram intelectuais que idealizavam os camponeses russos e viam as comunas rurais como modelo político para todo o país. Também advogavam ‘ir ao povo buscar’ conselho político e orientação”. A ideologia política do *narodniki* denominava-se *narodnichestvo*. Jean-Werner Müller, *O Que é o Populismo?* (Lisboa: Texto Editores, 2017), p. 33.

²¹ De acordo com Roger Eatweel e Matthew Goodwin os *narodniks* eram “proselitistas educados que procuravam ir ao encontro do povo das zonas rurais” e “defendiam a liberalização do regime czarista autocrático e louvavam a vida rural simples e os valores autênticos”. Eatweel e Goodwin, *Populismo. A Revolta contra a Democracia Liberal*, p. 63.

²² Nesse sentido, explica Andrzej Walicki que “Russian populism was not only a reaction to the development of capitalism inside Russia - it was also a reaction to capitalism outside Russia, and in this sense it fell within the framework of the old problem of ‘Russia and the West’. It was not only an ideology of small producers, but also the first ideological reflection of the specific features of the economic and social development of the ‘latecomers’, of the backward agrarian countries, carrying out the process of modernization in conditions created by coexistence with highly industrialized capitalist states. Moreover, it was also one of the first attempts at a theoretical explanation of the specific features of economic backwardness”. Walicki, «Russia», 1969, p. 91.

²³ Peter Worsley, «The Concept of Populism», em *Populism: its meanings and national characteristics* (London: Weidenfeld & Nicolson, 1969), p. 222.

²⁴ Para maior desenvolvimento, veja-se, entre outros, Worsley, «The Concept of Populism», pp. 212 e ss.

do Povo (1890), seguido de movimentos como o *Share our Wealth*, criado pelo sacerdote Coughlin e pelo senador Huey Long em 1930.

O populismo americano não se reportava ao passado, mas ao futuro no âmbito do capitalismo, que não hostilizava, embora se revelasse hostil à burocracia estatal e ao seu pessoal; lutava pelo desenvolvimento da actividade agrária sem controlo do Estado e desconfiava do sistema financeiro e das modernas corporações, numa palavra, lutava contra as modernas instituições do capitalismo centradas nas cidades.

Em França na década 80 do século XIX nasce o movimento boulangista (1886) promovido pelo General francês George Ernest Jean Marie Boulanger que integrava grupos socialmente heterogéneos, movimento que se caracterizava por um fanatismo nacionalista e que se opunha à Terceira República (1870-1940).

Este brevíssimo excursus sobre o populismo na Europa e nos Estados Unidos da América revelam-nos que, com a afirmação modo de produção capitalista, o populismo afirma-se também como instrumento utilizado pelos partidos ou movimentos com forte intervenção na política e que nesses países tinham como principal (mas não exclusiva, note-se) base social de apoio o campesinato.

Curioso é verificar que em ambos os países o populismo surgiu no mesmo período histórico – fins do século XIX – e teve como principal base social de apoio o campesinato. Por essa razão, diz Jean-Werner Müller, o “facto de ambos os movimentos terem alguma coisa a ver com agricultores e camponeses fez nascer a ideia – prevalecente até aos anos de 1970, pelo menos – de que o populismo tinha uma íntima ligação ao agrarianismo ou que era necessariamente uma revolta de grupos reaccionários, economicamente atrasados, em sociedades em rápida modernização”²⁵

Importa agora, embora de forma necessariamente sintética, analisar as características dominantes do populismo comuns a todos esses movimentos ou partidos apresentados por três grandes estudiosos do populismo, Peter Wiles, Peter Worsley e por Margareth Canovan, antes de partir para a aproximação ao seu conceito.

²⁵ Müller, *O Que é o Populismo?*, p. 34.

De acordo com Peter Wiles, o populismo é qualquer *crença ou movimento* que tem como premissa estruturante a ideia de que a virtude está no simples povo, que é a esmagadora maioria, e nas suas tradições colectivas²⁶, premissa essa de que resultam um conjunto de vinte e quatro características do populismo, que aqui nos limitamos a indicar as mais relevantes e que são:

- a) O populismo é mais moralista do que programático;
- b) O populismo é, em todos os casos, vagamente organizado e indisciplinado: um movimento e não um partido;
- c) O populismo é anti-intelectual;
- d) O populismo é fortemente anti-stablishment, anti-sistema financeiro e anti-elite;
- e) O populismo tem uma forte tendência para um moderado radicalismo (mild radicalism). Este autor ao conceber o populismo como crença ou movimento, deixa-nos sem saber ao certo se estamos perante uma ideologia (crença) ou uma força política (movimento) ou se é a crença (ideologia) de um movimento. Como vemos é importante decidir se o populismo é uma ideologia ou um movimento ou se não é nenhuma dessas duas coisas;
- f) O populismo sendo tradicional é nostálgico e religioso.

Por seu lado, Peter Worsley defende que populismo norte-americano caracteriza-se por:

- a) Uma grande hostilidade dos agricultores às instituições;
- b) Hostilidade a interferências no mercado por parte dos trusts e monopólios ou, seja, pelos grandes grupos económicos;
- c) Confiança no Estado para corrigir as interferências consideradas não naturais no mercado e as acções dos grandes grupos económicos;

²⁶ Diz Peter de Wiles que “To me, populism is any creed or movement based on the following major premiss: virtue resides in the simple people, who are the overwhelming majority, and in their collective traditions”. Cfr. Wiles, «A Syndrome, not a Doctrine: Some Elementary Theses on Populism», p. 166.

- d) Acção política como grupo de pressão sobre os partidos ou mesmo como partido;
- e) Acção política mobilizadora dos trabalhadores pobres das cidades por seles considerado “povo comum”²⁷.

Por seu lado, Margareth Canovan defende que do que necessitamos não é de uma definição do populismo, mas sim de uma tipologia do populismo, que elabora, distinguindo dois grandes tipos de populismo, o agrário e o político e, em cada tipo, integra as seguintes categorias:

- a) Populismo agrário:
 - 1. radicalismo camponês (por exemplo, o Partido do Povo dos EUA);
 - 2. movimentos camponeses (por exemplo, o Levante Verde da Europa Oriental)
 - 3. socialismo agrário intelectual (por exemplo, o narodniki do Partido Popular).
- b) Populismo político:
 - 1. ditadura populista (por exemplo, Perón)
 - 2. democracia populista (isto é, apelo à participação e ao referendo)
 - 3. populismo de acção (por exemplo, George Wallace e os seus seguidores)
 - 4. populismo dos políticos (i.e., construção de coligações alargadas e não ideológicas que recorrem ao apelo unificador do “povo”).

Esta autora justifica a sua tipologia dizendo que a “justificação para esta classificação deve residir na argumentação do presente estudo no seu conjunto. Uma vez que os tipos sugeridos são construções analíticas e os exemplos da vida real podem ultrapassar várias categorias”²⁸. Contudo, a

²⁷ Worsley, «The Concept of Populism», pp. 220 e ss.

²⁸ Margaret Canovan, *Populism* (London: Junction Books, 1981), p. 13.

autora não nos oferece um critério coerente para fundamentar esta tipologia, o que leva Ernesto Laclau – um dos críticos dessa tipologia – a perguntar, com razão, “In what sense are agrarian populisms not political? And what is the relationship between the social and political aspects of the ‘political’ populisms which bring about a model of political mobilization that is different from the agrarian one?”²⁹

6. Dessas características resulta que, na sua essência, o populismo é estruturalmente apresentado como uma ideologia ou, até mesmo, como um partido ou movimento *anti* – *anti-stablishment*, *anti-sistema financeiro*, *anti-elite* e *anti-pluralista*, etc. – e que tem como base social de apoio dominante o campesinato e o operariado pobre das cidades, é tradicionalista e tende para uma retórica radicalista. *Anti* que se localiza quer na retórica política do populista, quer na acção das massas provocada por essa retórica e que é uma das chaves para a compreensão e conceptualização do populismo que, temos de esclarecer desde já, *não é nem deve ser entendido como uma ideologia, um partido ou um movimento*.

É com base nesse elemento – *anti* –, comum a toda a estratégia populista que esta é operacionalizada politicamente, que se difunde através da retórica populista, a ideia de que:

- a) A democracia deve ser reformada para que a vontade popular seja levada a sério;
- b) Para tanto, em defesa do povo, devem ser combatidas as elites corruptas e distanciadas do povo simples que constitui a maioria da sociedade civil e política;
- c) Deve combater-se a emigração, não só por razões económicas, mas também raciais, culturais e identitárias³⁰.

Embora não conste desses elementos, em nossa opinião, não se pode deixar de acrescentar um outro elemento comum que é o da necessidade de

²⁹ Ernesto Laclau, *On populist reason* (London; New York: Verso, 2005), p. 6.

³⁰ Em sentido próximo e para mais desenvolvimentos veja-se Eatwell e Goodwin, *Populismo. A Revolta contra a Democracia Liberal*, pp. 63 e ss.

um(a) *líder carismático(a)* – um/uma demagogo(a), que lidere o “partido do povo” no clássico sentido grego do termo – líder imprescindível para dirigir a acção política dos populistas³¹. É esse líder que corporiza a relação directa do povo com a política, por nele/nela cada um se revê a si próprio e sente-se irmanado na acção com o todo ou, como diz Jan-Werner Müller, “ele ou ela proporciona o sentimento de ligação directa com a ‘substância do povo’ e ainda melhor com todos e cada um dos seus membros individuais”³².

Apesar de todo esse esforço para se recortar os elementos estruturantes da ideação desse fenómeno sócio-político, que é o populismo, a generalidade dos autores reconhece ser difícil oferecer um conceito de populismo. Ernesto Laclau que, até mais radicalmente, fala na impossibilidade de definir o populismo³³ entende que a descrição do populismo em termos vagos, imprecisos e, até mesmo, com alguma pobreza intelectual e como um fenómeno que consubstancia um processo manipulador e transitório, impõe que, em vez de se perguntar o que é o populismo, seria melhor substituir essa pergunta por esta outra “to what social and ideological reality does populismo *apply*?”³⁴, que apela para a descrição do fenómeno com maior precisão, mais do que para a sua definição. Nesse sentido, a sua descrição de forma precisa, contribuirá para afastar certas ideias feitas – mitos – e preconceituosas desse fenómeno sócio-político e, ao mesmo tempo, para revelar características suas que o denunciam como acção política transversal a todas as ideologias e a todos os grupos sócio-políticos presentes e actuantes na cena política. Partindo dessa descrição, Ernesto Laclau define populismo como retórica política constitutiva de uma fronteira política que divide a sociedade em dois heterogéneos campos antagónicos e mobiliza-os para o confronto político³⁵, deslocando

³¹ Sobre a necessidade de um líder diz-nos Miguel Prata Roque, na caracterização que faz do que ele denomina por neopopulismo, que “outro traço unificador destes movimentos (populistas, esclarecemos nós) assenta numa lógica providencialista, segundo a qual a/o líder corresponderia a alguém escolhido, por vias mais ou menos míticas (...) que resolveria por si só, todas as ineficiências do regime democrático”, Miguel Prata Roque, «Apresentação da Obra - O Neopopulismo como Instrumento de Regeneração do Regime Democrático», em *O Populismo no Século XXI. Democracia sob Ataque* (Lisboa: AAFDL Editora, 2003), p. 8.

³² Müller, *O Que é o Populismo?*, p. 49.

³³ “We have, in the first place, to ask ourselves whether the impossibility (or near impossibility) of defining populism does not result from describing it in such a way that any conceptual apprehension of the any rationality inherent to its political logic has been excluded a priori” Laclau, *On populist reason*, p. 16.

³⁴ Laclau, *On populist reason*, p. 17.

³⁵ Cfr. Laclau, *On populist reason*, passim.

a ideia de populismo como ideologia ou como partido para a de populismo como retórica política, o que é decisivo para a elaboração do seu conceito. Em nossa opinião, essa descrição é um contributo importante para nos permitir comparar o populismo com a demagogia, para decidirmos se ele corresponde a uma sua versão moderna e radical.

7. Sabemos já que o populismo emerge no século XIX com a afirmação da democracia liberal como modelo dominante de organização política das sociedades, tendo nesse século e nos inícios do século XX as características acima indicadas. Contudo, importa dizer, essa caracterização produziu alguns mitos que perduraram por décadas sobre a verdadeira natureza e sentido do populismo, mitos que devem ser desconstruídos se quisermos perceber o fenómeno e a sua evolução. Antes de mais, vejamos alguns desses mitos – quatro dos mais difundidos – que têm contribuído para simplificar a ideiação popular e política do populismo, sendo que quase todos têm a ver com a base social de apoio do populismo.

a) Um dos mais antigos é o de que o populismo tem uma base social de apoio homogénea formada pelo campesinato (em especial o pobre). Trata-se de um mito construído com base nas origens desse fenómeno, ou seja, nos inícios do século XIX nos Estados Unidos da América e na Rússia que, como já dissemos, o campesinato e a defesa da tradição assumiam um papel relevante na acção das forças populistas. Contudo, mesmo nessa altura, as forças sociais de apoio à acção populista iam para além desse campesinato, e da tradição que, apesar de ter alguma relevância na Rússia czarista, nos USA, era praticamente irrelevante.

b) Outro mito é o de que no século XX e XXI, a base social de apoio do populismo era constituída quase que exclusivamente por desempregados, marginais e outros grupos sociais desfavorecidos e por gente imatura. Acontece que tal não é completamente verdade. Com efeito, muitos desempregados, marginais e pobres não apoiam as forças políticas populistas que também encontram apoio em indivíduo com emprego, empresários, intelectuais, gente da classe média e superior, numa palavra indivíduos com boa posição social e económica e no mundo da cultura. Também se associa à base social de apoio do populismo pessoas idosas, racistas, identitárias – a minha raça, a minha cultura, a minha religião, a minha nação – e tradicionalistas. Não

necessariamente. Muitos jovens, mesmo os de minoria étnica, muitos idosos, muitas pessoas de diferentes religiões e com formação académica média ou superior, empregados e que vivem nas cidades e que não são tradicionalistas apoiam o populismo³⁶.

c) Um outro mito é o de que o populismo é marginal ao sistema, nele não se integrando, mas agindo fora dele ou, na melhor das hipóteses, tem um pé dentro e outro fora do sistema; e ainda que é um fenómeno passageiro. Contudo, entendemos que o populismo não está nem opera fora do sistema, nem tem um pé dentro e outro fora. Pelo contrário, integra-o e opera no seu interior, é a parte dele que “acorda” e reage nos seus momentos de crises e debilidades com o objectivo de o transformar, não de fora para dentro, mas de dentro, através do que se pode denominar de reconstrução institucional.

Estes mitos são desconstruídos pela realidade sociológico-política que revela as bases sociais de apoio das forças políticas populistas europeias e americanas, como pode ver-se nos casos da eleição de Trump, do Brexit, e a crescente ascensão de forças políticas da extrema-direita europeia com a eleição de representantes seus para os parlamentos nacionais e para outros órgãos representativos do povo – em França, na Áustria, em Portugal e em Espanha, na Rússia, por exemplo – ou com o denominado populismo de esquerda que se alimenta da fragmentação dos trabalhadores, na prolaterização da classe média, dos novos modelos de trabalho e que centra a sua luta nas questões sociais e meio-ambiental –, que lhe fornece a sua diversificada base social de apoio e a natureza heterogénea dessa sua base.

Vale isso dizer que não devemos simplificar a análise sociológica e política do populismo, com tem acontecido, com vista a confortarmo-nos com a ideia de que é um fenómeno passageiro que se resolve com o “pleno” emprego, com a elevação do nível educacional e com melhores prestações sociais. Não. O populismo é um complexo fenómeno de massa em que mais do que a situação de classe – origem social de cada um – é a posição de classe – opção política de cada um independentemente da sua origem social – que o explica e que justifica a heterogeneidade da sua base social de apoio, a sua natureza e a sua presencialidade transversal às diversas ideologias.

³⁶ Sobre esses mitos e para maior desenvolvimento, veja-se Eatwell e Goodwin, *Populismo. A Revolta contra a Democracia Liberal*, Capítulo I, pp. 27 e ss. e, ainda, Müller, *O Que é o Populismo?*, pp. 27 e ss.

8. Podemos afirmar que hoje o populismo não só tem uma base social heterogénea, como tem vindo a ser alargada para nela se acolher indivíduos de distintos grupos socio-económico e político-cultural, numa aliança política que tem como elo de ligação a representação social da existência de crise, estrutural e/ou conjuntural – crise de valores, crise da democracia, crise das instituições, crise da representação política, crise do sistema económico e financeiro, crise social (habitação, saúde, educação), crise climática e meio-ambiental, crise do sistema internacional. Crise cuja causa é hoje atribuída ao neo-liberalismo e à globalização, mas crise.

É esta crise que, entre outras, fundamenta a promoção da ideia da necessidade de defesa do povo contra as elites, nomeadamente as corruptas (*lato sensu*); é esta crise que fundamenta e dá credibilidade às promessas de reforma das instituições; é ela que justifica a defesa da participação do povo nas instituições para que a sua voz seja ouvida e respeitada; é essa crise que alimenta o identitarismo e as suas consequências, nomeadamente, a xenofobia, o racismo e a luta contra a imigração; é esta crise que permite invocar as questões sociais e apresentá-las como fundamento da luta de massas; é esta crise que legitima a retórica produtora de uma psicologia de massas orientada para acção política.

*Crise*³⁷, eis a outra chave – que juntamente como o já referido *anti* – nos permite entender e conceptualizar o populismo.

9. Essa crise é ela própria a condição necessária para a formação de uma multidão heterogénea, constituída em “*massa*” psico-sociologicamente pré-disposta a receber a mensagem do “líder” populista com que se identifica. Esta massa constitui o auditório do populista a quem este se dirige com uma retórica orientada para causar os efeitos predominantemente emocionais que as massas sofrem quando são estimuladas por um discurso sobre a crise que as afecta enquanto povo, que desencadeiam a acção “*anti-tudo*” – *anti-stablishment*, *anti-sistema financeiro*, *anti-elite* e *anti-pluralista*, *anti-emigração*, etc. –, exactamente porque essa retórica visa fazer representar a crise com um perigo para a segurança, para os valores, para a tradição ou para qualquer

³⁷ Em sentido próximo Laclau quando diz que “some degree of crisis in the old structure is necessary preconditions of populism (...)”. Laclau, *On populist reason*, p. 107.

outra situação que cada um individualmente e/ou integrado na multidão entende ser importante para a sua vida, para o povo a que pertence e para o seu país-nação.

Importa esclarecer desde já que a multidão, ou *massa* de que estamos a falar é entendida, como nos explica Gustav Le Bon, como um conjunto organizado de indivíduos dotados de uma personalidade colectiva temporária e distinta da de cada um dos seus membros “que os faz sentir, pensar e proceder dum modo absolutamente diverso daquele por que sentiria, pensaria e procederia cada um deles isoladamente”³⁸. Trata-se, portanto, de um “ser provisório, formado de elementos heterogéneos que por momentos se soldaram, exactamente como as células, que, constituem um corpo vivo, formado pela sua reunião um ser novo que apresenta caractéres muito diferentes daqueles que cada uma das células possui”³⁹

Essa multidão, de acordo com Gustav le Bon, “forma um único ser e está sujeita à *lei da unidade mental das multidões*”⁴⁰, denominada por este autor por *multidão psicológica*, que é dotada de excessiva sugestibilidade e de um forte sentimento de poder e de invencibilidade, e ainda de outras características especiais, de entre elas, “a impulsividade, irritabilidade, a incapacidade de racionar, ausência de juízos e de espírito crítico, exagero de sentimentos, (..)”⁴¹. Por outro lado, os sentimentos dessa multidão são orientados numa determinada direcção⁴² e ⁴³. Por as massas terem, como é sabido, horror a tudo quanto pode pôr em causa as condições da sua existência e/ou sobrevivência, ela é também atingida pelo *medo* – dos refugiados, dos migrantes, do estrangeiro, da perda da identidade cultural e religiosa, etc. –, que o populista explora com uma retórica agressiva e, por vezes, violenta contra o seu

³⁸ Gustavo Le Bon, *Psicologia das Multidões* (Lisboa: Tipografia de Francisco Luiz Gonçalves, 1909), p. 14. Existe uma edição recente com o título *Psicologia das Massas*, publicada pela editora Alma dos Livros em 2023.

³⁹ Le Bon, *Psicologia das Multidões* p. 12.

⁴⁰ Le Bon, *Psicologia das Multidões* p. 12.

⁴¹ Le Bon, *Psicologia das Multidões*, p. 21.

⁴² Cfr. Le Bon, *Psicologia das Multidões*, p. 12.

⁴³ Sigmund Freud, *Psicologia de las masas*, 10ª ed. en “Biblioteca fundamental de nuestro tiempo” (Madrid: Alianza Editorial, 1984), 16/17. Esta descrição da multidão e da sua psicologia é em grande parte, partilhada por Freud na sua obra *Psicologia das Massas* onde analisa pormenorizadamente as teses de Le Bon, reconhecendo que a multidão “es impulsiva, versátil, y irritable y se deja guiar casi siempre por lo inconsciente” e os impulsos a que obedece e podem ser de diversa natureza – nobres, ou cruéis, heróicos ou cobardes, “pero son tan imperiosos, que la personalidad e incluso el instinto de conservación desaparecem ante ellos”. Cfr. Freud, *Psicologia de las masas*, p. 64.

adversário, representado como um ente a que “nós, povo” nos devemos opor com firmeza na defesa dos nossos legítimos interesses e valores.

Mas importa dizer que essa massa não é naturalmente constituída, mas é construída pelo discurso político-ideológico do populista. Essa multidão psicológica, para usarmos a designação que lhe é dada por Le Bon, é constituída por “cidadãos que nunca pensaram em si mesmos como tendo grande coisa em comum”, mas que são “sensíveis a um insuspeitado apelo a ser representados”⁴⁴ por um grupo político ou um líder que representa valores em que se reconhecem e em que cada um passa a representar-se a si mesmo como um actor com personalidade colectiva da multidão e que se sente capaz de agir colectiva e concertadamente.

Hoje a multidão assume simultaneamente uma dupla dimensão, a saber: a dimensão *comicial* e a *virtual*. Mas, quer naquela forma de congregação física de indivíduos em comícios, protestos e manifestações, quer nesta virtual, cada indivíduo que nela se integra vê temporariamente a sua personalidade dominada e sobredeterminada por uma personalidade colectiva construída por efeito da sua pertença a uma *massa*, no nosso caso, heterogénea, embora o modo de construção dessa multidão física e virtual seja necessariamente diferente.

Na actualidade, com a globalização neoliberal e o avanço da tecnologia de informação e de comunicação, a construção da multidão com uma personalidade colectiva distinta da de cada um dos seus elementos é feita com recurso a esses novos meios informáticos com mensagens de texto e de imagem e com discursos dirigidos directamente a grupos integrados ou não em redes sociais, sendo estes meios, nomeadamente as redes sociais, um dos mais férteis terrenos de recrutamento para a “causa populista”⁴⁵.

De qualquer forma, a acção política populista utiliza *multidões físicas* e *virtuais*, ora separadamente ora conjuntamente de acordo com a natureza da acção política.

⁴⁴ Müller, *O Que é o Populismo?*, 81.

⁴⁵ Sobre o papel das redes sociais na difusão da mensagem populista, veja-se, entre outros, Addressa Leão Frigo, «A Comunicação Política Neopopulista e os seus Impactos na Democracia», em *O Populismo no Século XXI. Democracia sob Ataque?* (Lisboa: AAFDL Editora, 2023), 243 e ss. e Izabela Siqueira Pariz deio Melo, «A Influência das Redes Sociais na Disputa Eleitoral e Durante o Governo de Líderes Populistas», em *O Populismo no Século XXI. Democracia sob Ataque?* (Lisboa: AAFDL Editora, 2023), pp. 275 e ss.

10. A propósito da multidão virtual, parece-nos importante esclarecer, mesmo que muito sinteticamente, a relevância dos novos meios de informação e de comunicação que proliferam no ciberespaço e que contribuem para o recrutamento, mobilização e acção política das forças políticas com recurso à retórica populista e para a construção dessa multidão. E esta relevância advém ainda do facto de o uso desses instrumentos informáticos – plataformas digitais e redes sociais nelas sediadas – permitir a criação da multidão virtual pela via da rápida difusão de informação, baseada em factos ou situações, muitas vezes propositadamente falsos. Os efeitos imediatos dessa acção comunicacional é de criar essa *multidão virtual* constituída pela articulação dos agentes, com distintas origens de classe, distinta formação académica e diversa localização territorial, que operam em grupo ou individualmente nas redes sociais. Essa multidão constitui o *auditório virtual* da retórica populista e, sob os efeitos da psicologia de massas, revela-se disponível para desencadear acções políticas a vários níveis, desde logo ao nível eleitoral e ao do combate político das forças políticas populistas contra o bloco hegemónico, dominantes em cada momento.

Por regra, o desencadeamento dessas acções ocorre no decurso das crises conjunturais da formação hegemónica, momento esse a que Chantal Mouffe denomina “*momento populista*”⁴⁶. Nesse momento, as forças populistas so-correm-se da retórica populista para mobilização e acção política com vista a aprofundar essa crise da hegemonia e a fragilizar o bloco hegemónico, para o impedir de reunir as condições para satisfazer as exigências das “massas”. Agora, as forças políticas, que utilizam o populismo como instrumento de combate político, agem no quadro do capitalismo de informação e de vigilância, para usarmos uma expressão de Soshana Zuboff, em que cada um de nós transporta no seu bolso ou na sua carteira o seu vigilante permanente e o seu *influencer*, o telemóvel ou smartphone; as *apps* e os *cliques*, instrumentos de uso fácil e de efeito imediato, são utilizados para difundir a mensagem

⁴⁶ Chantal Mouffe, *Por um Populismo de Esquerda* (Lisboa: Gradiva, 2019), p. 23. Esta autora explica que momento populista ocorre “Quando, sob a pressão das transformações políticas ou económicas, a hegemonia dominante é desestabilizada pela multiplicação de exigências e da insatisfação. Em situações deste tipo, as instituições deixam de contar com o apoio popular na tentativa de defender a ordem existente. O resultado é o bloco histórico que assegura a base social de uma formação hegemónica ser desarticulado e surgir a possibilidade de construir um novo sujeito de acção colectiva – o povo – capaz de reconfigurar uma ordem social sentida como injusta”.

política populista e para ampliar o auditório dessa mensagem, acelerando a sua recepção, propagação e efeitos psicológicos.

O capitalismo digital passou a ser o *habitat* natural do populismo moderno⁴⁷. O *Big Data* que cada um oferece ao “sistema” constitui o produto com que se constrói o perfil psicológico individual e colectivo – ou, como diria Byung-Chul Han, o psicoprograma individual e colectivo⁴⁸ – que permite às forças políticas agirem com sucesso através de empresas – pense-se na Cambridge Analytica – que analisam e tornam operatório os dados que cada um, como fornecedor gratuito e voluntário de matéria-prima comportamental, oferece às plataformas digitais como a Google a Facebook, o Whasapp, o Instagram. Estas plataformas, a pedido das forças políticas e/ou das empresas, utilizam os dados que lhes são fornecidos por cada um de nós para construir, algorítmicamente, o perfil do eleitor, do político e do consumidor e para decidir o tipo de propaganda eleitoral ou comercial que deve ser enviado personalizadas a cada indivíduo ou grupo. Isto permite às forças políticas e comerciais manipular livremente a nossa vontade de escolha, nomeadamente para fins políticos (máxime eleitoral), visto que a esfera pública da acção comunicacional é agora virtual, unidirecional e organizada por perfis sócio-políticos e psico-comportamentais.

Para além disso, o discurso político é mediado pelas plataformas e seus algoritmos, o que lhe retira a sua dimensão dialógica, impede a convocação para o diálogo interactivo – força política - auditório sócio-político – auditório-força política – e confere ao “diálogo” uma dimensão unidirecional e sincrónica – força política-auditório sócio político – que corrompe a participação consciente e informada e, com ela, a democracia. A cidadania é transformada em *consumodania*. Com razão Byung-Chul Han diz que “no *microtargeting*, os eleitores não estão informados sobre o programam político de um partido, mas são manipulados com propaganda eleitoral adequada ao seu psicoprograma, com frequência *fake news*” e que “estes *dark ads* otimizados do ponto de vista psicométrico representam um perigo para a

⁴⁷ Sobre o capitalismo de vigilância e para maior desenvolvimento, veja-se, Shoshana Zuboff, *A Era Do Capitalismo de Vigilância* (Lisboa: Relógio d'Água, 2020).

⁴⁸ “A partir do *Big Data* é possível construir não só o psicoprograma individual, mas também o colectivo, ou até mesmo, talvez, o psicoprograma do inconsciente.” Byung-Chul Han, *Psicopolítica neoliberalismo e novas técnicas de poder* (Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2015), p. 31.

democracia”⁴⁹. A infocracia corrompe a democracia e o sistema democrático, contribuindo decisivamente para a promoção do populismo.

É nesse ciberespaço digitalizado que se forma a multidão virtual constituída por um enxame de redes sociais articulados e conectado pela infocracia em que o representante do “povo” virtual não tem um vínculo político directo e forte com os representados, como acontecia com as multidões físicas antes da era ciberespacial infocrática, de que nos fala Gustav Le Bon. Agora, a adulação na demagogia grega é transformada em manipulação psíquico-comportamental, que alimenta o populismo.

Importa dizer que na demagogia da Grécia de Platão, de Aristóteles e de Péricles a retórica do demagogo era, regra geral, construída com base em factos ou situações efectivamente ocorridos ou existentes, e cada demagogo organizava a sua retórica sem necessidade de recorrer a factos falsos ou situações inexistentes. O demagogo trabalhava sobre o que existia, exagerando-o ou denegrindo-o, com vista a adular e a persuadir o povo a agir em conformidade com os seus concretos objectivos políticos. Era um adulator sem vergonha, como diria Aristóteles, mas tinha sempre à sua frente uma multidão física que com ele discutia – o diálogo era bidirecional –, pelo que a sua retórica demagógica tinha de ser bem organizada se a queria eficaz, pois como explica Aristóteles a retórica é a “capacidade de descobrir o que é adequado a cada caso com o fim de persuadir” e “parece ter assim a faculdade de descobrir os meios de persuasão sobre qualquer questão dada”⁵⁰. Os demagogos tinham conduta perversa na opinião de Aristóteles⁵¹, mas, como diz este filósofo, é o aperfeiçoamento da retórica que permite que “os que estão aptos a usar a palavra influenciem a vontade popular”⁵², persuadindo o povo para a acção.

Já o populista tanto pode agir como um demagogo grego, por adulação e persuasão, mas agora com recurso aos meios digitais e às redes sociais, como pode agir, e age, como um manipulador que, consciente e

⁴⁹ *Infocracia digitalização e a crise da democracia* (Lisboa: Relógio D’Água Editores, 2022), p. 27. Esclarece-se que para este autor *microtargeting* é o recurso a perfil psicométricos para fazer publicidade personalizada nas redes sociais.

⁵⁰ Aristotle, *Retórica*, 5a. edição (Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018), liv. I, Cap. 2. §1355b, p.75. A título de exemplo, podemos indicar os discursos de Péricles no funeral em honra dos mortos na guerra do Peloponeso – a que Tucídides chama de “apropriado panegírico” –, de Cléon e outros relatados por este historiador dessa guerra.

⁵¹ Aristóteles, *Política*, liv. V, 4. 1304, b, 20, p. 369.

⁵² Aristóteles, *Política*, liv. V, Cap. 5. §1305 a, 10, p. 371.

deliberadamente, inventa factos ou cria situações que nunca existiram para com base naqueles ou nestas organizar uma retórica manipuladora do seu auditório, para o convencer da veracidade do que é falso e que ele sabe ser falso. Ambos têm em comum o uso da retórica, o recurso a adulação e o aproveitamento da fragilidade política do grupo dominante no “*momento populista*” e ao aproveitamento da psicologia de massas. A manipulação e a persuasão marca a diferença entre o populista que age como demagogo e o populista que age como manipulador.

11. Mas, as forças políticas populistas usam simultaneamente esses dois modelos de multidão – o físico e o virtual – para a sua acção política, como auditório da sua retórica política. Acontece, contudo, que cada vez mais, a formação da multidão física e a sua presença e acção em manifestações, protestos e outras acções de massa começa no mundo virtual pela via da difusão da informação nas plataformas digitais por indivíduos ou grupos que se revêm no conteúdo da mensagem contida na informação difundida e que assume a tarefa de criar redes de mobilização para acção, convocando através dessas redes cibernéticas manifestações, acções de protesto ou de luta, indicando os adversários e objectivos a prosseguir, fazendo agora em formato digital nessas redes o conhecido *agítpro*, mas agora dotado do perfil psicológico do destinatário e capacitado para orientar o seu comportamento, o que dantes era feito pelos partidos em contacto físico com os seus militantes e simpatizantes de carne e osso, embora socorrendo dos meios de comunicação, em especial da televisão, onde havia um rosto e uma voz. Agora, os partidos e movimentos mostram o rosto dos seus dirigentes sempre associados à e antecipados pela agitação propagandística virtual. O discurso populista da força política feito à multidão física é por esta antecipadamente conhecido nos seus traços fundamentais através das redes sociais, logo no mundo virtual, o que significa que a multidão física presente no protesto ou na luta nela comparece já manipulada virtualmente e predisposta a agir. Em bom rigor, a multidão física é a corporização da multidão virtual.

12. Posto isto, a questão que agora reclama uma resposta é a de saber o que é o populismo, e como defini-lo. Para tanto, entendemos que devemos começar por recortar os elementos estruturantes do seu conceito, dizendo

que hoje parece ser dominante a ideia de que são estruturantes do conceito de populismo:

1. **estratégia de luta política** adotada por diversas forças políticas nas suas lutas. Não sendo uma ideologia, mas uma estratégia de luta, o populismo veste a roupagem que cada ideologia lhe confere em cada momento concreto de luta, sendo, portanto, ideologicamente configurada por cada força política. Trata-se, portanto, de uma estratégia que não é comum a todas as forças políticas, mas é sempre sobredeterminada pela ideologia do agente ou da força política que a organiza e utiliza e pelos objectivos que pretende prosseguir, pelo que a ideologia que ela comporta e transporta e os objectivos que com tal estratégia se visa prosseguir também não é comum a todas as forças políticas, mas é a de cada agente e/ou força política. **O populismo é, portanto, uma estratégia de luta política;**
2. **Retórica**⁵³, operacionalizadora dessa estratégia para difundir perante um auditório a mensagem ideológica desse agente e/ou força política e apelar, pela manipulação ou pela persuasão, à luta para prossecução dos objectivos estratégicos da força política ou do agente, sempre orientada para um confronto político *anti algo*;
3. **multidão** ou “**massa popular**” que é o destinatário dessa retórica, o seu auditório. Agora, para além do que já foi dito sobre esse auditório, sempre conjunturalmente constituído, importa esclarecer que a sua amplitude depende da conjuntura política e da *agitprop* das e nas redes sociais. Em determinados “*momentos populistas*” o auditório pode estar circunscrito a grupos representativos de movimentos ou causas sociais – ambientalistas, movimentos contra o racismo, defesa dos animais, xenofobia, sexismo, LGBT, etc. – como pode ser “universal”

⁵³ Sobre a retórica no âmbito do populismo veja-se, por todos, Miguel Prata Roque, «O Discurso Autoritário no Populismo Contemporâneo: Persuasão, Retórica, Manipulação, Demagogia e Providencialismo», em *O Populismo no Século XXI. Democracia sob Ataque* (Lisboa: AAFDL Editora, 2003), pp. 198 e ss.

noutras conjunturas como por exemplo em momentos eleitorais, em protestos e manifestações;

4. **conjuntura** que é o momento histórico-político em que o populismo deve ser operacionalizado. O populismo é sempre uma estratégia de conjuntura, pelo que “*momento populista*” é sempre conjunturalmente determinado, é um momento conjuntural;
5. Já falamos da **crise**, pelo que não se torna necessário repetir aqui o que já foi dito. Remetemos para o que acima dissemos.

Temos assim na dimensão positiva desse fenómeno, os elementos estruturantes do conceito de populismo: **estratégia, retórica, crise, multidão ou massa e conjuntura**. Resulta desses elementos estruturais que qualquer agente e/ou força política pode utilizar essa estratégia na luta política, sendo certo que a retórica argumentativa varia necessariamente com a ideologia da força política que a utiliza. Mas, o populismo é para todas as forças político-ideológicas que a utilizam **uma estratégia** que visa dividir a sociedade em dois campos antagónicos ou, quanto menos, agonísticos – aqui no sentido que Chantal Mouffe atribui a esse conceito por ela introduzido na ciência política⁵⁴

Posto isto podemos ver agora aquilo que o **populismo não é**, o que nos permite recortar melhor o seu conceito ou, quanto menos, oferecer uma mais clara ideação desse fenómeno, dizendo que o **populismo não é**:

- a) Uma **corrente ideológica** ou uma **ideologia** com autonomia face às ideologias políticas dominantes numa dada sociedade.
- b) uma **estratégia comum** a todas as forças políticas. Na verdade, cada força política constrói a sua estratégia de acordo com as questões que pretende agitar e com os objectivos que pretende prosseguir e organiza a sua retórica em função

⁵⁴ De acordo com Chantal Mouffe o modelo agonístico da democracia proporciona o quadro analítico necessário para conceber a possibilidade de um confronto democrático entre projectos hegemónicos. Para esta autora “O confronto agonístico é diferente do antagonístico, não por estar aberto a um possível consenso, mas porque o opositor não é considerado um inimigo a destruir, mas um adversário cuja existência é percebida como legítima. As suas ideias serão combatidas com vigor, mas o seu direito de se defender não é posto em causa”. Mouffe, *Por um Populismo de Esquerda*, p. 93.

desses objectivos e no quadro da concreta conjuntura em que entende desenvolver a sua luta.

- c) um **recurso estratégico exclusivo da direita e da extrema-direita**. Hoje está aberta a discussão sobre o recurso à retórica populista por outras forças políticas ideologicamente do centro ou da esquerda.
- d) uma **retórica comum** a todas as forças político-ideológicas exactamente porque a retórica populista diferencia-se pela ideologia de cada força política, pelos argumentos que cada uma utiliza, pelas questões ou exigências sociais e pelos valores por que cada força político-ideológica luta e pelos objectivos específicos que cada uma visa prosseguir no quadro de um sistema político.

Recortada a dimensão negativa do populismo, importa finalmente dizer que é comum a todas correntes ideológicas a percepção do seu “*momento populista*”, que é aquele em que a hegemonia do grupo ideológico dominante fragiliza-se e destabiliza-se por pressão das transformações sócio-económicas, e políticas, o que a impossibilita ou a dificulta de satisfazer as exigências (demandas) das “massas”, no quadro de um dado sistema político. Estas perderem confiança nesse bloco, passando a representá-lo como com bloco em crise cuja legitimidade está a esbororar-se, o que permite às forças políticas aproveitarem essa crise para agirem com recurso a uma retórica populista.

Mas, o “*momento populista*” não ocorre ao mesmo tempo ou não é o mesmo para todas as forças político-ideológicas. De facto, para umas forças político-ideológicas uma dada conjuntura pode ser a do seu “*momento populista*”, para outras esse “*momento*” ocorre noutra conjuntura politicamente bem diferente. Isso porque a representação ou a efectiva ocorrência da crise da hegemonia do bloco dominante e a estratégia do seu aproveitamento pelas forças político-ideológicas através da retórica (populista) orientada para a acção política depende dos interesses e dos objectivos políticos – de curto, médio ou longo prazo – de cada força política.

Pensamos não ser despendendo dizer que sabemos já, até mesmo empiricamente pela experiência e vivenciação da prática política na e da actualidade, que o populismo tem sido sempre associado à direita radical e que todas as

demais forças político-ideológicas a esconjuram. Na verdade, a representação popular do uso do populismo como estratégia de luta política é a de que ele é antes de mais uma ideologia, a da direita-radical, portadora de uma retórica-*anti* que herpobiliza um conjunto de questões sociais, políticas e económicas e culturais excludentes do “outro” – como por exemplo, o racismo, a xenofobia e homofobia, etc. –, para exaltar o nacionalismo e os valores tradicionais, e, por vezes até, para apelar à violência contra as instituições. Por outro lado, o populismo tem sido representado como uma ideologia que radicaliza o seu discurso *anti*-elite e *anti*-políticos no poder, apontando-os como verdadeiros adversários ou, até mesmo, como inimigos do povo cujas exigências, sempre justas e realizáveis, não são atendidas, cuja participação e a inscrição no poder é por essa elite e por esses políticos bloqueada. Acresce ainda que as forças políticas populistas são consideradas como agentes que usam uma retórica radicalizadora das tensões sociais. Numa palavra, o populismo é assim representado como uma ideologia da extrema-direita que tem como objectivo destruir ou, quando menos, corromper as instituições e destabilizar a ordem estabelecida.

Com base nesta ideação do populismo, o *stablishment* dominante e a própria comunicação social tem entendido, assumido e difundido a ideia de que o populismo é um fenómeno ideológico transitório, causado por actores imaturos portadores de uma retórica que explora a emoção das massas, mas que tende a desaparecer com a satisfação pelo poder político dominante de algumas das demandas populares (que, curiosamente, são, por vezes, muitas daquelas que esses populistas assinalaram como não satisfeitas)⁵⁵. Contudo, é opinião cada vez mais acolhida, que partilhamos, que o populismo veio para ficar, ou seja, é um produto do capitalismo que, com a globalização neoliberal, se intensificou por ampliação do seu auditório e que tem a info-cracia e a telecracia como agentes municidores das redes sociais através das quais se difunde.

⁵⁵ Quase que poderíamos pensar que essa posição do *stablishment* é a resposta à pergunta que Ernesto Laclau faz e que é a seguinte: “is populism really transitional moment derived from immaturity of social actors and bound to be superseded at a later stage or is it, rather, a constant dimensional of political action which necessarily arises (in different degrees) in all political discourses, subverting and complicating the operations of the so-called more mature ideologies?”, a que ele responde negativamente. Laclau, *On populist reason*, p. 18.

Chegados aqui, pensamos estar em condições de recortar o conceito de populismo, utilizando os elementos estruturais acima indicados e respeitando aquilo que ele não é ou, seja, *não é uma ideologia*, repita-se. Numa primeira e simplista definição poderíamos dizer que *populismo é uma forma específica e transversal de fazer política*.⁵⁶ Mas, por ser demasiado simplista, esta definição não nos recorta com exactidão o seu conceito. Prata Roque, depois de ter apresentado e analisado criticamente várias características estruturantes do conceito de populismo proposto por diversos autores – populismo como ideologia, populismo como regime político, populismo como método discursivo populismo como estratégia de acção política – apresenta-nos o seu conceito que assenta em dois pilares que são a *estratégia* e a *retórica*.⁵⁷ Contudo, o conceito é demasiado descritivo para que se possa aceitá-lo como um verdadeiro conceito. Contudo, em traços gerais, a definição apresentada por Prata Roque vai no caminho certo da conceptualização do populismo, exactamente porque como iremos ver no conceito que vamos apresentar, aqueles dois pilares são essenciais para a elaboração do conceito, mas não são suficientes para o efeito, por entendermos que devem ter de ser acompanhados dos demais que iremos indicar.

Embora consciente da dificuldade de elaboração do conceito de populismo, atrevemo-nos, com recurso aos seus elementos estruturantes acima indicados, a defender que o populismo pode ser definido como:

Uma **estratégia política operacionalizada em cada concreta conjuntura política por uma retórica**, sobredeterminada pela ideologia do agente ou da força política que a organiza, executada no decurso de **crise política do bloco**

⁵⁶ Em sentido próximo Ernesto Laclau quando diz que “populismo is, quite simply, a way of constructing the political”. Laclau, *On populist reason*, Preface, p. XI. Miguel Prata Roque tem o mesmo entendimento sobre a satisfação das demandas populares reclamadas pelos populistas, quando diz que “Numa perspectiva mais positiva, o neopopulismo até tem contribuído para uma efectiva regeneração do regime democrático. O confronto adversarial que ele transporta (para a vida pública, para os parlamentos para as ruas) obriga o regime democrático a ser mais transparente e mais cioso da lisura dos seus procedimentos. Que devem deixar de ser apenas ritualizados para passarem a garantir uma efetiva participação dos cidadãos que são os destinatários das decisões políticas”. Roque, «Apresentação da Obra – O Neopopulismo como Instrumento de Regeneração do Regime Democrático», p. 10.

⁵⁷ Para Miguel Prata Roque “O populismo contemporâneo corresponde a uma(renovada) estratégia de ação política assente num método discursivo simplificador e manipulador, que assume uma lógica confrontacional e antagonizadora, através da qual pretende criar-se a ideia que existe uma oposição inexorável entre uma (pretensa) elite política, económica, intelectual e cultural, tida como abusadora, degenerada e corrupta, e uma maioria da população, vista e idealizada como impoluta, incorrupta, reta e bem intencionada. Roque, «O Discurso Autoritário no Populismo Contemporâneo: Persuasão. Retórica, Manipulação, Demagogia e Providencialismo», p. 198.

hegemónico no poder e orientada para provocar acção política de massas contra (anti) esse bloco hegemónico, seus valores e suas políticas.

Nessa definição estão presentes todos os elementos estruturantes da ideia do populismo, mas nela intencionalmente não integramos nem o conteúdo da retórica, nem os objectivos da luta por, como dissemos, variarem de força político-ideológica para força político-ideológica e por serem por estas assumidos e prosseguidos de forma necessariamente diferentes⁵⁸. Com essa definição distanciamos da representação do populismo como uma ideologia e do sentido pejorativo que lhe é atribuído e difundido pelos média e pelas redes sociais⁵⁹. Numa palavra o populismo é uma estratégia orientada para acção comunicacional assente no par *povo (ou massa)/anti algo*.

13. Importa agora perceber se o populismo é uma estratégia só de direita e da extrema-direita ou se também a esquerda e a extrema-esquerda dela se socorrem na e para a sua luta política? Eis a questão que deve ser esclarecida no sentido de se decidir se o populismo é só de direita ou se também a esquerda pode ser (é) populista, como defende Chantal Mouffe. Trata-se de uma questão interessante e relevante, na medida em que, por regra o populismo tem sido considerado sempre como uma prática política da direita, máxime, da extrema-direita, recusando-se a ideia de que a esquerda, seja ela social-democrata ou marxista, pode ser populista, a que Chantal Mouffe, responde dizendo que “é urgente a esquerda compreender a natureza da conjuntura actual e o desafio que representa o movimento populista”⁶⁰ e que a esquerda deve ser populista. Vejamos resumidamente a tese dessa politóloga.

Para esta autora a esquerda deve ser populista se quer lutar por uma democracia radical e plural, e por entender que o populismo é um instrumento

⁵⁸ Em sentido próximo, Chantal Mouffe diz que o populismo “é uma maneira de fazer política que pode assumir múltiplas formas”. Mouffe, *Por um Populismo de Esquerda*, p. 22. Por seu lado, Ernesto Laclau Laclau ao longo do seu livro *On Populism Reason* vai oferecendo uma descrição – mas já não uma definição de populismo – que Chantal Mouffe entende, contudo como uma definição que ela descreve como “uma estratégia discursiva para construir uma fronteira política que divide a sociedade em dois campos e apela à mobilização dos ‘miseráveis’ contra os ‘que estão no poder’”. Não acolhemos essa “definição” por entendermos que ela mais não faz do que descrever os efeitos e objectivos do discurso populista e não o que este é estruturalmente.

⁵⁹ Sobre a definição do populismo veja-se, entre outros, Roque, «O Discurso Autoritário no Populismo Contemporâneo: Persuasão, Retórica, Manipulação, Demagogia e Providencialismo», pp. 191 e ss., e Cas Mudde e Cristóbal Rovira Kaltwasser, *Populismo: Uma Brevíssima Introdução* (Lisboa: Gradiva, 2017), pp. 13 e ss.

⁶⁰ Mouffe, *Por um Populismo de Esquerda*, p. 15.

político que deve por ela ser utilizado no quadro dessa luta. A esquerda deve, portanto, olhar para esse fenómeno, levá-lo a sério, consciencializar de que o populismo de direita não é um fenómeno temporário e adoptar formas de lutas que lhe permitam combater a ideologia de direita e da direita radical, no terreno da estratégia e da tática populista por estas utilizado. Chantal Mouffe parte do conceito de política, como luta entre adversários presentes na cena política orientada para a conquista do poder político, pelo que todas as forças e movimentos políticos participam nessa luta não sendo possível a exclusão dela de nenhuma força ou ideologia política. Na verdade, nas sociedades complexas em que vivemos não é mais possível à esquerda manter-se enclausurado no reduto da luta de classes, que apesar de não ter perdido a sua importância e operacionalidade, não pode monopolizar a luta política. A esquerda deve abrir-se à nova realidade constituída por movimentos cívicos e sócio-políticos que se formam em torno de grupos sociais heterogéneos e, por vezes, inorgânicos, com programas transversais sobre problemas e interesses comuns. Pense-se, por exemplo na luta pela defesa do meio-ambiente, contra a homofobia, contra o sexismo, contra a xenofobia, contra o racismo, pela defesa da saúde e da habitação, etc., que consubstanciam exigências sócio-económicas e político-culturais que mobilizam transversalmente vários grupos ideológico-culturais e socio-económicos também heterogeneamente constituídos, mas que se unem em cada conjuntura política em torno desses objectivos comuns.

Essa transversalidade desafia a esquerda a repensar o modo como tem organizado a sua luta e a procurar um novo modelo luta que deve adoptar, em cada conjuntura política e no *momento populista* que entender ser o seu, se quer assumir o desafio que a transversal heterogeneidade das exigências, enquanto manifestação da pluralidade de demandas democraticamente assumidas e reclamadas, lhe coloca e lhe exige a mobilização de bases de apoio necessariamente heterogénea político-socialmente.

A questão que agora se coloca é a de esclarecer como deve a esquerda, no quadro desta sociedade complexa em que tem lutar politicamente contra a hegemonia neoliberal, suportada pelos valores do mercado, socorrer-se do populismo na sua luta pela democracia radical e necessariamente plural. Chantal Mouffe responde dizendo que “o desafio enfrentado por uma estratégia populista de esquerda está em reafirmar a importância da questão

social, tendo em conta a fragmentação cada vez maior e a diversidade dos ‘trabalhadores’, mas também a especificidade das diferentes exigências democráticas”, posição essa que, juntamente com Ernesto Laclau tinha já assumido no livro *Hegemony and Socialist Strategy*, onde defenderam que o desafio da esquerda é o de reconhecer a existência e as exigências dos ‘novos movimentos sociais’ e a necessidade de os articular com as exigências mais tradicionais dos trabalhadores⁶¹.

De acordo com esta estimulante e discutível tese, a esquerda deve ser populista se quer vencer a batalha para a construção de uma democracia radical. Para tanto, deve o populismo de esquerda ter (e assumir) como *causa populi* as **questões sociais** e a **necessidade de transformação**⁶² não só das instituições, mas do próprio sistema económico-político, com vista a marcar a diferença dessa sua causa com a *causa populi* no populismo direita que são o nacionalismo, os valores tradicionais e a manutenção do *status quo* sócio-político.

Entendemos que, sendo o populismo uma estratégia operacionalizada pela retórica e não uma ideologia, qualquer força político-ideológica pode dele socorrer-se para organizar e realizar a sua luta política. Reconhecemos que Chantal Mouffe (e também Ernesto Laclau) levanta questões importantes sobre a necessidade de a esquerda abraçar novos modos de fazer política, que devem ser assumidas como desafio lançado a toda a esquerda política e constituídas em temas de discussão pelas forças políticas e pelos cidadãos que se reclamam de esquerda. Sabemos que esta tese de Chantal Mouffe foi motivada, como ela própria confessa, pela:

- a) “incapacidade da política de esquerda, tanto nas versões marxistas como social-democrata, de ter em conta uma série

⁶¹ Essa posição decorre da tese defendida por estes dois autores seguindo a qual “Left-wing thought today stands at a crossroads. The ‘evident truths’ of the past – the classical forms of analysis and political calculation, the nature of the forces in conflict, the very meaning of the Left’s struggles and objectives – have been seriously challenged by an avalanche of historical mutations which have riven the ground on which those truths were constituted” e, ainda, “A whole series of positive new phenomena underlie those mutations which have made so urgent the. Task of theoretical reconsideration: the rise of the new feminism, the protest movements of ethnic, national and sexual minorities, the anti-institutional ecology struggles waged by marginalized layers of the population, the anti-nuclear movement, the atypical forms of social struggle in countries on the capitalist periphery - all these imply an extension of social conflictuality to a wide range of areas, which creates the potential, but no more than the potential, for an advance towards more free, democratic and egalitarian societies”. Ernesto Laclau e Chantal Mouffe, *Hegemony and Socialist Strategy: Towards a Radical Democratic Politics*, 2. ed (London: Verso, 2001), p. 1.

⁶² Mouffe, *Por um Populismo de Esquerda*, p. 66.

- de movimentos nascidos das revoltas de 1968 e que correspondem à resistência a formas variadas de domínio que não podem ser formuladas em termos de classe”⁶³;
- b) necessidade de construir “uma ‘cadeia de equivalências’ que articule as exigências da classe trabalhadora com os novos movimentos, com a finalidade de construir um ‘querer comum’ que produza aquilo a que Gramsci chamou uma ‘hegemonia expansiva’”;
 - c) necessidade de “reformular o projecto de esquerda em termos de ‘democracia radical e plural’, e de o inscrever “no campo mais amplo da revolução democrática, com a indicação de que há uma multiplicidade de lutas pela emancipação assentes na pluralidade dos agentes sociais e das suas lutas”;
 - d) “necessidade de uma política de esquerda que articulasse os combates a diferentes formas de subordinação sem atribuir uma centralidade a priori a nenhuma delas”;
 - e) Pela constatação de que o “projecto de emancipação não podia continuar a ser concebido como equivalente à eliminação do Estado”⁶⁴.

Tudo isto, na opinião de Chantal Mouffe – que se revelou preocupada com o êxito crescente dos partidos populistas de direita –, justifica a necessidade de um populismo de esquerda por entender ainda que “ao longo dos próximos anos o eixo central do conflito político vai ser entre populismo de direita e populismo de esquerda”⁶⁵.

Toda esta interessante e desafiante posição teórica, diz-nos Goodwin e Eatwell, foi criticada por alguns autores, como, por exemplo, Michael Hardt e Antonio Negri. Contudo, tal crítica não deve afastar o debate que o pensamento de Chantal Mouffe reclama. Não sendo este o lugar adequado para este debate, sempre se dirá que, tendo em conta a observação empírica da retórica política da esquerda que incide normalmente sobre as questões sociais e que,

⁶³ Mouffe, *Por um Populismo de Esquerda*, p. 15.

⁶⁴ Mouffe, *Por um Populismo de Esquerda*, pp. 15 a 17.

⁶⁵ Mouffe, *Por um Populismo de Esquerda*, pp. 19 e 20.

dominantemente, não é orientada nem pelas *fakes news*, nem construção de falsas situações, nem ainda pela exclusão do outro, mas sim pela sua inclusão, a aceitar-se a tese da necessidade de um populismo de esquerda, ela terá de ser necessariamente marcada por essa *differentia specifica*, que corresponde à diferença entre demagogia e populismo, ideologias de direita e as de esquerda e dos respectivos objectivos políticos, e que deverá ser sempre assinalada.

Vale isso dizer que temos de fazer essa demarcação entre demagogia e populismo sob pena de toda a demagogia ser entendida como populismo e de se esvaziar de conteúdo esses dois fenómenos, com vista a assinalar as características específicas de cada um desses fenómenos, as suas *differentiae specifficae*, que assinalam as distintas formas de estratégia e de retórica política que cada um encerra. Fica lançado o desafio.

14. Termino dizendo que o populismo aparenta ser uma versão moderna e radical da demagogia da época clássica, mas, é bom dizer, que dela difere desse logo por ser potenciada pela infocracia e telecracia mobilizadora de redes sociais que criam uma multidão virtual, ampliam, assim, o auditório do populista e lhe permitem fazer circular e utilizar no seu discurso informação de factos falsos e a difusão de falsas situações ou somente fazer uma retórica baseada em factos e situações realmente ocorridos, no denominado “*momento populista*”. Tal como como fazia o demagogo grego, o populista também exacerba ou denigre factos ou situações reais e mistura-os com factos ou situações inexistentes (*fakes news*), para causar reacção mais emotiva que racional no seu auditório constituído pela multidão psicológica de que nos fala Le Bon. A diferença entre a demagogia e o demagogo da época clássica grega e o populista da sociedade capitalista neoliberal é a de que este age num mundo globalizado, numa sociedade e no quadro de uma democracia também complexa, crescentemente fragmentada em vários e distintos grupos de interesses, que se articulam num enxame ciberespacial para constituir uma multidão virtual, com base em informação difundida em rede e nas redes sociais a partir de inúmeras e incontroladas fontes e na manipulação.

Pese embora as “boas almas” nos tentem convencer que o populismo é um fenómeno transitório que tende a desaparecer com o tempo, como já dissemos acima, não podemos ignorar que, apesar desse falso diagnóstico,

o populismo, como produto político do capitalismo, que é, veio para ficar e eppur si muove! como um fantasma que ensombra a democracia.

Para essas “boas almas” que confundem os seus desejos com a realidade, temos de as lembrar, retomando e adaptando a célebre frase de Marx que abre o Manifesto Comunista: ***um fantasma ensombra a democracia: o espectro do populismo.***

Bibliografia

- Aristóteles. *Constituição dos Atenienses*. Traduzido por Delfim Ferreira Leão. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Serviço de Educação e Bolsas, 2011.
- . *Política*. Lisboa: Vega, 2019.
- Aristotle. *Retórica*. 5a. edição. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2018.
- Canovan, Margaret. *Populism*. London: Junction Books, 1981.
- Eatwell, Roger, e Matthew Goodwin. *Populismo. A Revolta contra a Democracia Liberal*. Lisboa: Desassossego, 2019.
- Freud, Sigmund. *Psicología de las masas*. 10ª ed. en "Biblioteca fundamental de nuestro tiempo". Madrid: Alianza Editorial, 1984.
- Friço, Andressa Leão. «A Comunicação Política Neopopulista e os seus Impactos na Democracia». Em *O Populismo no Século XXI. Democracia sob Ataque?*, 243 a. Lisboa: AAFDL Editora, 2023.
- Han, Byung-Chul. *Infocracia digitalização e a crise da democracia*. Lisboa: Relógio d'Água Editores, 2022.
- . *Psicopolítica neoliberalismo e novas técnicas de poder*. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2015.
- Laclau, Ernesto. *On populist reason*. London ; New York: Verso, 2005.
- Laclau, Ernesto, e Chantal Mouffe. *Hegemony and Socialist Strategy: Towards a Radical Democratic Politics*. 2. ed. London: Verso, 2001.
- Le Bon, Gustavo. *Psicologia das Multidões*. Lisboa: Tipografia de Francisco Luiz Gonçalves, 1909.
- Melo, Izabela Siqueira Pariz deio. «A Influência das Redes Sociais na Disputa Eleitoral e Durante o Governo de Líderes Populistas». Em *O Populismo no Século XXI. Democracia sob Ataque?*, 275 a 344. Lisboa: AAFDL Editora, 2023.
- Mouffe, Chantal. *Por um Populismo de Esquerda*. Lisboa: Gradiva, 2019.
- Mudde, Cas, e Cristóbal Rovira Kaltwasser. *Populismo: Uma Brevíssima Introdução*. Lisboa: Gradiva, 2017.
- Müller, Jean-Werner. *O Que é o Populismo?* Lisboa: Texto Editores, 2017.
- Nogueira Pinto, Jaime. «Demagogia». Em *Polis. Enciclopédia*, 2. D-F:64 a 67. Lisboa: Editorial Verbo, 1984.
- Platão. *A República*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1976.
- . *Górgias*. 6. ed. Lisboa: Edições 70, 2006.
- Roque, Miguel Prata. «Apresentação da Obra – O Neopopulismo como Instrumento de Regeneração do Regime Democrático». Em *O Populismo no Século XXI. Democracia sob Ataque?*, 7 a 11. Lisboa: AAFDL Editora, 2003.
- . «O Discurso Autoritário no Populismo Contemporâneo: Persuasão, Retórica, Manipulação, Demagogia e Providencialismo». Em *O Populismo no Século XXI. Democracia sob Ataque?*, 191 a 242. Lisboa: AAFDL Editora, 2003.

POPULISMO: O QUE É E COMO OPERA

- Shoshana Zuboff. *A Era Do Capitalismo de Vigilância*. Lisboa: Relógio d'Água, 2020.
- Tucídides. *História da Guerra do Peloponeso*. Lisboa: Edições Silabo, 2008.
- Walicki, Andrzej. «Russia». Em *Populism: its meanings and national characteristics pulism*, 62 a 92. Weidenfeld & Nicolson, 1969.
- . «Russia». Em *Populism: its meanings and national characteristics pulism*, 16. London: Weidenfeld & Nicolson, 1970.
- Wiles, Peter. «A Syndrome, not a Doctrine: Some Elementary Theses on Populism». Em *Populism: its meanings and national characteristics pulism*, 14. London: Weidenfeld & Nicolson, 1969.
- Worsley, Peter. «The Concept of Populism». Em *Populism: its meanings and national characteristics pulism*, 39. London: Weidenfeld & Nicolson, 1969.

JURISDIÇÃO SEM DECISÃO (CONTRIBUTOS PARA UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA DO EXERCÍCIO DO PODER JURISDICIONAL A PARTIR DA SOLUÇÃO DA INVERSÃO DO CONTENCIOSO E NÃO SÓ)

Elizabeth Fernandez¹
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.23>

Sumário: 0. A inspiração e o pretexto para o tema tratado. 1. Conceção tradicional: jurisdição, decisão e resolução de conflitos. 2. Visão contemporânea de jurisdição: jurisdição sem decisão que resolva conflitos: a jurisdição consultiva. 3. Valorização do poder jurisdicional para lá do ato de autoridade: importância e conexão a outros temas. 4. A técnica da inversão do contencioso como resolução de conflito ou satisfação do direito sem decisão.

Palavras-chave: jurisdição – não decisão – resolução conflito sem decisão - inversão contencioso

¹ Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga e Advogada.

0. A inspiração e o pretexto para o tema tratado

Quando, em Lima, (por ocasião do XVII Congresso Mundial de Direito Processual do IAPL) lemos livro de António do Passo Cabral², começaram a fazer sentido algumas ideias que há muito tentávamos organizar no nosso pensamento e, logo identificamos situações de não decisão no direito processual vigente.

Imediatamente nos veio ao pensamento a substituição da antecipação da decisão de mérito da causa principal no processo cautelar (até então vigente no RPE³ e, ainda vigente no nicho legal do regime de locação financeira) pela solução da inversão do contencioso. Logo de seguida pensamos na recomendação judicial de mediação e, ainda, no dever de conciliação do juiz, nos termos revistos no artigo 594º do CPC. Daí, foi apenas um breve passo para invocar, já no contencioso público, os diálogos entre tribunais que permitem a consulta do STA por tribunais de primeira instância no que concerne à solução de questões de direito novas⁴, e, em termos mais amplos, o reenvio prejudicial para interpretação do Direito da União.⁵

As ideias daquele livro começaram a delinear uma outra forma de jurisdição não necessariamente produtora de uma decisão que resolva o litígio, a qual tem vindo a permitir explicar ou justificar a necessidade de enquadramento de uma outra temática que nos vem mantendo ocupados desde há algum tempo num outro lugar: os processos estruturantes⁶.

Mais uma vez, o convite para escrever este texto e o contacto com o livro que nos fez companhia na viagem de regresso conduzem-nos na aventura arriscada da definição de uma jurisdição não decisória e na procura de uma jurisdição consultiva, temas que se têm desenvolvido noutras paragens, mas que nunca tiveram, em termos nacionais, qualquer expressão.

² ANTÓNIO DO PASSO CABRAL é Procurador da República do Rio de Janeiro e, entre o mais, Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Publicou em 2023 o livro **Jurisdição sem Decisão (non liquet e consulta jurisdicional do direito brasileiro)** (Editora Juspodium).

³ Regime Processual Civil Experimental – Artigo 16º

⁴ Artigo 93º do CPTA.

⁵ Artigo 267º do TJUE.

⁶ ELIZABETH FERNANDEZ, “Teoria das decisões estruturantes, primeira aproximação”, *Ius Dictum* nº 6, janeiro-abril, 2022, e “A segunda aproximação aos processos estruturais – fundamentos iniciais para um contencioso de políticas públicas”, *Ius Dictum* nº 9, maio novembro, 2023.

Curiosamente, à semelhança das conclusões de António do Passo Cabral, a quebra do dogma segundo o qual o poder jurisdicional, porque tem por função a resolução de litígios, só se pode dar pela emanção de uma decisão, ou seja, pela aplicação do direito ao caso concreto (*iudicium*), não nos coloca na expectativa de um poder jurisdicional mais fraco, mas, antes, de tribunais mais fortes.

Não resistimos aqui a invocar as palavras de Paulo Rangel, o qual, já em 2009⁷, a propósito do diagnóstico de uma sociedade poliárquica e do fim das sociedades estatocêntricas, escrevia que se trata *muito mais de arbitrar do que dirigir ou planificar, de conciliar as pressões sócio políticas de diferentes polos de poder do que de impor uma ordem homogénea no espaço*⁸, logo apontando que *os tribunais pela sua estrutura e pela sua vocação histórica parecem ser as únicas instituições do velho Estado com ADN para regular e compor litígios e disputas entre entidades que competem na sua aspiração ou pretensão de poder*, uma vez que *o problema detetado de concorrência entre ordenamentos faz avultar a posição constitucional e institucional dos mesmos*⁹, chamados, agora, mais do que nunca, a exercer a função de reduzir a complexidade de um sistema que acabará por dar aos tribunais *um papel mais preponderante e mais decisivo*, ainda que, como iremos ver, nem sempre acoplado ao instrumento da decisão.

Mais uma vez, voltamos às palavras de Paulo Rangel para defender a elevação do *poder judicial a um poder participante do processo de governo*, apontando que *a tomada de consciência desta nova centralidade dos tribunais*, obrigando a exorcizar os fantasmas da história e - acrescentamos nós - à eliminação de dogmas de funcionamento e de atribuições, é indispensável, de modo a que estes possam desempenhar a nova e necessária função constitucional decorrente da crescente *perda de prestígio do fenómeno legislativo* e da *politização crescente dos problemas sociais*, que necessariamente os tirará da situação de *abandono político*¹⁰ a que têm estado votados, estranhamente em silêncio e resignação.

⁷ PAULO CASTRO RANGEL, *O Estado dentro do Estado (Ensaios de política constitucional sobre justiça e democracia)*, Dom Quixote, 2009.

⁸ PAULO CASTRO RANGEL, *op. cit.*, pp. 34-35.

⁹ PAULO CASTRO RANGEL *op. cit.*, pp. 35-36 e 52.

¹⁰ As expressões em itálico são de PAULO RANGEL.

As implicações do tema que nos preparamos para abordar são amplas, profundas e, por isso, frequentes vezes merecem forte reação e rejeição. É que, quando nos atrevemos a dar como possível que, mesmo sem decisão (isto é, sem aplicação do direito ao caso concreto), pode existir, exercício de função jurisdicional, isso tem como pressuposto um alargamento da função jurisdicional que alguns julgam contender com outras funções do Estado que não estão constitucionalmente entregues aos tribunais, mas a outros órgãos do mesmo.

Por isso, alguns, mesmo admitindo que os tribunais possam não decidir litígios e, por isso, possam não emanar decisões, tenderão a dizer que, nestes casos, aos tribunais está autorizado o exercício de uma função que exorbita o que lhes está reservado, que não coincide com a função jurisdicional, mas antes com uma função administrativa, reconduzindo estas atuações a um resíduo funcional emprestado de menor importância.

Não é esse o nosso entendimento, como se tentará explicitar neste texto.

1. Conceção tradicional: jurisdição, decisão e resolução de conflitos

O processo judicial e, por via disso, de forma inerente, a função jurisdicional e o poder ao qual está atribuído o exercício do mesmo podem desempenhar os seguintes objetivos: a produção de um caso julgado, a pacificação social, a resolução de um conflito mediante a satisfação de um direito¹¹. Tal como Paula Costa e Silva e, sem agora, por desnecessária para o escopo deste texto, desenvolvermos a justificação da nossa opção, pensamos que o fim prioritário do processo judicial é a resolução de um conflito, mais precisamente que o *mesmo está destinado resolução de um conflito surgido na vida de duas ou mais pessoas que não chegam a acordo quanto ao comportamento a adotar na concreta situação de vida por estas vivida*. Como a mesma refere, *o fim do processo é a definição de uma situação de vida cujo equilíbrio foi ou está*

¹¹ PAULA COSTA E SILVA, *Acto e processo, – O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do ato postulativo*, Coimbra Editora, 2003, pp. 102-103.

*a ser ameaçado*¹². Esta é a essencialidade da justificação da intervenção do terceiro heterónimo, ou seja, do tribunal, o âmago da função jurisdicional.

Tradicionalmente, esta finalidade é conseguida mediante a adjudicação de uma decisão, ou seja, através de um ato que decida (aplique ao caso concreto o direito) sobre o mérito da pretensão regulamente apresentada em juízo. Tendemos, por isso, a conectar sempre o exercício do poder jurisdicional que serve para resolver conflitos a um modelo exclusivamente adjudicatório de exercício de função jurisdicional. Dito de outro modo, aprendemos que o modo pelo qual esta finalidade se consegue é mediante uma decisão judicial que aplica o direito ao caso concreto, vinculando as partes e tornando para estas obrigatória e imperativa a opção tomada pelo julgador de entre duas ou mais alternativas possíveis, segundo a plausibilidade das versões de facto e da interpretação do direito. A sentença (ou se se preferir o julgamento) é o modo normal de extinção do processo e da resolução do litígio e é por via desta que se esgota o poder jurisdicional do julgador que tinha o dever legal de decidir por ter sido a isso provocado por determinado sujeito que lhe endereçou uma demanda regular ou que pode ser regularizada para receber tal atividade adjudicativa.

Só o poder jurisdicional tem por tarefa essencial (e, até, em certos casos, exclusiva) a resolução de conflitos mediante a aplicação de direito ao caso concreto, e, tal, só pode ser levado a cabo mediante uma cognição destinada finalisticamente a criar uma declaração com autoridade segundo a qual uma das teses em conflito prevalece sobre a outra e afasta definitivamente a probabilidade da verificação em concreto da outra. Portanto, os tribunais resolvem os conflitos declarando mediante a emanação de uma pronúncia cognitiva dotada de autoridade sobre os concretos interesses disputa.

A ideia que trazemos ancorada ao poder jurisdicional e, mais concretamente à conceção do modelo de funcionamento do processo judicial é aquele segundo a qual o decisor só conhece para decidir¹³, uma vez que o poder jurisdicional desempenha uma atividade finalística e não uma atividade de meio.

Na verdade, se o fim do processo é compor uma disputa de interesses entre sujeitos e, deste modo, adjudicar a um deles em detrimento do outro,

¹² PAULA COSTA E SILVA, *op. cit.*, p. 104.

¹³ ANTÓNIO DO PASSO CABRAL, *op. cit.*, p. 54.

uma situação de vantagem jurídica consubstanciada na adjudicação da satisfação ou da proteção de um direito subjetivo ou do direito objetivo, então parece forçoso concluir que só a decisão é um instrumento capaz de cumprir esse fim, na medida em que o tribunal conhece mediante as provas e interpreta o direito de modo a poder escolher ou optar entre duas alternativas que as partes lhe apresentam como antagónicas e, por via disso, aplica essa opção ao caso concreto, afastando a outra e, assim, conseguindo mediante esta ferramenta, a composição e resolução do litígio. Onde havia duas possibilidades o decisor encontrou uma que impõe às partes pela sua autoridade baseada na sua apreciação do caso. A decisão junta, assim, interpretação e aplicação do direito ao caso formulando um comando aplicativo do direito à situação de vida que lhe foi apresentada em concreto. O método da decisão para dirimir o litígio é construir ou optar por um comando aplicativo do direito ao caso concreto, resultando do mesmo a produção de efeitos jurídicos autónomos, que, por ser obrigatória e vinculativa, acaba por resolver o litígio ainda que sem concorrência da vontade de uma das partes.

Considerada nestes termos, e com a característica que geralmente lhe é tradicionalmente reconhecida, a decisão produzida no contexto de um processo judicial cognitivo é o instrumento que dissipa o litígio por separar as posições em conflito sobre um direito e optar justificadamente por uma delas. Onde havia duas posições em conflito passa a vingar uma delas e deixa de haver conflito, a questão controversa está resolvida e, assim é porque a sentença não é apenas declaração e opinião do julgador sobre o que deveria aplicar-se ao caso concreto, ou seja, do direito *aplicável*, mas é direito *aplicado* ao caso concreto, dotada de autoridade e de obrigatoriedade, devendo a parte vencida pautar o seu comportamento obrigatoriamente por esta, sem margem para discricionariedade ou introduzindo ela própria uma mudança na ordem jurídica mesmo sem que este tenha de ajustar o seu comportamento à mesma.

Tendemos na visão tradicional e adjudicatória de jurisdição a não conseguir imaginar um tribunal a interpretar o direito e a dar o seu parecer, sem de imediato juntar a esta atividade meramente declarativa ou cognitiva uma outra que é a da imperatividade de poder decidir o conflito segundo essa opinião, impondo e não apenas recomendando às partes aquela solução. Fazemo-lo, no entanto, como se a atividade de interpretação não pudesse ser autonomizada da atividade de aplicação. Tendemos, como bem reconhece

ANTÓNIO DO PASSO CABRAL a juntar, à semelhança do que sucede com o ato administrativo, interpretação com imperatividade e aplicação, reconhecendo na mesma os traços essenciais de ato de intelecto e de vontade estatal estampada no *decisum* e não apenas orientada para a opinião ou o parecer, de autoridade e de declaração, portadora de um conteúdo inovatório sobre a ordem jurídica porque aplica ao caso concreto o entendimento sobre o direito que deve regular a situação de vida que opunha as partes e, nessa medida, configura para as partes um ato com eficácia externa e muitas vezes mesmo lesivo.

Não temos obviamente dúvidas de que, sendo o fim do processo e, concomitantemente, uma das finalidades do poder jurisdicional, a composição de litígios, este fim se leva a cabo mediante a decisão judicial. Mas sabemos que nem sempre assim é. Os direitos e as situações de vida relativamente às quais os sujeitos não conseguem acertar comportamentos consensuais ou coincidentes podem ser resolvidos sem que ao caso seja sequer aplicado o direito, podendo antes serem resolvidas por critérios de oportunidade ou mérito exigidos pelo caso concreto. Precisamente porque nestes casos não se aplica o direito ao caso concreto, mas os interesses em presença são regulados de outra forma, podemos dizer que são emanadas não decisões, mas resoluções.¹⁴ O mesmo se passará com os tribunais arbitrais que decidem por consenso entre as partes com base na equidade. O ato final permite a composição do litígio entre as partes sem que se tenha aplicado o direito ao caso concreto e, até, com o concurso de vontade dos que estão em conflito. O conflito é resolvido, mas não mediante o direito aplicado ao caso concreto.

Tendemos, no entanto, a considerar que a decisão não é a ferramenta exclusiva através da qual se logra a resolução de um conflito. E não nos estamos aqui a referir a mecanismos de autocomposição. Evidentemente, o conflito entre 2 ou mais sujeitos desde que reporte a direitos disponíveis para ambos pode ser autocomposto, ou seja, solucionado pelos mesmos e sem qualquer decisão que lhes seja imposta. Mas estamos em crer que o mesmo também pode ser resolvido, já, no seio da jurisdição sem decisão.

¹⁴ Alguns até dirão que não estamos já na presença do exercício da função jurisdicional, mas da função administrativa, ou pelo menos de uma função jurisdicional menor, de segundo grau. Referindo-se à controvérsia entre classificação a jurisdição voluntária ainda como jurisdição e não já como exercício de mera função administrativa pelos tribunais, PAULA COSTA E SILVA, *op. cit.*, p. 104.

2. Visão contemporânea de jurisdição: jurisdição sem decisão que resolva conflitos: a jurisdição consultiva

A jurisdição não tem necessariamente de ser adjudicativa. Em outras palavras, pensamos que os tribunais têm como função principal lograr a solução de um conflito, mediante o desenvolvimento de um procedimento que lhes tenha sido postulado ou solicitado¹⁵ por um sujeito e que se para atingir este fim é legítimo concluir que as mais das vezes a jurisdição tem de intervir mediante decisão, ou seja, tem de adjudicar uma solução concreta para a contenda em questão (pois, de outro modo, a mesma continuará sem solução porque as partes não orientarão os seus comportamentos futuros se a tal não forem obrigados pela vinculatividade e imperatividade da mesma, ou seja, pela sua autoridade) não deixa de ser admissível que esse mesmo resultado possa ser conseguido por atos não adjudicativos e, mesmo, que os resultados de afinação comportamental futura não sejam equiparáveis ou, até, melhores nesses casos do que naqueles que decorrem da adjudicação de uma decisão judicial.

Muitos estarão a pensar – e com alguma razão – como poderá uma atuação não adjudicativa ter mais impacto na orientação do comportamento das partes e na solução do litígio, por via disso, do que uma solução não adjudicativa? Se as partes não respeitam uma decisão vinculante vão deixar-se governar por uma não decisão?

Empatizamos com a consideração mental, mas poderíamos contrapor a essa pertinente objeção num número considerável de casos e sempre que prejudicadas pelo sentido final da decisão uma das partes tenta encontrar motivos e meios lícitos para não a cumprir, não reconhecendo a mesma, portanto, como uma ferramenta válida de solução do litígio. Não é verdade, como diagnostica Paula Costa e Silva ser mais frequente do que seria desejável que as partes aleguem que o modo como a tribunal apreciou a matéria de facto não é compatível com a prova produzida em audiência, concluindo que a decisão cujo conteúdo se afasta das representações e das expectativas

¹⁵ Como refere ANTÓNIO DO PASSO CABRAL uma das características inalienáveis da jurisdição é a sua natureza inerte. O exercício das funções jurisdicionais só surge quando espoletada por alguém com interesse na sua intervenção, designadamente para satisfação de um direito ou resolução de uma concreta situação de vida e nunca *ex officio* como pode suceder com o poder legislativo ou com o poder administrativo.

dos ligantes é uma decisão relativamente à qual as partes, ou pelo menos uma delas (a prejudicada com a mesma) oferecerá resistência?

Como a autora bem adverte, essa resistência na confiança que os sujeitos depositam no sistema de justiça vai minando a representação que a comunidade tem desse mesmo sistema e, se inicialmente, o risco é de descrédito institucional, por último, será de resistência social, a qual se vai infiltrando sibilinamente e sem que disso nos apercebamos se não quando – apontamos nós – o problema pode já não ter regressão ou solução.

3. Valorização do poder jurisdicional para lá do ato de autoridade: importância e conexão a outros temas

Se assim é, não será legítimo defender que quando o tribunal não aplica o direito ao caso concreto, mas diz apenas como resolveria o conflito não está, ainda assim, a usar uma ferramenta que conduzirá legitimamente à composição do concreto que opõe as partes? Será assim tão estranho lograr o resultado de resolver o conflito sem decisão? Não será que a falta de imposição em certos casos (própria da decisão judicial) pode ser uma forma de moldar comportamentos futuros com mais êxito e não só resolver o litígio em causa como prevenir outros?

Quando um juiz, para além de decidir faz, de passagem, um comentário acessório e perfeitamente incidental à decisão e à motivação que nada aporta para a mesma, sucede muitas vezes estar a dialogar com os destinatários da decisão, mas, também, com aqueles que as consultam e as leem, isto é, com o povo em nome do qual decide. Esses *obiter dicta*¹⁶, não sendo vinculativos, nem decisórios não são efetivamente neutros e podem desempenhar um papel na modulação de comportamentos futuros dos destinatários da decisão ou de terceiros e, mesmo, de outros poderes do Estado (como o legislativo

¹⁶ Não sendo propriamente um *obiter dictum*, o voto de vencido desempenha um papel análogo. Quando não sabemos apenas que a decisão foi tomada por maioria, mas o motivo ou motivos pelo qual o voto de alguns foi divergente, passamos a valorizar os argumentos ali expendidos para casos futuros. Do nosso ponto de vista, o voto de vencido desempenha uma forma de modelar comportamentos para o futuro lançando alertas à medida que revela o entendimento interpretativo que determinado juízo ou grupos de juizes tem sobre determinadas questões, podendo por isso orientar os comportamentos em sentido consistente com tal decisão e nesse sentido resolver litígios ou mesmo prevenir os mesmos.

e o administrativo) mesmo que estes nem sequer ficam vinculadas por tal opinião ou apreciação lateral.

A admissibilidade de emanação de votos de vencido¹⁷ é, também, uma forma de os tribunais dialogarem com outros poderes do Estado e de estes se autocontrolarem a partir do judiciário, mesmo fora do espectro da decisão. Já os *obiter dicta*, entendidos como tal, sobretudo quando emanados por juízes singulares, não são bem aceites na prática judiciária, em geral, e, inclusive, são desincentivados na formação dos juízes. Esse desincentivo advém, precisamente, da ideia de que um juiz não deve escrever nada na decisão que não seja fundamental ou relevante para a fundamentação do sentido da sua decisão, não devendo aproveitar a decisão para ponderar argumentos não relevantes que poderiam ser relevantes se a situação hipotética que lhe tivesse sido colocada fosse outra, por exemplo. Embora esta regra não esteja escrita em parte alguma, os juízes são ensinados a ser contidos quanto a esta vontade de enviar “recados” para o parlamento para o executivo, para grupos económicos de determinada natureza ou espécie, sob a alegação de que isso diminui a confiança que os cidadãos devem ter nos tribunais, uma vez que revelar esse pensamento evidencia menor isenção e maior parcialidade e, sobretudo, compromete a isenção futura por via da criação de enviesamentos de mudança de direção no entendimento antes partilhado (ainda que não necessário), mesmo quando o tribunal se encontre numa outra situação. Por isso, poucas vezes lemos sentenças que contenham estes *obiter dictum* de modo expreso, sendo certo que, muitas vezes, esses argumentos assomam escondidos pelo meio dos fundamentos da decisão, isto é, não se veem, mas sentem-se.

Uma outra realidade que pode se detetada contemporaneamente na jurisdição é a ideia de uma jurisdição consultiva ou *advisory jurisdiction* e, por isso, necessariamente, não adjudicativa, muito embora sempre sujeita às regras básicas da jurisdição, entre estas, a da juricidade da sua atuação e a da garantia da sua inércia. Finalmente, qualquer intervenção não típica do poder judicial tem de ser adequada aos fins que pretende atingir, designadamente ao fim de resolver o litígio ou, mesmo, de prevenir litígios futuros.

¹⁷ O voto de vencido tem, também, o efeito acessório de poder impedir o recurso de revista, dito normal, pois a sua existência pode transformar a decisão da Relação numa decisão *desconforme* com a decisão de primeira instância. (artigo 671º, nº 3, do CPC)

Esta possibilidade, salvo o devido aspeito, não pode estar dependente da limitação legislativa do exercício da função jurisdicional, devendo assistir ao juiz a mesma liberdade de meios que tem o legislador ou o governo para emanar normas ou para

Administrar, prosseguindo o interesse público em espaços de maior ou menos discricionariedade. Mesmo que não exista uma norma expressa, julgamos que a atuação dos tribunais, desde que provocada por alguém e dentro do espectro da juridicidade não tem de se limiar a usar medidas típicas de resolução de litígios – onde apenas encaixa a decisão judicial – e não tem necessariamente sempre de conter-se dentro do que o legislador autorizou expressamente, como, por exemplo, quando permite ao juiz recomendar às partes que se apresentam em litígio perante si e que o constituíram no dever legal de decidir que se submetam à mediação ou como quando o legislador atribui ao juiz do processo que vai julgar a causa, ou seja, que vai resolver o litígio pela aplicação do direito ao caso concreto, o dever de dever de conciliar as partes.

Deve reter-se nas funções conciliatórias do tribunal um dado relevante: independentemente do que sucede na prática, o legislador não está a permitir apenas o tribunal a, sempre que possível, não decidir e resolver o litígio por outros meios, levando as partes ao consenso. Habilita-o expressamente a algo mais do que isso. Tal atividade de resolução por via de uma não decisão vai ao ponto de o juiz ter de pensar, elaborar e de propor às partes soluções concretas possíveis para o litígio em causa, o que anda muito próximo de formular várias opiniões sobre o modo com os interesses em conflito se poderiam resolver sem ser numa lógica de tudo ou nada que será o paradigma funcional da decisão judicial.

O sistema permite ao juiz resolver conflitos mediante não decisões e exige-lhe, para atingir este objetivo que este deva *empenhar-se ativamente* na obtenção de solução de equidade mais adequada aos termos do litígio, sendo certo que se não o conseguir devem ficar vertidas, em ata, *as concretas soluções sugeridas pelo juiz*, bem como os fundamentos que, no entendimento das partes, justificam a persistência do litígio.

Concluindo: é inequívoco que o juiz pode ir ao ponto, para lograr o efeito pretendido pelo sistema e, até, para conseguir o efeito acessório da pacificação social, de *sugerir* concretas soluções para resolver o litígio.

Neste caso, o tribunal não conhece ou aprecia a questão apenas com a finalidade de a decidir. Conhece-a, também, para poder sugerir soluções que se forem acolhidas a descartem e a tornem desnecessária, pois só um juiz devidamente habilitado com os elementos factuais do processo e que tenha digerido as posições jurídicas das partes consegue, obviamente, pensar e construir soluções concretas para o litígio. E, cremos nós, que para permitir controlar o risco de enviesamento do processo decisório que vier a ser necessário para dirimir o litígio (em caso de frustração da tentativa e conciliação), o legislador determina que devem ficar vertidas quais foram essas soluções concretas e quais foram os motivos pelos quais as mesmas não foram aceites.

Hoje, vemos esta função judicial como uma medida de resolução do litígio mediante uma não decisão e a necessidade de verter as mesmas em ata como uma garantia das partes para poder detetar e, conseqüentemente, controlar, futuros enviesamentos decisórios que possam suceder na tomada de decisão, uma vez que o juiz que faz a sugestão dentro poderá ser o mesmo que irá produzir a decisão¹⁸.

Mas o que aqui interessa realçar é que este é um caso de resolução do litígio por sugestões do tribunal. Não é já uma medida atípica: está legalmente prevista.

Mesmo assim, na prática, mercê do receio de perda da imparcialidade ou da neutralidade, mas também pela concorrência de outros fatores¹⁹, os tribunais não usam este poder o poder de fazer sugestões e de assim lograr a resolução do litígio com uma não decisão²⁰, tantas vezes como poderiam.

A par deste poder judicial de sugestão de concretas soluções para a solução de litígio, o juiz pode pedir consulta a outros tribunais para decidir a causa. A intervenção desses tribunais é meramente consultiva, mas, no nosso sistema, ao contrário do que sucede noutros, tal consulta é vinculativa para o tribunal que a solicita. Mesmo assim, não se pode deixar de concluir que o tribunal consultado não emana uma decisão, emana uma consulta provocada

¹⁸ Criticando esta solução, sobretudo, na redação que resultou da reforma de 2013, JOSÉ LEBRE DE FREITAS *ET ALLI*, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 3ª edição, pp. 654-655.

¹⁹ Como se referiu, para fazer sugestões adequadas, é necessários conhecer quase tão bem o litígio que opõe as partes, as suas posições e o possível desfecho do processo, como o exigido para decidir e, por vezes, o fim dos articulados não é, ainda, o momento em que essas condições estão reunidas.

²⁰ Contudo, a mesma não foi introduzida pela revisão de 2013 do CPC, mas pela revisão corrida em 95/96. Há já quase 30 anos.

por outro tribunal e que será esse tribunal que irá, partindo do resultado da consulta, ou seja, da interpretação ou da opinião elaborada por esse tribunal (habitualmente superior)²¹ fazer aplicação do direito, assim interpretado, aos factos da causa. O conflito é decidido mediante uma decisão judicial emanada pelo tribunal que pediu a consulta, mas o tribunal consultado colaborou com este na decisão estabelecendo um diálogo com as partes e emanou uma pronúncia que, apesar de vinculativa, só tem força de decisão por via da aplicação que o tribunal que solicita a consulta faz do caso concreto.

Entre nós, talvez por causa da necessidade mais premente do acautelamento do interesse público, esta possibilidade está prevista apenas no artigo 93º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e é denominado reenvio prejudicial. O juiz da causa pode optar por pedir a consulta a um tribunal superior, neste caso o STA, como também de a partir antes a todos os juízes da sua secção propiciando um julgamento alargado sobre a mesma. A consulta fica restringida aos casos em que à apreciação de um tribunal administrativo de primeira instância se coloque *uma questão de direito nova* que suscite *dificuldades sérias* e possa vir *a ser suscitada noutros litígios*. Como decorre da lei, a consulta tem um efeito vinculante para a o tribunal que pede a consulta, mas o tribunal consultado pode mudar o seu entendimento em casos futuros, precisamente porque não decidiu, apenas foi consultado e em abstrato e manifestou o modo como deveria se resolvida determinada questão jurídica nova, complexa ou socialmente relevante.

O mesmo sucede com a interpretação do direito da união que os tribunais nacionais não podem violar e tendo dúvidas sobre qual o sentido desse direito podem, em alguns casos, e, devem, noutros, pedir consulta ao TJUE o qual emana o seu entendimento sobre a interpretação, mas quem decide o caso concreto, aplicando aquele entendimento às circunstâncias do caso é o juiz nacional.

Noutras paragens, a consulta entre tribunais pode nem sequer ser vinculativa para o juiz que a solicitou, como sucede em termos amplos, ou seja,

²¹ Seria também possível a nosso ver, na concretização de uma especialização obtida por partilha, que a consulta fosse feita por um tribunal a outro do mesmo nível hierárquico, a matéria em causa. Por exemplo, um tribunal penal poderia consulta rum tribunal tributário para saber em certos casos se o imposto era ou não devido.

para causas de qualquer índole, no caso do Brasil²², no sistema francês que admite o *saisine par avis*²³e, ainda, do sistema italiano o qual permite o reenvio prejudicial. Entre nós, como se viu, a possibilidade está conexas aos casos de direito administrativo e de direito tributário e, ainda, àqueles de qualquer índole em que esteja em causa a aplicação de direito da união, apensar de tudo com efeito vinculativo, o que torna a decisão final bicéfala e conseqüentemente a consulta acaba por ser uma decisão diferida do órgão consultado.

De qualquer modo, os *obiter dicta*, os votos de vencido, as sugestões concretas para resolução do litígio do tribunal às partes e, ainda, estas possibilidades de consulta podem agrupar-se, já, numa jurisdição de função consultiva, não necessariamente menor e, quiçá, em certos casos, bem mais impactante em termos de resolução de litígios do que a adjudicatória.

E se é certo é que a litigância tradicional entre *Tício* e *Caio* podem não ser o terreno mais fértil e propício para o crescimento deste fenómeno jurisdicional, já não será assim nas paragens da litigância massificada, da litigância estratégica ou, mesmo, da litigância dos litígios públicos ou estrutural. Aqui, porque muitas vezes o objetivo não é, ou não é só, resolver

²² Artigo 30º da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) estabelece, a bem da prossecução da segurança jurídica, que *as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos sumulas administrativas e respostas a consultas*. Sendo que os instrumentos previstos no *caput* deste artigo terá carácter vinculantes e relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

²³ Consulta de um tribunal à *Cour de Cassation*, a qual, ainda que não vinculativa, na prática, conduz as mais das vezes a adesão por parte do tribunal que deve decidir a questão à apreciação que dela fez o tribunal consultado. Dando conta do mecanismo, ANTÓNIO DO PASSO CABR, *op. cit.*, p. 131. É também a perspectiva do Codice Procedura Civile italiano com a intenção de aditar o 363-bis, derivada da LEGGE 26 NOVEMBRE 2021, N. 206 segundo qual: «Art. 363-bis (Rinvio pregiudiziale) Il giudice di merito può disporre con ordinanza, sentite le parti costituite, il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di cassazione per la risoluzione di una questione esclusivamente di diritto, quando concorrono le seguenti condizioni: 1) la questione è necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione; 2) la questione presenta gravi difficoltà interpretative; 3) la questione è suscettibile di porsi in numerosi giudizi. L'ordinanza che dispone il rinvio pregiudiziale è motivata, e con riferimento alla condizione di cui al numero 2) del primo comma reca specifica indicazione delle diverse interpretazioni possibili. Essa è immediatamente trasmessa alla Corte di cassazione ed è comunicata alle parti. Il provvedimento è sospeso dal giorno in cui è depositata l'ordinanza, salvo il compimento degli atti urgenti e delle attività istruttorie non dipendenti dalla soluzione della questione oggetto del rinvio pregiudiziale. Il primo presidente, ricevuta l'ordinanza di rinvio pregiudiziale, entro novanta giorni assegna la questione alle sezioni unite o alla sezione semplice per l'enunciazione del principio di diritto, o dichiara con decreto l'inammissibilità della questione per la mancanza di una o più delle condizioni di cui al primo comma. La Corte, sia a sezioni unite che a sezione semplice, pronuncia in pubblica udienza, con la requisitoria scritta del pubblico ministero e con facoltà per le parti costituite di depositare brevi memorie, nei termini di cui all'articolo 378. Con il provvedimento che definisce la questione è disposta la restituzione degli atti al giudice. Il principio di diritto enunciato dalla Corte è vincolante nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione e, se questo si estingue, anche nel nuovo processo in cui è proposta la medesima domanda tra le stesse parti.»;

o litígio existente, mas tratar de um problema estrutural, a ferramenta para levar a cabo este desiderato não é apenas uma decisão judicial, mas muitas vezes, antes, do que se trata é de dotar os tribunais de poderes de facilitação que lhes permitam propiciar reestruturações diretamente ou através de um delegado mais próximo²⁴.

4. A técnica da inversão do contencioso como resolução de conflito ou satisfação do direito sem decisão

Mas se há inovação legal introduzida pela alteração legislativa sofrida pelo sistema processual civil, em 2013, que se apresenta inequívoca quanto à admissibilidade de jurisdição existir sem decisão é a que ficou denominada como inversão do contencioso.

O legislador passou a prever no artigo 369º do CPC, a possibilidade de, no contexto procedimental de apreciação de uma tutela meramente cautelar de um direito, o juiz, a pedido do requerente da providência, e desde que não esteja já pendente ação destinada a à satisfação do direito alegadamente em perigo, poder dispensar este de intentar a ação satisfativa de que dependeria a não caducidade da tutela cautelar decretada.

Quando decretada a medida cautelar requerida ou outra, a oneração judicial do requerido com a instauração de uma ação judicial assenta na convicção que o juiz conseguiu criar – ainda que em procedimento sumariado – sobre a segura existência, na esfera do requerente, do direito que este pretendeu apenas cautelar e não satisfazer mediante a postulação de uma medida cautelar. No fundo, neste caso, em que o juiz ultrapassa a barreira do mero *fumus boni iuri* e da mera verosimilhança da existência do direito, o mesmo pode dispensar o Requerente do ónus de intentar ação judicial de que dependa a vigência a providência cautelar decretada, a qual, por si, já é suscetível de compor definitivamente o litígio.

²⁴ ELIZABETH FERNANDEZ, “Teoria das decisões estruturantes, primeira aproximação”, *Ius Dictum* nº 6, janeiro-abril, 2022, e “A segunda aproximação aos processos estruturais – fundamentos iniciais para um contencioso de políticas públicas”, *Ius Dictum* nº 9, maio novembro, 2023.

Mas não nos deixemos enganar. Neste caso, apesar do grau de convicção atingido ser o adequado para poder legitimamente dispensar uma justiça satisfativa, o tribunal não resolve o conflito existente (evidenciado pela instauração da providencia cautelar e pelo perigo que teve de acautelar). Neste caso, apesar de ter cognição (ter apreciado sobre a existência do direito) o tribunal nada decide, isto é, não emana, apesar disso, decisão que componha o litígio. Espera-se, e por isso não se decide, que pela mera vigência continua e crônica da medida cautelar o litígio se resolva. Apesar de ter criado convicção e, portanto, de ter apreciado o direito, o tribunal não aplica o direito ao caso concreto decidindo entre duas teses a quem assiste razão e a favor de quem vai fixar uma situação jurídica de vantagem. Neste caso, o tribunal apenas decreta uma medida cautelar uma medida de proteção do direito sobre o qual incide o litígio, mas não compõe o litígio mediante uma decisão autónoma.

A finalidade ou a expectativa desta técnica é a de que não seja necessária uma decisão que resolva o litígio para que tal resolução ou composição tenha lugar. De resto, a ideia é nem sequer ser necessário um processo judicial para operar tal composição. O litígio poderá resolver-se pela mera inércia do requerido, o qual analisando a decisão cautelar e, em particular os motivos pelos quais o tribunal entendeu ter ficado convencido da existência do direito na esfera do requerente pode deixar que a mera medida cautelar decretada faça a composição do mesmo. A composição do litígio é feita por causa de o tribunal ter opinado, ter manifestado ter criado uma convicção segura acerca da existência do requerente, conclusão que se destina a moldar ou influenciar o comportamento do requerido nos mesmos termos, respeitando sem mais litígio o direito daquele, e, desta forma, resolvendo o litígio.

A emanação daquele ponto de vista pelo tribunal, ainda que sem aplicar o mesmo ao caso concreto pode ser suficiente para moldar o comportamento futuro do requerido, levando-o a não iniciar uma nova litigância por já existir um entendimento que não lhe é favorável provinda de um órgão judicial. O objetivo fundamental da norma é permitir que os litígios se resolvam por si após a emanação de um parecer segundo o qual o direito a cautelar existe com segurança. O método é sugerir a uma das partes que a persistir no seu entendimento, o litígio este pode não ser decidido a seu favor, pelo que este deve sentir-se menos motivado a continuar a ter posições dissonantes quanto ao direito em questão.

Não há para nós qualquer dúvida que, a haver composição do litígio neste caso, o mesmo se dá, por uma não decisão, e em atenção ao parecer convicto de que o direito acautelado existe, mas na esfera do requerente.

Se devia ou não haver decisão no caso concreto (decidindo o litígio através da mesma) é uma questão de mera opção legislativa, com a qual como já deixamos escrito noutros lugar²⁵, não estamos necessariamente sintonizados. Porém, a possibilidade de resolver o conflito sem a emanção de uma decisão não depende do tribunal, pois tipicamente o legislador parece apontar que este modo de solução sem decisão só poderá ó pode ser o usado se o requerente o tiver pedido ao tribunal.

O legislador dá, assim, em primeiro lugar, liberdade àquele que invoca a violação ou a iminente violação do direito sobre o qual o litígio incide para requerer, uma composição por decisão em ação autónoma ou para tentar uma composição por não decisão. É, mais uma vez, a vontade do sujeito que vai determinar o modo como o tribunal vai resolver o litígio que se lhe apresenta. Se o indivíduo que se arroga a existência de um direito e que apenas peticiona a tutela cautelar para o mesmo conseguir convencer o tribunal de que o seu direito não é meramente verosímil, mas existe, em detrimento da tese sobre o mesmo esgrimida pelo requerido, e tiver expressamente requerido que pretende ser dispensado de intentar a ação principal, o tribunal dispensará o requerente de intentar a ação e, com isso, tenderá a dissuadir o requerido de continuar a ter o entendimento conflituante com o requerente sobre o direito deste.

No entanto, para que tal suceda, isto é, para que o requerente possa ser dispensado de intentar essa ação judicial para obter a composição do litígio por meio de decisão é necessário, que a medida cautelar decretada tenha o condão de, por si, poder na ausência de uma decisão permitir a resolução do conflito.

A nosso ver, a solução legal tem o condão de evidenciar que os tribunais podem resolver conflitos sem decisão. A solução legal tenciona fazer o empoderamento dos tribunais perante as partes: só a justificação da razão pela qual o tribunal entende que está seguro do direito em controvérsia existir a

²⁵ ELIZABETH FERNANDEZ, *Um novo código de processo civil, Em busca das diferenças?*, Vida Económica, 2014, pp. 146-153.

favor de quem o invoca pode ser, em si, suficiente para resolver o litígio, não sendo necessário intentar ação judicial destinada a obter decisão para compor o litígio, pois o requerido fica alerta para a circunstância de poder não lograr apreciação divergente daquela.

Porém, a solução padece de vários problemas e, por isso, já em tempos, ainda que sem analisar a solução à luz de uma não decisão – lhe endereçamos várias críticas.

Em primeiro lugar, o legislador poderia, a nosso ver, ter arriscado deixar ao entendimento do tribunal a necessidade de ser necessário vir a proferir decisão para compor o litígio ou bastar-se *in casu* com a emanação de uma mera opinião sobre como se decidir a questão, permitir que, de modo livre, o poder jurisdicional optasse entre as duas alternativas sem que tal depende de pedido expresso do requerente da providência cautelar.

Em segundo lugar, estamos em crer que o que justifica a resolução de litígios sem decisão não é a circunstância de a providência cautelar ser de natureza que permita a composição do litígio. Na verdade, o que vai permitir a composição do litígio não é a permanência ou o perdurar no tempo da medida cautelar decretada, mas, antes, a inércia do requerido e a conformação ou resignação do mesmo perante a cognição levada a cabo pelo tribunal sobre o direito acautelado, considerando que existe na esfera do requerente tal como ele o invoca, ainda que sem ter proferido decisão.

Neste caso, o tribunal conhece, mas não para dirimir o litígio mediante a emanação de uma decisão. Também não dirime o litígio com o sucedâneo da medida cautelar decretada. Dirime o litígio porque o requerido foi sensível à apreciação feita sobre o direito em conflito, ainda quando o tribunal não usou essa sua convicção para aplicar imperativamente o direito ao caso concreto. Assim sendo, poderia usar-se esta técnica e muitos conflitos serem compostos sem decisão mesmo que a providência, em si, não tivesse qualidades para, por si, compor o litígio, como sucede, por exemplo, com o arresto. Se numa providência de arresto decretado, o mesmo o tribunal vertesse na decisão que não há verosimilhança do direito de crédito do requerente sobre o requerido, mas prova bastante sobre o mesmo, invocando a fundamentação factual e jurídica correspondente, mesmo sem decisão condenatória e, o devedor poderia decidir pagar ou entrar em acordo com o credor sem que o autor tivesse de intentar uma ação destinada a obter uma decisão.

Embora limitado, o propósito do preceito é positivo, mas ainda o seria mais se, tal como no *reféré* francês, o requerido não tivesse um prazo para intentar a ação através da qual, não se deixando influenciar pela cognição do tribunal, vai tentar demonstrar que o direito, no caso concreto, lhe assiste a si e não à parte contrária. É que quando um sujeito processual está onerado com o decurso de um prazo processual para exercer uma faculdade que preclui se não for tempestivamente exercida ou seja quando a parte não tem uma faculdade, mas um ónus processual, a tendência natural da mesma vai ser intentar a ação só para não permitir a consolidação da situação. Isto é tanto mais assim quanto mais limitado é o tempo ou o prazo legalmente previsto para decidir intentar essa ação, pois, quanto mais próximo este está da apreciação feita pelo tribunal, é menos provável que o sujeito tenha digerido a mesma de modo a deixar estas considerações moldar o seu comportamento futuro relevante para aquele caso. Assim, pensamos que, na evolução desta técnica, e eliminado que está, afinal, o paradigma de uma jurisdição exclusivamente adjudicativa para solução de conflitos, os resultados teriam mais eficácia em termos de lograr a resolução do litígio se o requerido tivesse, pelo menos, um prazo bem mais alargado para exercer o seu direito.

Falta, ainda, a nosso ver, dar mais um passo que ainda assim não compromete os princípios gerais que caracterizam, designadamente o de que a jurisdição é, em si, isto é, inerte. Será necessário peticionar que seja emanada uma decisão para decidir o conflito quando o tribunal atingiu um grau de certeza que permite a solução definitiva do mesmo ainda que no contexto meramente cautelar? Será que só o requerente pode, pela via da sua vontade, permitir que o tribunal opte entre remeter o mesmo para uma decisão futura em ação a intentar com o fim de emanar uma apreciação incidental sobre o modo de satisfação dos direitos em litígio, ainda que sem emanar decisão? Não poderia o tribunal, por si, e após contraditório das partes e com a consequente participação fazer esta opção?

Estamos em crer que sim. Quando alguém intenta uma providência cautelar para acautelar um direito em perigo já autoriza – se ficar atingido o grau de convencimento necessário para o efeito – o tribunal a sair da sua natural inércia e, conseqüentemente, compor o litígio por via adjudicativa ou não adjudicativa. Por isso, nunca entendemos a ideia segundo a qual o tribunal não pode decidir o mérito da causa no processo cautelar nas mesmas

circunstâncias que numa ação, porque isso poderia pôr em causa o princípio do pedido e da congruência das decisões judiciais.

Temos para nós, pois, que a função jurisdicional deve poder exercer-se mediante uma atividade atípica enquadrada ainda nos poderes de gestão e de adequação do juiz, tal como a administração pode recorrer a vários meios não necessariamente tipificados para regular o interesse público inclusive mediante mecanismos de *soft law*. Acompanhamos António do Passo Cabral quando escreve que se os tribunais não puderem exercer a função jurisdicional com a liberdade de poder desempenhá-la ainda que com recursos a meios atípicos, então, os tribunais não são verdadeiramente independentes²⁶. A administração pode intervir na realidade mediante ato administrativo, meras operações materiais, regulamento, contrato ou mesmo mediante *soft law*. Os tribunais só podem, pelos vistos, dirimir conflitos mediante decisões judiciais. Não há razões para isso, pois medidas judiciais não decisórias e não adjudicativas podem, em alguns casos, produzir efeitos de resolução mais certos e, por outro lado, podem em face de certos conflitos – como os litígios estruturantes – serem as únicas capazes de permitir uma intervenção jurisdicional quando os outros poderes do Estado falham redondamente e de modo crónico na sua intervenção.

A bem do empoderamento do poder judicial seria necessário futuramente reconhecer-lhe que, uma vez requisitado para resolver um litígio esta finalidade pode ser atingida pelo meio mais adequado e não, necessariamente, e, sempre, mediante um modelo adjudicatório puro.

Sabemos que as barreiras são muitas para operar tal mudança de paradigma, mas se não forem os tribunais a exigir isto para si, os outros poderes não o concretizarão. Cabe combater a ideia muito intrincada na nossa cultura jurídica, de que um tribunal que conhece, mas não decide, que apenas opina é um tribunal menos parcial e, portanto, menos confiável.

Veremos se os ventos futuros trazem novidades a este respeito.

²⁶ ANTÓNIO DO PASSO CABRAL, *op. cit.*, p. 85.

UM BREVE OLHAR AXIOLÓGICO- -NORMATIVO SOBRE O ARRESTO PREVENTIVO

A BRIEF AXIOLOGICAL-NORMATIVE ANALYSIS ON PRECAUTIONARY ATTACHMENT

Joana Aguiar Rodrigues¹
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.151.24>

Resumo: As medidas de garantia patrimonial assumem um cariz eminentemente económico, traduzindo-se em instrumentos perspetivados pelo legislador com o escopo de assegurar o pagamento de determinadas quantias, que previsivelmente podem vir a ser devidas no âmbito de um processo crime.

Estas medidas assumem, por isso, uma relevância notória, no âmbito de um sistema que pretende, em primeira instância, proteger o bem jurídico violado. A inexistência de medidas desta natureza faria o Estado, enquanto responsável pela administração da justiça penal, incorrer na possibilidade de a sentença condenatória ser meramente simbólica.

Não será, contudo, irrazoável indagar sobre se, atentos os pressupostos e o regime que determina a aplicação (e manutenção) destas medidas, não se poderá colocar o visado numa situação excessivamente onerosa, quando as necessidades cautelares não o exijam.

¹ Assistente Convidada na Escola de Direito da Universidade do Minho. Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas na Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação. Advogada na PRA – Raposo, Sá Miranda & Associados. Formadora no Centro de Estágio do Conselho Regional do Porto, da Ordem dos Advogados.

Abstract: The measures for asset guarantee take on an eminently economic nature, which translates into instruments envisioned by the legislator with the intent of ensuring that certain sums are paid, which predictably may be requested as part of a criminal action.

As such, these measures become considerably relevant, within the scope of a system that intends to, in the first place, protect the violated legal asset. The lack of measures of this nature would make the State, which is responsible for administering criminal justice, incur in the possibility of having criminal sentences become merely symbolic.

It is not, however, unreasonable to inquire whether, given the prerequisites and the regime that determines the application (and maintenance) of these measures, it may not be possible to place the subject in an extremely compromised situation, when precautionary needs don't require so.

I. As medidas de garantia patrimonial – Breve enquadramento

A salvaguarda do exercício de direitos e deveres processuais do arguido computou-se como uma das maiores preocupações do legislador penal, que deixou consagrada essa garantia logo no artigo 60º do Código de Processo Penal (doravante, CPP). Entendeu por bem, contudo, fazer a seguinte ressalva: a defesa do exercício dos direitos e deveres do arguido não poderia contender com a aplicação das medidas de coação e das medidas de garantia patrimonial.

Estas e aquelas medidas, porque visam assegurar as necessidades cautelares do processo, seguem, assim, um regime próprio e restrito. Com efeito, enquanto medidas restritivas da liberdade, tendo em linha de conta a hermenêutica constitucional do nosso ordenamento jurídico, terão de encontrar fundamento em previsão legal própria, assim como terão de observar os (apertados) requisitos que lhe sejam inerentes – é o que decorre, entre o mais, do artigo 27º da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP) e do artigo 191º, nº 1, do CPP.

É notório que, no que concerne à aplicação de medidas de coação ou de garantia patrimonial, a posição processual do arguido – a tal cuja salvaguarda se reputa primordial – tem ínsitos dois axiomas constitucionais: o direito de defesa e o princípio da presunção da inocência, ambos consagrados no artigo 32º da CRP.

Estas duas máximas acabam por ceder perante a necessidade de se protegerem os (outros) fins do direito processual penal: a realização da justiça, a descoberta da verdade material e o restabelecimento da paz jurídica comunitária, posta em causa com a prática do crime.

Em particular, as medidas de garantia patrimonial assumem, no nosso ordenamento jurídico, um carácter essencialmente económico, visando, em última análise, acautelar o pagamento das quantias a que alude o artigo 227º do CPP, a saber: a pena pecuniária, as custas do processo, qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime, a perda dos instrumentos, produtos e vantagens de facto ilícito típico ou o pagamento do valor a estes correspondente.

As medidas de garantia patrimonial consagradas no nosso ordenamento jurídico encontram-se previstas nos artigos 227º e 228º do CPP, reconduzindo-se às seguintes duas: a caução económica e o arresto preventivo.

A caução económica – que se distingue da caução enquanto medida de coação, prevista no artigo 197º do CPP – pode ser aplicada ao arguido ou a quem se afigure como civilmente responsável, desde que haja fundado receio de que falem ou diminuam substancialmente as garantias de pagamento da indemnização ou de outras obrigações civis decorrentes do crime. Por força da sua autonomia em relação à caução enquanto medida de coação, não fica sujeita aos prazos de duração máxima que impedem sobre as medidas de coação, antes subsistindo até à decisão final absolutória ou até à extinção das obrigações.

Já o arresto preventivo pode surgir como consequência da não prestação da caução económica ou enquanto medida de garantia patrimonial “autónoma”. Este arresto distinguir-se-á, outrossim, do arresto que, por força do que dispõe a Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, pode ser aplicado no âmbito das medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira².

Sucedem que, como se disse, a aplicação de qualquer uma destas medidas de garantia patrimonial pressupõe a observância de estreitos requisitos legais, face à sua manifesta restrição à liberdade do visado.

Em primeiro lugar, em respeito pelo princípio da legalidade, só poderá lançar-se mão de uma das duas medidas de garantia patrimonial expressamente previstas e não de qualquer outro procedimento cautelar não especificado.

Por outro lado, haverá que ser aferida a necessidade da correspondente aplicação, para garantia da conservação do património e da futura exequibilidade da decisão penal condenatória, pelo que só poderão decretar-se tais medidas quando existir um fundado receio de perda da garantia patrimonial, devendo o requerente alegar e provar os factos que comprovem esse receio (o denominado *periculum in mora*).

Será, ainda, necessário que a medida aplicada seja adequada a satisfazer somente as necessidades cautelares que, no caso, se façam sentir, devendo a autoridade judiciária que a aplica decretar a medida que se revele suficiente, dando preferência às menos gravosas, garantindo, dessa forma, o respeito

² Arresto esse decretado para garantia do pagamento do valor que, em caso de condenação pela prática de um dos crimes de catálogo definidos naquela Lei, para efeitos de perda de bens a favor do Estado, se presume constituir vantagem de atividade criminosa. Esta vantagem consiste na diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.

pelo princípio da subsidiariedade (sempre presente quando está em causa a restrição de direitos desta natureza).

Haverá, ademais, que fazer cumprir o critério da proporcionalidade da medida escolhida em relação à gravidade do caso concreto, à sanção pecuniária e às custas processuais que previsivelmente possam vir a ser aplicadas e, bem assim, às aludidas necessidades cautelares que, em concreto, se façam sentir.

II. Da especificidade do arresto preventivo

Configurando-se o arresto como a medida de garantia patrimonial mais gravosa – na medida em que gera um vínculo de indisponibilidade sobre o património do visado³ –, o legislador estabeleceu, além de tudo o que antecede, como condição necessária para a aplicação desta medida de garantia patrimonial, a verificação concreta e casuística dos seguintes dois requisitos: *i*) a existência de um crédito; e *ii*) o fundado receio de perda da garantia patrimonial.

Com efeito, estes requisitos foram previstos pelo artigo 391º do Código de Processo Civil (de ora em diante, CPC), para o qual o artigo 228º, nº 1, do CPP expressamente remete⁴. Neste pressuposto, será sobre o requerente do arresto que impende o ónus de alegar e provar os factos que tornem provável a existência do crédito, relacionando os bens que devam ser apreendidos, nos termos do disposto pelo artigo 392º, nº 1, do CPC⁵.

No que à existência do crédito diz respeito, concluindo-se, num processo crime a correr termos no ordenamento jurídico português, pela existência de coisas, direitos ou vantagens que constituam vantagem económica, direta ou indiretamente resultante de facto ilícito típico, para o agente ou para

³ Restringindo o respetivo “*ius utendi, fruendi et abutendi*” – o direito de usar, fruir e dispor dos bens arrestados.

⁴ Determina o artigo 228º do CPP, no seu nº 1, que “para garantia das quantias referidas no artigo anterior, a requerimento do Ministério Público ou do lesado, pode o juiz decretar o arresto, nos termos da lei do processo civil”. Esta remissão permite, assim, concluir que o arresto terá de ser determinado em consonância com o instituído pelo regime processual civil, pelo que os seus fundamentos são os que constam no artigo 391º, nº 1, do CPC, segundo o qual “o credor que tenha justificado receio de perder a garantia patrimonial do seu crédito pode requerer o arresto de bens do devedor”.

⁵ Ónus que recairá, assim, sobre o Ministério Público ou o lesado, enquanto figuras com legitimidade para a apresentação deste requerimento, com vista à realização do arresto.

outrem, são os mesmos declaradas perdidos a favor do Estado⁶, face ao que dispõe o artigo 110º, nº 1, do Código Penal (de ora em diante, CP).

Já com o pensamento na criminalidade económico-financeira, o legislador veio, ainda, ressaltar, no artigo 110º, nº 2, do CP, que a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, já cometido ou a cometer, para eles ou para outrem, engloba-se, igualmente, na noção de “vantagem”.

Por outro lado, considerando a possibilidade de a aludida vantagem não ser recuperada – quer porque foi já reinvestida ou transformada, quer porque não é sequer passível de ser apropriada em espécie –, predeterminou o legislador a hipótese de operar a sua substituição pelo pagamento ao Estado do respetivo valor, podendo, ademais, essa possibilidade vir a ocorrer a todo o tempo.

Brevitatis causa, poder-se-ia definir “vantagem”, neste contexto, como correspondendo ao enriquecimento pretensamente conseguido com a atividade ilícita. Nesta linha de pensamento, para se alcançar o montante exato dessa vantagem económica, haverá que, ao resultado obtido, deduzir o correspondente custo, assim, se obtendo o “lucro” – a tal “vantagem da prática do crime”⁷.

Nesta ótica, invocando o requerente – nomeadamente o Ministério Público, no Despacho de Acusação – a obtenção, pelo Arguido, de uma concreta vantagem económica, tem vindo a considerar-se que se deve dar por verificado o primeiro destes requisitos para a procedência do arresto – o da existência do invocado direito de crédito.

Já no que tange ao receio de perda da garantia patrimonial (o *periculum in mora*), a jurisprudência nacional tem vindo a exigir que este receio seja justificado – isto é, considera-se que deverá existir um receio fundado que, de

⁶ Não nos ocuparemos, por relevância temática, dos produtos de facto ilícito típico, isto é, dos objetos que tiverem sido produzidos pela prática daquele facto.

⁷ Seguindo este raciocínio, João Conde Correia explica, ademais, que a “diferença entre o investimento (custos inerentes à prática do crime) e o resultado (retorno económico daquele) tanto pode ser expresso pelo vocábulo lucro (de natureza económica) como faz o Código de Processo Penal, como pelo lexema vantagem (de aplicação geral) como faz o Código Penal”. CORREIA, João Conde, “Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime?”, *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 25, 2015, p. 516.

alguma forma, seja exteriormente manifestado, o que sempre deverá carecer da competente aferição casuística por parte do julgador⁸.

Sendo certo que, de entre os fatores a ter em linha de conta para a aferição deste requisito, constam os relacionados com a situação económica do devedor, a sua maior ou menor solvabilidade, a atividade profissional desenvolvida, o próprio montante do crédito, os indícios de anterior dissipação ou ocultação de bens ou a exiguidade do património do devedor⁹.

Nesta ótica, tem sido entendimento jurisprudencial unânime o de que, para se aferir da verificação deste requisito, não bastam meras convicções, suspeitas ou desconfiças. Torna-se, ao invés, necessário que, para justificar o decretamento do arresto, existam já, nos autos, elementos que permitam concluir (e não somente suspeitar) que o devedor tem o propósito de frustrar a realização do crédito, nomeadamente alienando ou dissipando bens do seu património.

Citando Lebre de Freitas, “*periculum in mora* pode tratar-se do receio de insolvência do devedor (a provar através do apuramento geral dos seus bens e das suas dívidas) ou do da ocultação, por parte deste, dos seus bens (se, por exemplo, ele tiver começado a diligenciar nesse sentido, ou usar fazê-lo para escapar ao pagamento das suas dívidas), mas pode igualmente tratar-se do receio de que o devedor venda os seus bens (como quando se prove que está tentando fazê-lo ou os transfira para o estrangeiro, está, por exemplo, ameaçando fazê-lo, ou já transferiu alguns) ou de qualquer outra actuação do devedor que levasse uma pessoa de são critério, colocada na posição do credor, a temer a perda da garantia patrimonial do seu crédito”¹⁰.

O decretamento de um arresto depende, por isso, da demonstração de um receio de perda de garantia patrimonial; receio esse que tem de se revelar como sério, dependente da demonstração resultante de factos concretamente

⁸ Somente no caso de ter sido previamente fixada e não prestada caução económica, ficará o requerente dispensado da prova do fundado receio de perda da garantia patrimonial.

⁹ Entre outros, o acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 15/12/2022 e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28/05/2019, ambos disponível em www.dgsi.pt.

¹⁰ LEBRE DE FREITAS, José e ALEXANDRE, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. II, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 144.

alegados e de onde se possa concluir por essa mesma perda e/ou receio de perda de garantia patrimonial¹¹.

III. Um olhar sobre o arresto preventivo

De um ponto de vista axiológico, estes dois mecanismos não são considerados como uma sanção penal, antes se posicionando (inclusive numa perspectiva de sistematização do CPP) como um instituto que serve necessidades cautelares do processo.

Nessa senda, a perda da vantagem não foi, outrossim, pensada como uma pena, mas como um mecanismo jurídico que procura salvaguardar uma ordem patrimonial justa – visando demonstrar que “o crime não compensa”.

Não se ignora que a lógica subjacente será a de que um sistema que não previsse um instituto da perda de bens, seria um sistema que punia certas condutas como crime, mas permitia a arrecadação, conservação e fruição das suas vantagens.

Questão diferente é a de saber se a sujeição a uma restrição patrimonial desta natureza se pode manter por um longo período de tempo, sem que outras consequências daí possam advir.

Com efeito, ainda que às medidas de garantia patrimonial se apliquem os princípios e condições gerais previstas para as medidas de coação, o mesmo não sucederá no que concerne à duração e aos respetivos prazos máximos previstos.

Dessa forma, a caução subsistirá até à extinção das obrigações ou até à decisão final absolutória¹². Já quanto ao arresto, dita o artigo 228º, nº 5, do CPP, que será revogado a todo o tempo em que o arguido ou o civilmente responsável prestem a caução económica imposta.

¹¹ Com bem explicou o Tribunal da Relação do Porto, no seu acórdão de 26/11/2001, “Para haver justo receio da perda de garantia patrimonial, não basta um temor subjectivo do credor, não objectivado em comportamentos”. Ao invés, “o receio do credor, para ser considerado justo, há-de assentar em factos concretos, que o revelem à luz de uma de uma prudente apreciação; não basta o receio subjectivo, porventura exagerado, de ver insatisfeita a prestação a que tem direito”. Neste sentido, BASTOS, Jacinto de Rodrigues, *in Notas ao Código de Processo Civil*, vol. II, p. 191.

¹² O que, tendo em consideração a conjectura do nosso ordenamento jurídico, pode corresponder a vários meses, ou, na verdade, a vários anos.

Neste ponto, coloca-se a questão de saber se esta revogação apenas poderá suceder nos casos em que previamente tenha sido fixada e não prestada caução económica¹³, ou se o visado poderá, a qualquer momento, requerer a substituição do arresto por caução económica, ainda que esta nunca tenha sido fixada no processo¹⁴.

Concordamos, contudo, com João Conde Correia quando, nesta matéria, explica que “ao contrário da apreensão, em que está em causa a perda da própria coisa apreendida (...), o arresto, enquanto mera garantia de um determinado *quantum*, permite a substituição dos ativos arrestados por outros de igual valor”¹⁵.

Efetivamente, visando o arresto a garantia de um valor e não de uma coisa, para o efeito pretendido será irrelevante de que modo esse valor se encontra acautelado – isto é, se através de um arresto a um bem imóvel, se através de uma garantia bancária, prestada no processo. Inexistindo a possibilidade de o Ministério Público apreender as coisas próprias que se traduzem na vantagem, restará a hipótese de promover o arresto de bens de valor equivalente.

Nessa perspetiva, face à inexistência de uma ligação entre o bem arrestado e o crime pretensamente praticado, não permitir ao visado a contingência de poder trocar o bem arrestado por outro, seria permitir ao Estado a ingerência no património lícito do visado¹⁶.

Em conformidade com este raciocínio, se ao visado é permitida a troca de um bem arrestado por outro, não se vislumbram fundamentos (máxime, na lei), que contendam com a viabilidade de substituição de um bem arrestado por uma caução económica de igual valor – hipótese esta que, de harmonia com o preceituado pelo artigo 228º, nº 5, do CPP, poderá ocorrer a todo o

¹³ Circunstância em que, como se disse, os requisitos para o decretamento do arresto são automaticamente reduzidos, na medida em que o requerente fica dispensado de provar o fundado receio de perda da garantia patrimonial.

¹⁴ Originalmente, o arresto estava – uma vez mais, porque correspondendo à medida mais gravosa – subordinado à caução económica: o decretamento do arresto só era possível quando o Arguido ou o responsável civil não tivessem prestado a caução económica que havia sido fixada. Apenas em 1998, veio o legislador a autonomizar o arresto, prevendo a possibilidade de este ser decretado sem que, no processo, tenha sido fixada qualquer caução (económica – reiterando-se que esta não se confunde com a caução decretada enquanto medida de coação). Esta autonomização não determina, todavia, a desconsideração do princípio da subsidiariedade, através do qual deverá sempre ser dada preferência à caução, em detrimento do arresto.

¹⁵ CORREIA, João Conde, ob. cit., p. 538.

¹⁶ Sublinha-se que o arresto preventivo não se confunde, mormente no que a esta questão diz respeito, com o arresto previsto para a perda alargada de bens a favor do Estado, consagrado pela Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro.

tempo (quer tenha, ou não, havido fixação prévia de caução económica no processo *in quaestio*).

Sem embargo, quer a resposta a esta questão fosse positiva, quer fosse negativa, mantinha-se o ponto antecedente, no sentido de saber em que medida (e, nesse caso, com que fundamento) podem as medidas de garantia patrimonial contender com, no limite, a própria subsistência do visado – ademais quando, como nunca será excessivo relembrar, haverá que sopesar o princípio constitucionalmente consagrado da presunção da inocência.

Se o objetivo não é o de punir (antecipadamente) o crime, mas somente o de acautelar o pagamento de determinados montantes – e, em particular no que à perda de bens concerne, o de restituir a esfera patrimonial do Arguido à situação em que estaria se não tivesse praticado o crime –, a circunstância de o bem (ou o valor correspondente) permanecer “congelado” durante um (possivelmente muito) longo período de tempo não acarretará consequências excessivas e não previstas pelo legislador?

Pense-se no caso de uma pessoa coletiva¹⁷, cujo património pode ficar (na sua maioria ou até na totalidade) arrestado desde o momento em que o despacho de acusação é proferido até à prolação da sentença. Um cenário destes acaba por, em bom rigor, coartar totalmente o exercício da atividade da pessoa coletiva – quando não é esse o escopo, nem as exigências cautelares o exigem.

Note-se que não se descure a importância que as medidas de garantia patrimonial assumem (como, aliás, se reconheceu logo no início do presente texto), nomeadamente na questão de permitir assegurar a eficácia de uma decisão condenatória.

Não obstante, isso não significa que a durabilidade (ou, na verdade, a falta de um prazo máximo aplicável) destas medidas não implique um excessivo comprometimento dos direitos fundamentais dos respetivos visados – direitos estes que, desde logo, poderão não ser incompatíveis com as exigências cautelares de que o caso necessitará.

Isto quando o artigo 193º, nº 4, do CPP, estatui que a execução das medidas de garantia patrimonial “não deve prejudicar o exercício de direitos

¹⁷ Sendo o arresto aplicável a uma pessoa coletiva ou entidade equiparada, face ao disposto pelo artigo 228º, nº 7, do CPP.

fundamentais que não forem incompatíveis com as exigências cautelares que o caso requerer”.

Desta forma, correr-se-á o risco de ser restringido o exercício de direitos fundamentais, como o direito à livre iniciativa económica e à propriedade privada, o direito ao trabalho, à retribuição deste e à sua organização em condições socialmente dignificantes, previstos nos artigos 58º, 59º, 61º e 62º da CRP, quando as exigências cautelares assim não o exijam.

Pensa-se, por isso, que – à semelhança do que sucede com as medidas de coação – a previsão de um prazo de duração máxima para as medidas de garantia patrimonial poderia diminuir (ou, até, eliminar) o risco de uma destas medidas trazer consequências irreversíveis e “letais” para o respetivo visado.

As palavras necessárias

Estudos em comemoração dos 30 anos da Escola de Direito por ocasião do centenário de Francisco Salgado Zenha

A Escola de Direito da Universidade do Minho (EDUM) comemora este ano de 2023 os seus 30 anos de existência. À semelhança do que aconteceu nas comemorações dos seus 10 e 20 anos, a celebração dos 30 anos da Escola de Direito levou à publicação desta obra coletiva, em dois volumes, onde consta o trabalho científico de muitos docentes e investigadores.

Coincidindo com os 30 anos da EDUM, assinala-se também este ano o Centenário de Francisco Salgado Zenha, tendo a Escola promovido algumas iniciativas nesse contexto. Assim, estes Estudos em Comemoração dos 30 anos da EDUM assinalarão também o centenário do Dr. Salgado Zenha, encontrando-se nesta obra, por isso, alguns testemunhos pessoais.



UMinho Editora



Universidade do Minho

ISBN 9789899074217



9 789899 074217 >