

Liber Amicorum

**Benedita
Mac Crorie**

Volume I



UMinho Editora

Alessandra Silveira e Maria Inês Costa
Ana Raquel Conceição
Ana Rodrigues
Ana Teresa Carneiro
Anabela Costa Leão e Benedita Mac Crorie
André Lamas Leite
Andreia Barbosa
A. Sofia Pinto Oliveira
António Cândido de Oliveira
Bárbara Magalhães
Carla Amado Gomes
Catarina Santos Botelho
Catarina Serra
Cristina Dias
Diana Coutinho
Elizabeth Fernandez
Fernando Conde Monteiro
Filipe Venade de Sousa
Flávia Novera Loureiro
Francisco ACP Andrade
Glória Teixeira e Inês Brandão
Gustavo Gramaxo Rozeira
Holger P. Hestermeyer
Isa António
Isabel Celeste M. Fonseca
Joana Covelo de Abreu
João Carlos Loureiro
João Sérgio Ribeiro
João Vilas Boas Pinto
Joaquim Freitas da Rocha
Jorge Reis Novais
Maria Lúcia Amaral
Pedro Bacelar de Vasconcelos
Rui Nunes





UMinho Editora

COORDENAÇÃO DO VOLUME

A. Sofia Pinto Oliveira

Patrícia Jerónimo

AUTORES

Alessandra Silveira e Maria Inês Costa

Ana Raquel Conceição

Ana Rodrigues

Ana Teresa Carneiro

Anabela Costa Leão e Benedita Mac Crorie

André Lamas Leite

Andreia Barbosa

A. Sofia Pinto Oliveira

António Cândido de Oliveira

Bárbara Magalhães

Carla Amado Gomes

Catarina Santos Botelho

Catarina Serra

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Manuela Martins

CAPA

UMinho Editora

DESIGN e PAGINAÇÃO

Carlos Sousa | Bookpaper

IMPRESSÃO e ACABAMENTOS

Papelmunde

EDIÇÃO UMinho Editora

LOCAL DE EDIÇÃO Braga 2022

DEPÓSITO LEGAL N.º 508992/22

ISBN digital 978-989-8974-85-3

ISBN impresso 978-989-8974-86-0

DOI <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97>

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.

Cristina Dias

Diana Coutinho

Elizabeth Fernandez

Fernando Conde Monteiro

Filipe Venade de Sousa

Flávia Noversa Loureiro

Francisco ACP Andrade

Glória Teixeira e Inês Brandão

Gustavo Gramaxo Rozeira

Holger P. Hestermeyer

Isa António

Isabel Celeste M. Fonseca

Joana Covelo de Abreu

João Carlos Loureiro

João Sérgio Ribeiro

João Vilas Boas Pinto

Joaquim Freitas da Rocha

Jorge Reis Novais

Maria Lúcia Amaral

Pedro Bacelar de Vasconcelos

Rui Nunes

LIBER AMICORUM
BENEDITA MAC CRORIE

Volume I

Prefácio	9
Nota das coordenadoras.....	11
Biografia.....	13
Testemunhos	
Jorge Reis Novais	25
Maria Lúcia Amaral	29
Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos.....	31
Rui Nunes.....	33
Estudos	
Os direitos humanos numa Europa à procura de antídotos culturais contra a barbárie, <i>Alessandra Silveira e Maria Inês Costa</i>	39
O ensino do Direito Penal no âmbito da Criminologia (Novos desafios e a complementaridade funcional das referidas ciências), <i>Ana Raquel Conceição</i>	57
A discriminação como leitmotiv nas decisões de retirada do ambiente familiar por insuficiência económica: uma análise à luz da jurisprudência recente do Tribunal Europeu de Direitos Humanos contra o Estado português, <i>Ana Rodrigues</i>	83

SUMÁRIO

A inconstitucionalidade da “Lei dos Metadados” e o recurso extraordinário de revisão. Uma caixa de Pandora?, <i>Ana Teresa Carneiro</i>	105
Human dignity, paternalism, and religious symbols, <i>Anabela Leão e Benedita Mac Crorie</i>	121
A pena relativamente indeterminada, sobretudo em perspectiva constitucional e de regime positivado, <i>André Lamas Leite</i>	143
O direito de consumo e o dever de “desconsumo” – enquadramento constitucional e tributário, <i>Andreia Barbosa</i>	179
A eficácia extraterritorial dos direitos fundamentais, <i>A. Sofia Pinto Oliveira</i>	201
Perspetivas do Direito das Autonomias Locais, <i>António Cândido Oliveira</i>	225
Desafios da inteligência artificial nas garantias do Direito e Processo Administrativo, <i>Bárbara Magalhães</i>	243
As cidades e a Natureza: linhas de (des)continuidade, <i>Carla Amado Gomes</i>	261
Some distinctive traits of the Portuguese constitutionalism, <i>Catarina Santos Botelho</i>	277
A harmonização do Direito da reestruturação e da insolvência a partir do exemplo português – “Percalços” da transposição da Directiva 2019/1023 pela Lei nº 9/2022, <i>Catarina Serra</i>	299
Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida – algumas reflexões em torno dos novos artigos 22º e ss. da Lei da Procriação Medicamente Assistida (na redação dada pela Lei nº 72/2021, de 12 de novembro), <i>Cristina Dias</i>	315
Breves considerações sobre o modelo português de gestação de substituição à luz do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, <i>Diana Coutinho</i>	333
A necessária judicialização do direito à proteção da saúde (Entre os processos individuais e os processos estruturais), <i>Elizabeth Fernandez</i>	355

A ciência jurídico-penal/criminologia sob a perspectiva da Crenciologia, <i>Fernando Conde Monteiro</i>	377
<i>Acquis conventionnel</i> da dignidade inerente às pessoas com deficiência, <i>Filipe Venade de Sousa</i>	389
A vulnerabilidade em função da idade como fator preponderante na configuração do processo penal moderno – <i>mais um direito processual penal?</i> , <i>Flávia Novera Loureiro</i>	409
Divergência entre vontade e declaração nas declarações emitidas por “agentes” de <i>software</i> , <i>Francisco ACP Andrade</i>	425
A nova solução da OCDE para a tributação das multinacionais numa economia digital, <i>Glória Teixeira e Inês Brandão</i>	447
Em torno da competência administrativa para a correção ao rendimento tributável no âmbito do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, <i>Gustavo Gramaxo Rozeira</i>	455
Some Thoughts About Human Dignity, <i>Holger P. Hestermeyer</i>	473
A “Autodeterminação do Doente” enquanto novo Paradigma da Medicina e o Consentimento Informado como seu instrumento concretizador: alguns casos especiais de Consentimento, <i>Isa António</i>	485
<i>Smart Cities and Law, E.Governance and Rights</i> : (retomando) o diálogo com a Benedita, <i>Isabel Celeste M. Fonseca</i>	509
Independente? Imparcial? Os desafios à União de direito e a justiça eletrónica europeia como instrumento original ao serviço da tutela jurisdicional efetiva, <i>Joana Covelo de Abreu</i>	527
Sobre Dignidade(s), Autonomia(s) e Mal(es): Conversas Virtuais Terra/Céu: Entre a Desolação e a Esperança ou Diálogos (In)temporais, <i>João Carlos Loureiro</i>	557

SUMÁRIO

O Princípio da não discriminação na Convenção Modelo da OCDE, <i>João Sérgio Ribeiro</i>	595
Algumas Questões em Torno do Direito Disciplinar Militar: Um Necessário (e) Exigente Diálogo entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, <i>João Vilas Boas Pinto</i>	603
Contributo para uma compreensão normativista das competências e atos do Presidente da República, <i>Joaquim Freitas da Rocha</i>	623

Prefácio

Foi com a maior emoção que recebi a notícia da realização desta tão generosa publicação que homenageia a Benedita. Pedem-me uma breve nota introdutória. Coisa difícil para alguém que naturalmente não se consegue dissociar do seu lado pessoal. Que posso eu dizer que tenha um qualquer interesse para os seus pares académicos? Para além do mais sou arquitecto e falta-me o exercício regular da escrita.

Destaco algumas das suas qualidades que sempre pude testemunhar em privado: a seriedade no trabalho, a obstinação em fazer bem e em refazer, a constante preocupação com os colegas e alunos, um cuidado especial em nunca passar por cima de ninguém, a vontade de ser útil.

A complexidade das suas contradições, privilégio da inteligência, levava-a com enorme humildade e abertura a procurar nos saberes de outros, estudiosos, eruditos, ou gente comum, quaisquer respostas, ou pontas onde se pudesse agarrar. Sempre procurou perguntas fora dos livros, até fora da disciplina, na busca de um qualquer “bom senso” comum e anónimo, a que eu chamaria cultura e que julgo dá sentido à expressão “quem só de Direito sabe, nem de Direito sabe”.

Guardo para sempre as conversas que tivemos sobre os seus e os meus assuntos.

Um dos mais famosos arquitectos do passado século, Le Corbusier, dizia que arquitectura significava formular com clareza os problemas. Outro, Fernando Távora, meu professor, sublinhava com bonomia, “os senhores não sabem, mas, em arquitectura, o contrário muitas vezes também é verdade”.

PREFÁCIO

Do alto da minha ignorância jurídica, julgo que ela pensava profundamente a sua profissão no contexto destes dilemas comuns a tantos saberes. O maior colocava-se talvez quando lhe dava a minha opinião de que há problemas que não têm solução. Mas ela não deixava de procurar.

Que esta publicação seja útil, pois sei que seria esse o maior prazer que uma homenagem lhe daria.

Porto, Julho 2022

Nuno Graça Moura

NOTA DAS COORDENADORAS

Este livro resulta do impulso determinado da Patrícia Jerónimo, que teve a ideia de o fazer, acarinhada e incentivada pela Luísa Neto, consentida e agradecida pelo Nuno Graça Moura e a que a Sofia Pinto Oliveira não podia dizer que não.

Quando, em janeiro de 2022, conversámos sobre esta obra, tomámos algumas decisões: que iria ser organizada a partir da Escola de Direito da Universidade do Minho; que iríamos convidar a participar, com os seus estudos, os Colegas, todos os Colegas, da Escola e da Faculdade de Direito da Universidade do Porto; que convidaríamos também alguns Colegas de outras universidades que sabíamos que tinham tido proximidade com a Benedita Mac Crorie em algum momento das suas vidas; que pediríamos a um número muito restrito de pessoas que, assim o preferindo, escrevessem um texto de testemunho; que iríamos escrever, em conjunto, a várias mãos, um texto sobre a vida da Benedita Mac Crorie; que pediríamos ao Nuno Graça Moura que escrevesse o Prefácio; e que a obra teria de estar pronta no dia 15 de dezembro de 2022.

Mais decidimos que seríamos apenas coordenadoras da obra, porque este livro é o que diz ser: um livro das amigas e dos amigos que a Benedita fez na Academia.

Para aqui chegarmos, contámos com o apoio da Escola de Direito da Universidade do Minho, na pessoa da sua Presidente, Cristina Dias, que nos

prometeu auxílio para o que fosse necessário e nos deu a garantia de que o livro seria publicado.

O resultado deste trabalho é este conjunto de biografia, quatro testemunhos e sessenta estudos, que celebra a vida da Benedita Mac Crorie e a amizade, que tanto e tão bem cultivou sempre.

A. Sofia Pinto Oliveira
Patrícia Jerónimo

Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie Graça Moura¹

Nasceu a 19 de maio de 1977, no Porto, segunda filha de pai escocês/alemão, a viver na cidade do Porto, e mãe portuense. O pai estudou Direito em Coimbra e a mãe, pintura na Escola de Belas Artes do Porto, embora não tenham concluído os respetivos cursos. Teve dois irmãos, Bruce, mais velho, licenciado em Filosofia pela Universidade do Porto, mas que se dedicou ao ténis e à música, e um meio-irmão mais novo, Sean.

Frequentou o Colégio Alemão do Porto desde o jardim infantil até ao final do 9º ano, tendo depois frequentado o Liceu Garcia de Orta, onde se decidiu pelo estudo das Humanísticas e do Direito, ingressando no primeiro curso de licenciatura da então recém-criada Faculdade de Direito da Universidade do Porto, percurso em que o seu padrinho, também jurista, Paulo Graça Moura, desempenhou um papel fundamental. Aí se licenciou com média de 16 valores no ano 2000.

Ainda que o respetivo percurso académico fosse equilibrado nas várias áreas, ficou desde sempre claro o seu interesse especial pela área do Direito Público, ramo em que veio a centrar a sua carreira, investigação e ensino. Foi nesse âmbito aluna de Luísa Neto, a quem ficou ligada para sempre, pessoal, institucional e profissionalmente, e colega e também amiga de Anabela Leão, com quem partilhou várias iniciativas de trabalho. Ficou sempre ligada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, a que voltou várias vezes para integrar júris, participar em projetos de investigação, painéis de conferências.

¹ Este *curriculum* foi feito, a várias mãos, por amigos e familiares da Benedita.

Colegas de curso recordam em especial o seu sorriso, as longas noites de estudo e o esperado telefonema da Benedita por volta da meia-noite a avisar que os resumos já estavam prontos!

Em 1998, a Benedita prestou, durante os meses de agosto e setembro, trabalho de intervenção social junto da comunidade carecida na Paróquia de S. Tiago, no Jardim da Serra – Estreito de Câmara de Lobos, Ilha da Madeira. O trabalho inseriu-se no âmbito do projeto GAS-África e consistiu no acompanhamento a famílias isoladas e às camadas da população local mais carenciadas, nomeadamente a crianças – através da intervenção ao nível do ensino básico da língua portuguesa – e a idosos – através da prestação de cuidados primários e companhia.

Paralelamente, fez parte do movimento internacional “Fé e Luz”, juntamente com os seus amigos mais chegados, movimento nascido em França, de apoio a jovens com deficiências mentais profundas e suas famílias, neste caso, maioritariamente, de bairros pobres da cidade.

Estas experiências marcaram, mais tarde, também a sua atividade académica.

A primeira experiência profissional aconteceu em 2000, em Lisboa, como consultora no Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça, sob a direção de João Tiago Silveira, onde granjeou reconhecimento e deixou amizades.

Ainda que tenha também realizado estágio na Sociedade Telles de Abreu e Associados, cedo percebeu que o seu futuro passaria pela investigação e ensino.

Em 2000, começou a trabalhar na Escola de Direito da Universidade do Minho, na área das ciências jurídico-políticas, tendo colaborado, desde o início, com Pedro Bacelar de Vasconcelos, na lecionação de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais. Logo começou também a frequentar o Quarto Programa de Doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Em 2003, após a perda prematura do pai, esteve durante um semestre como investigadora visitante no *Max-Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, em Heidelberg, na Alemanha. Voltou em 2008 para uma estada mais curta de dois meses, entre janeiro e fevereiro. Beneficiou para o efeito de uma bolsa da Fundação Calouste Gulbenkian e

de uma bolsa do DAAD. Além dos avanços na preparação da dissertação, este tempo foi muito rico em conhecimentos e amizades, que perduraram através de visitas e colaborações várias, sobretudo com Holger Hestermeyer e também com outros amigos que ficaram desse tempo.

No mesmo ano, publicou o seu primeiro texto. Para os *Estudos em Comemoração do 10º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, escreveu “O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, com base no trabalho desenvolvido num dos relatórios do curso de doutoramento. O seu gosto por temas difíceis começou a revelar-se – e também a sua predileção pelo princípio da dignidade da pessoa humana, com o qual haveria de andar às voltas toda a vida.

Ainda nesse ano, publicou na revista *Scientia Iuridica*, um artigo sobre “A eutanásia e o auxílio ao suicídio na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”.

A 27 e 28 de dezembro de 2004, prestou provas de aptidão pedagógica e capacidade científica na Escola de Direito da Universidade do Minho, para as quais elaborou Relatório de Síntese – mais tarde publicado em 2005, na Almedina –, sob o título *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. O júri das provas foi presidido por Acílio Rocha, integrando ainda Jorge Sinde Monteiro e Pedro Bacelar de Vasconcelos.

Entretanto, em 14 de julho de 2007, casou com Nuno Graça Moura – *rectius*, desde essa data, Nuno Mac Crorie da Graça Moura – de quem teve os dois filhos, Nuno e Francisca, nascidos, respetivamente, em 2011 e 2013. Passou a chamar-se Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie Graça Moura, embora não usasse os dois últimos apelidos – pelo menos, profissionalmente.

O Nuno é arquiteto e a Benedita sempre se interessou pelos assuntos do Nuno. Faziam frequentes viagens com itinerários feitos à medida dos interesses do Nuno, que a Benedita acompanhava com o maior interesse. O Nuno também se interessava muito, genuinamente, pelos assuntos do Direito e envolvia-se em todas as discussões jurídicas.

Em 11 de dezembro de 2011, prestou provas de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, com tese elaborada sob orientação de José Carlos Vieira de Andrade e Pedro Bacelar de Vasconcelos. Defendeu a dissertação *Os limites da renúncia a direitos*

fundamentais nas relações entre particulares, que publicou na Almedina, em 2013.

A dissertação perseguiu o propósito de “saber até que ponto e em que circunstâncias é, ou deve ser, inadmissível, no ordenamento jurídico português, a renúncia a direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas”.

A Benedita entende que se verifica uma tendência para “limitar excessivamente a possibilidade de renúncia, seja por que se entende que em determinadas situações o sujeito deve ser protegido contra as suas próprias decisões, por se considerar que estas não são racionais, ou invocando o princípio da dignidade da pessoa humana”².

A Benedita defende “uma interpretação deste princípio que contraria a tendência [para] a sua utilização enquanto princípio limitador da liberdade, devendo a sua densificação depender do entendimento que o próprio indivíduo tenha quanto ao que é para si mais ou menos digno”³.

Só em “situações extremas”, que façam perigar as condições de autodeterminação futura da pessoa que renuncia poderá o princípio da dignidade servir como limite da renúncia.

Nos anos posteriores ao doutoramento, continuou a escrever sobre o tema da renúncia a direitos fundamentais ou temas conexos: o paternalismo estadual, a neutralidade do Estado, a legitimidade da defesa da pessoa contra si própria” e aprofundou dois outros temas: direitos sociais e a proteção dos direitos pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

O tema dos direitos sociais ocupou as suas publicações em particular nos anos de 2013 e 2014, tanto na dimensão constitucional, como na dimensão internacional, em particular, europeia.

Outro tema a que se dedicou muito – e mais recentemente – foi a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo. A questão da margem de apreciação dos Estados e do modo como o Tribunal valora e se contém perante a invocação deste conceito foi um tema de eleição⁴. O último estudo que

² Benedita MAC CRORIE, “Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares: algumas notas”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 141

³ Benedita MAC CRORIE, “Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares: algumas notas”, *op. cit.*, p. 149.

⁴ Aliás, precisamente, um dos estudos que agora se publica é um texto elaborado pela Benedita e pela Anabela Leão, que nunca chegou a ser publicado e que a Anabela, em boa hora, entendeu partilhar através desta obra.

publicou, em coautoria com Giulia Santomauro, tinha precisamente como título “The Margin of Appreciation of States in the European Convention on Human Rights and Additional Protocol No. 15” e constitui um capítulo de uma obra coletiva publicada na Brill, com o título *Aliens before the European Court of Human Rights – Ensuring Minimum Standards of Human Rights Protection*.

Ao longo dos anos, a Benedita esteve sempre muito disponível para participar em obras e projetos coletivos. Para além dos estudos comemorativos dos décimo e vigésimo aniversário da Licenciatura em Direito no Minho e dos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, trabalhou muito em coautoria e participou em várias empresas coletivas: a *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, em 2013, a *Enciclopédia da União Europeia*, em 2017. Em 2011, foi publicada a *Constituição Anotada da República Democrática de Timor-Leste* e a Benedita contribuiu para a redação de algumas anotações de preceitos relativos aos Direitos Fundamentais, sob impulso de Pedro Bacelar de Vasconcelos.

Vários comentários e anotações a textos normativos contaram também com a sua colaboração: a *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Comentário*, em 2020, o *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, também em 2020, o *Comentário Lusófono à Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos*, em 2018.

Publicou um artigo em coautoria com uma aluna da licenciatura, Rita Sousa Costa, sobre “A dádiva de sangue por homens que têm relações sexuais com homens na ordem jurídica portuguesa”. Rita Sousa Costa salienta a “singularidade e ética inabaláveis” da Benedita, com quem trabalhou naquele artigo publicado nos *Estudos em Comemoração dos 10 anos do Curso de Mestrado em Direitos Humanos*.

Esse gosto pela ação coletiva levou a Benedita a tornar-se parte ativa e entusiasta de várias associações. Era membro da *International Society of Public Law (ICON-S)*, tendo estado presente na *ICON-S Conferences*, em 2016, em Berlim/Alemanha, e em 2017, em Copenhaga/Dinamarca. Foi membro fundador da *ICON-S Portugal*, em 2019. Pertencia à *ALDIS (Associação Lusófona de Direito da Saúde)*, ao Observatório Lusófono dos Direitos Humanos e à Associação Luso-Alemã de Juristas (*Deutsch-lusitanische Juristenvereinigung*). Participava também nas iniciativas

da Associação Portuguesa de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social.

Colaborou ainda de forma intensa com iniciativas da Associação Portuguesa de Bioética, a convite de Rui Nunes. Integrou o júri dos posters apresentados ao 17º Congresso Nacional de Bioética/6º Seminário Nacional de Biodireito, que se realizou a 26 e 27 de Novembro de 2021, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. E integrou ainda o *National Organising Committee* da *14th World Conference of Bioethics, Medical Ethics & Health Law* organizada pela Cátedra de Bioética da UNESCO, Universidade do Porto.

Recentemente, integrou também a equipa coordenada por Patrícia Jerónimo que desenvolve o projeto interdisciplinar *Inclusive Courts*.

Pelos Encontros de Professores de Direito Público tinha também particular gosto e entusiasmo, tendo integrado, com Ana Gouveia Martins (que sucedeu a Miguel Prata Roque), Anabela Leão e Patrícia Fragoso Martins a comissão organizadora do IX Encontro, na Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa, em 2016, do X Encontro, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 2017, do XI Encontro na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em 2018, e do XII Encontro, na Escola de Direito da Universidade do Minho, em 2019. Da preparação de cada edição à publicação dos respetivos contributos, empenhou-se sempre para que os Encontros fossem um espaço de diálogo científico plural e de encontro amigo entre diversas gerações.

As aulas e os alunos sempre ocuparam um lugar cimeiro nas preocupações da Benedita. Os estudantes são os primeiros a reconhecê-lo e a testemunhar a sua dedicação e entrega às funções docentes – não só através das aulas, mas também na disponibilização de materiais de estudo, desde os mais simples apontamentos e tópicos desenvolvidos de aulas até a elementos de apoio, manuais, casos práticos resolvidos – enfim, trabalhos mais exigentes, feitos com um propósito de ajuda ao sucesso dos estudantes.

Fazia-o em especial para os estudantes de licenciatura em Direito na Universidade do Minho, que a encontravam como docente em Direito Constitucional e em Direitos Fundamentais – excepcionalmente, sozinha, normalmente, como membro da equipa docente, onde emparelhava, quase sempre, com Sofia Pinto Oliveira.

A Benedita gostava muito de proporcionar aos estudantes experiências diferentes, de replicar atividades de que tinha beneficiado e desenvolvido enquanto aluna da Universidade do Porto. As visitas de estudo ao Tribunal Constitucional, à Assembleia da República e à Presidência da República são um bom exemplo dessa prática.

Gostava também muito de receber nas suas aulas personalidades distintas, para que os alunos tivessem a oportunidade de ouvir, de conversar e de aprender com outras pessoas. A organização de aulas abertas foi uma constante na sua atividade como docente – quer ao nível da licenciatura, quer ao nível do Mestrado.

Foi ao Mestrado em Direitos Humanos que a Benedita mais se dedicou ao longo dos anos, tendo sido, desde 2014, membro ativo da Comissão Diretiva deste Mestrado. Nele lecionou Proteção Estadual dos Direitos Humanos, Proteção Regional dos Direitos Humanos e também Direitos Humanos e Biomedicina – primeiro, em colaboração com Nuno Pinto Oliveira, e, depois, envolvendo colegas da Escola de Ciências da Saúde da Universidade do Minho.

Foi frequentemente solicitada pelos estudantes para orientar os seus trabalhos de dissertação. O primeiro Mestrando a concluir os seus estudos com supervisão da Benedita foi Bernardo de Mendonça Teixeira de Castro, aluno do Mestrado em Direito Judiciário, que testemunha assim o trabalho como orientando da Benedita.

“No meio académico mais tradicional, o ‘temor reverencial’ é uma constante nas relações entre professores e alunos, valendo, não raras vezes, a máxima de que ‘mais vale ser temido do que amado’. A cada aula, porém, a Professora Benedita contrariava este paradigma, conquistando o respeito e admiração dos seus alunos graças a duas virtudes que considero serem caracterizadoras do seu quadro valorativo enquanto docente e enquanto pessoa: a sua honestidade intelectual e o seu humanismo.

No tocante à sua honestidade intelectual, sempre a considerei agradavelmente desarmante, contribuindo para um debate de ideias livre, verdadeiro e íntegro. Fazendo-se valer do seu vasto conhecimento técnico e experiência (pelos quais possuo grande admiração), não necessitava de se escudar nestes atributos para fazer valer os seus argumentos ou mudar a sua posição, se necessário fosse. Sempre senti, da parte da Professora Benedita, uma genuína atenção à minha

argumentação. O debate, na sua conceção, não passava pela contraposição de dois monólogos, mas antes pela livre troca de ideias com o intuito de encontrar consensos e retirar o melhor de cada argumento.

Este facto revela, a meu ver, um outro aspeto extremamente importante em relação à sua personalidade: a sua capacidade de retirar o melhor de cada um. Enquanto orientadora da minha dissertação de mestrado sempre se mostrou disponível e interessada em enriquecer o meu trabalho com sugestões, deixando porém uma ampla margem para que pudesse exprimir os meus argumentos e respetivas conclusões. Recordo com particular apreço as nossas trocas de emails nos quais se despedia com ‘Cumprimentos amigos’, assim como das portas do seu gabinete sempre abertas, caso precisasse de alguma coisa.

A Benedita viveu os dois últimos anos marcados pela doença. Foi assim que enfrentou a pandemia de COVID-19, em 2020 e 2021, centrada na família e nos amigos. Os primeiros meses da pandemia, de 2020, com todas as incertezas que os marcaram, agravadas pela dureza dos tratamentos que enfrentava, foram, nas suas palavras, *intensos, mas bons*.

Nunca se desligou das aulas e manteve-se sempre disponível para o trabalho.

Acima de tudo, apesar da dureza dos tempos, nunca deixou de se manifestar uma pessoa atenta, generosa, leve e alegre, que adorava rir-se de si própria.

Entregue às rotinas do ensino doméstico dos filhos, dava longas caminhadas a pé sempre que podia. Gozou o mar e o sol sempre que pôde, acompanhou com particular prazer os sucessos no ténis do filho Nuno e os avanços na música da Francisca.

Embora os livros fossem, como dizia, a sua grande companhia desde a infância, também para ela a música e o desporto a acompanharam como seus prazeres maiores.

Do pai, irmão e amigos ganhou em pequena o gosto pelo ténis que praticou com regularidade entre os 6 e os 14 anos (e depois como hobby), sempre com a sua inseparável amiga Luísa Rosas, tendo com ela chegado a ser campeã nacional Sub14.

Estudou piano desde pequena até ao final do liceu, mantendo ligação pessoal com a professora. Sempre manifestou pena ter parado de praticar. A poucos meses de falecer, já debilitada, resolveu adquirir um novo piano.

Queria continuar a aprender. Porque, para ela, nunca era tarde.

Faleceu na madrugada de 15 de dezembro de 2021, rodeada dos seus mais próximos.

TESTEMUNHOS

Jorge Reis Novais

Tomei conhecimento da sua actividade académica quando a Benedita Mac Crorie teve a amabilidade de me enviar dois dos seus primeiros trabalhos: sobre o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional (2003) e sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (2005). Dois temas que a Benedita continuou a aprofundar e a desenvolver nos anos seguintes e sobre os quais eu próprio acabei por desenvolver um especial interesse que me levou posteriormente a escrever longamente sobre cada um deles.

Não foram esses os únicos alvos comuns dos nossos interesses académicos. Para além dos assuntos relacionados com a bioética e as ciências da vida — sobre que ambos tivemos também oportunidade de reflectir— foi, sobretudo, o tema da renúncia a direitos fundamentais, sobre o qual eu tinha escrito com algum desenvolvimento em 1996, que suscitou o maior interesse à Benedita Mac Crorie, a ponto de fazer dele o objecto da sua tese de doutoramento, embora tenhamos desenvolvido a mesma abordagem para contextos diversos. Eu tratei-o no âmbito das relações entre Estado e indivíduo, en-

quanto que a Benedita o abordou nas relações entre particulares. Porém, a convergência de pontos de vista e de posições de fundo foi praticamente total.

Foi precisamente essa convergência de fundo, mas também algumas diferenças substanciais quanto à questão específica da vinculação dos particulares pelos direitos fundamentais — com o seu texto, publicado em 2005, a Benedita deu origem a um renovamento da adesão à chamada tese da aplicabilidade imediata, que, em Portugal, estava relativamente *adormecida* desde os finais dos anos setenta do século passado —, que levou a Benedita Mac Crorie, a partir de 2006, a suscitar entre nós uma troca de ideias e de aprofundamento analítico relativamente às posições que eu próprio havia sustentado sobre aquelas matérias.

Foi, então, que tive oportunidade de a conhecer pessoalmente e de confirmar toda a excelente impressão com que ficara da leitura dos seus primeiros escritos. A Benedita Mac Crorie tinha um apurado interesse intelectual no aprofundamento das questões teóricas relativas aos direitos fundamentais, não se satisfazendo com respostas genéricas, obrigando-me frequentemente a questionar, rever, confirmar ou clarificar as posições que eu havia defendido, tanto sobre a renúncia, em que estávamos essencialmente de acordo quanto ao essencial, quer sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, onde discordávamos significativamente. Para além disso, a Benedita Mac Crorie tinha a vantagem objectiva, de que eu beneficiei, do conhecimento de praticamente toda a literatura que fora publicada nos domínios da sua investigação académica —o que só se explica pela sua seriedade intelectual e pelo seu gosto genuíno pelo conhecimento e pela pesquisa científica —, e que é tanto mais de realçar quanto, na época, o acesso à literatura em língua estrangeira não era ainda comparável com as facilidades de acesso que hoje são disponibilizadas em meio universitário.

Mantivemos esse debate académico mutuamente enriquecedor nos anos seguintes e tive depois o grato encargo de arguir a tese de doutoramento sobre os “limites da renúncia” que, sob orientação do Professor José Carlos Vieira de Andrade, defendeu na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Nesse trabalho, para além de toda a sistematização das posições, muitas vezes comuns, sobre o tema principal, a Benedita Mac Crorie teve ainda a oportunidade e o mérito de deixar, para os actuais e futuros leitores, páginas da maior valia sobre temas da maior actualidade e interesse, mas, na

altura, muito raramente tratados em língua portuguesa, quais sejam os da análise crítica do paternalismo estadual e do perfeccionismo político e da sua relação com um conceito constitucionalmente adequado de dignidade da pessoa humana num “Estado de Direito plural” de uma sociedade aberta.

Como muitos de nós, pude beneficiar da simpatia pessoal, da qualidade intelectual e da excelência académica e científica dos trabalhos da Benedita Mac Crorie e dela guardo para sempre, como todos os que com ela lidaram mais de perto, uma memória muito gratificante que não diminui, todavia, o choque e o sentimento de profunda perda pelo seu falecimento tão precoce. Esta breve lembrança é um testemunho de quanto a estimava e, a título pessoal, encontro algum lenitivo na certeza de saber que a Benedita conhecia essa estima, tanto mais que tive a oportunidade de lhe expressar no meu livro sobre a dignidade da pessoa humana¹ o agradecimento pessoal pela sua influência directa na minha própria elaboração sobre o tema.

¹ Cf. Jorge Reis NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana*, vol. II, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, p. 138, nota 116.

Maria Lúcia Amaral

Foram especialmente generosos comigo os Amigos de Benedita Mac Crorie, que decidiram organizar este livro de homenagem. A elaboração de um estudo dogmático sobre as áreas de Direito Público às quais se dedicou a Benedita é tarefa para a qual, de momento, me não sobra o tempo e se me não orienta o espírito. No entanto, e apesar disso, foi-me dada a possibilidade de participar nesta iniciativa conjunta, rendendo homenagem à nossa Amiga por outra via que não a da discussão de questões de ciência.

Benedita Mac Crorie pertence a uma geração que viveu em pleno a grande transformação do ensino universitário do Direito no nosso País. No tempo em que me formei, nos anos oitenta do século passado, os juristas dispunham em Portugal de dois centros de educação superior. O mundo da nossa “comunidade científica” ia de Lisboa a Coimbra e não contemplava paragens ou desvios para quaisquer outros lugares – a não ser o da Universidade Católica, que muito pouco tempo antes se estendera, também, ao ensino das nossas questões. Mas em apenas duas décadas a paisagem mudou radicalmente. A pluralidade das instituições que hoje se dedicam à investigação

e ao ensino do Direito é um dado definitivamente inscrito no quadro das Universidades portuguesas.

Não lamento, nem por um momento, a “perda” do pequeno universo no qual fui educada. A sua limitação era uma singularidade exótica no plano europeu e um obstáculo claro ao desenvolvimento no plano nacional. No entanto, a transição entre o pequeno mundo fechado de ontem e o quadro plural, aberto e concorrencial de hoje foi tão rápida que ninguém que a tenha vivido pôde deixar de se sentir, por vezes, perplexo com as novidades que a transformação trazia.

Conversei muitas vezes com a Benedita, que se tinha empenhado no ensino e na investigação em um dos novos centros universitários, de todas estas questões. E se, neste momento, me não consigo imaginar em silêncio, sem lhe prestar a homenagem que merece, tal deve-se muito especialmente à forte impressão que sempre me causou a sua – chamemos-lhe assim – “personalidade universitária”, que, no quadro turbulento da transição, se destacava por qualidades que, de tão visíveis, imediatamente atraíam. A seriedade, o amor genuíno ao estudo, a dedicação ao ensino, o desinteresse por questões menores e a simpática vontade de colaborar eram características pessoais que se revelavam logo nas primeiras conversas. E como fui sempre acompanhando o percurso ulterior que a Benedita seguiu, posso hoje dizer (na realidade, *devo* hoje dizer) que, sem ela, a nossa Universidade ficou bem menos generosa, bem menos brilhante, e, permitam-me que o diga, também um pouco mais agreste.

Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos

Recém licenciada pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto em 2000, foi na Escola de Direito da Universidade do Minho que a Benedita Mac Crorie, ainda nesse ano, iniciou uma brilhante carreira universitária brutalmente encurtada pela doença que precocemente a afastou do nosso convívio. A Benedita tinha a idade dos meus filhos, ligeiramente mais velha que o mais novo e ligeiramente mais nova que o mais velho. Isto inscreveu uma marca filial desde o início do nosso relacionamento.

Além da simpatia e da cordialidade afável que sempre exibiu, diria que a primeira nota que a caracterizava era a disciplina. Uma disciplina severa que dela fazia uma colaboradora absolutamente fiável nas tarefas docentes que partilhávamos. Uma disciplina exigente que, porventura, encobria por excesso de modéstia o brilho e a originalidade do seu trabalho científico.

Fomos parceiros, desde a sua chegada, na lecionação do Direito Constitucional e dos Direitos Fundamentais dos primeiros anos da licenciatura em Direito. A Benedita não encarava as nossas matérias como meras “áreas científicas”. Colocava nelas uma paixão e um envolvimento muito

próximos de uma autêntica militância cívica que não é incomum entre os cultores do Direito Público.

Além da simpatia e do rigor, outra nota saliente do seu caráter era a solidariedade. A Benedita não era apenas uma mulher generosa. Tinha um genuíno gosto em ajudar, ser útil, e no trabalho em equipa, não a distraíam preocupações mesquinhas de protagonismo. Na elaboração dos comentários à Constituição de Timor-Leste, que publicamos em 2011, assumiu com naturalidade a omissão da autoria dos múltiplos contributos solicitados, em nome da necessidade de construir um texto legível e desprezioso destinado a um povo e a uma cultura jurídica muito diversa da nossa.

Acompanhei cada passo da progressão da Prof. Benedita Mac Crorie na carreira académica, desde as provas de aptidão científica e pedagógica até ao seu doutoramento, na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Juntos vivemos as canseiras da criação do primeiro curso de mestrado e as agruras da fundação do primeiro centro de investigação da Escola de Direito da Universidade do Minho. Foi com dor inconsolável que acedi ao convite da minha Escola para inscrever o meu depoimento neste “*liber amicorum*”.

Rui Nunes

Tive o enorme privilégio de conhecer a Professora Benedita Mac Crorie alguns anos atrás. Como médico e professor de Bioética e Ética Médica a minha convergência profissional com a Professora Benedita Mac Crorie foi simplesmente natural.

Conhecia já o seu trajeto académico na área do Direito. Licenciada em Direito em 2000, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto tomei conhecimento do livro *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais* que reflete o essencial do relatório submetido a provas de aptidão pedagógica e capacidade científica na Escola de Direito da Universidade do Minho em 2004.

Mais tarde, através da obra *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares* publicado no âmbito da obtenção em 2011 do Grau de Doutor em Direito na área de Direito Público, na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, pude aperceber-me que estava diante de uma brilhante académica, mas com um sentido humanista da vida e das relações interpessoais.

Mas, foi a deriva para o domínio dos direitos humanos – de que a sua participação na Comissão Diretiva do Mestrado em Direitos Humanos é apenas um exemplo – que consolidou definitivamente uma trajetória convergente entre dois ramos do saber que, sendo distintos apresentam importantes pontes e intersecções. A Bioética e o Biodireito.

Pelo que, repito, foi natural a nossa cooperação académica e científica.

Desde logo porque a Professora Benedita Mac Crorie rapidamente entendeu a importância deste novo domínio do Direito – o Biodireito – nas sociedades seculares e pluralistas. Ou seja, percebeu que uma nova ética da vida, consubstanciada no valor transversal da vida humana agora extensível ao ambiente e à biodiversidade, necessitava do Direito para regular as aplicações conhecidas das novas tecnologias e para ajudar a especular sobre as consequências futuras da ciência, como a edição do genoma, a inteligência artificial, a suspensão criogénica de seres humanos, ou as tecnologias da reprodução humana.

E esta simbiose entre a Bioética e o Biodireito originou que, por diversas ocasiões, na Universidade do Minho onde lecionava, ou noutros contextos, a Professora Benedita Mac Crorie demonstrasse especiais preocupações com a evolução da ciência e da tecnologia, com os direitos das minorias, com o acesso a bens sociais de primeira necessidade como a saúde, ou com a emergência climática, enquanto bem público global. Isto é, preocupação pelo escopo jurídico de uma Bioética justa e universalista.

Mas, para além de figura incontornável do Biodireito, e impulsionadora da inovadora área do Direito da Bioética, foi também uma respeitada e querida professora na plena aceção do termo. Dedicando-se plenamente aos estudantes, a razão principal da existência de uma universidade. A nível do ensino, da investigação ou da difusão e translação social do conhecimento.

É bem conhecida, por exemplo, a cooperação da Professora Benedita Mac Crorie com a ELSA UMinho (*European Law Student Association*) demonstrando a sua preocupação com a formação dos jovens colegas de profissão, com a partilha de saber, e com a promoção de uma mundividência centrada na dignidade humana e nos direitos fundamentais.

Mais recentemente, e durante a pandemia pela Covid-19, cooperámos de forma mais intensa a propósito da organização em Portugal da *14th World Conference on Bioethics, Medical Ethics & Health Law*, conferência mundial

que reuniu especialistas de mais de setenta países nas áreas da Medicina, do Direito e da Bioética.

Enquanto membro da comissão organizadora da conferência, a Professora Benedita Mac Crorie teve um papel nuclear no seu programa geral, mas também em áreas temáticas específicas, relacionadas não apenas com a legislação internacional, mas também ao nível do Direito comparado entre diferentes países. Para que pudesse existir um mínimo denominador comum a nível global para a construção sistemática do Biodireito.

Em boa verdade a sua participação na organização da *14th World Conference on Bioethics, Medical Ethics & Health Law*, conjuntamente com outros vultos nacionais e internacionais, originou a criação durante a conferência do *Biolaw Department of the International Chair in Bioethics*, departamento que conta hoje com largas dezenas de especialistas de Biodireito de todo o planeta.

Em síntese foi um privilégio privar com a Professora Benedita Mac Crorie ao longo dos anos.

Pela excelência demonstrada enquanto docente e investigadora na área do Direito, especificamente do Biodireito, e pelo exemplo que foi para os estudantes, para os colegas e para a sociedade em geral.

E pela defesa intransigente dos direitos humanos, da igualdade e da não discriminação, pilares centrais na criação de um humanitarismo comum que rasgue os horizontes do futuro sem sobressaltos para as gerações vindouras.

ESTUDOS

OS DIREITOS HUMANOS NUMA EUROPA À PROCURA DE ANTÍDOTOS CULTURAIS CONTRA A BARBÁRIE

Alessandra Silveira e Maria Inês Costa*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.1>

Tive o privilégio de partilhar a lecionação de algumas unidades curriculares com Benedita Mac Crorie – desde as suas primeiras aulas aos caloiros da licenciatura em Direito na UMinho, até as suas últimas aulas à distância aos mestrandos em Direitos Humanos em outubro de 2021. Quando trocávamos impressões para a atribuição de notas aos mestrandos, sempre me impressionou a diligência com que Benedita lia e relia os trabalhos, a fim de aproximar-se o máximo possível de uma solução justa. E dizia sempre muito divertida que “dezoito valores era para um trabalho pronto a publicar”! Neste *Liber Amicorum* entendi evocar a sua memória oferecendo-lhe o fruto da semente que plantou, consubstanciado na imortalidade do conhecimento¹.

* Professora da EDUM (asilveira@direito.uminho.pt); Mestre em Direitos Humanos pela EDUM (mariainescosta44@gmail.com).

¹ Joaquim de CARVALHO, “Notícia histórico-filosófica que precede a tradução de Dias Palmeira de Platão”, *Fédon – diálogo sobre a imortalidade da alma*, Coimbra, Atlântida Editora, 1968. Segundo o Autor, em face da clara identificação da alma com a inteligência em *Fédon*, seria legítimo concluir-se que o que é imortal na alma é o conhecimento.

Assim, escrevo este ensaio em coautoria com Maria Inês Costa, que integrou a última turma do Mestrado em Direitos Humanos cujas provas públicas já tiveram lugar, e nas quais a hoje Mestre congregou a classificação final de dezanove valores. Segundo o critério de Benedita Mac Crorie, as ideias de Maria Inês Costa estão “prontas a publicar”! Neste ensaio as Autoras procuram explorar algumas pistas de reflexão filosófica sobre os direitos humanos numa Europa confrontada com a barbárie – já que toda a sabedoria do mundo se reduz, por fim, a ensinar-nos a não temer morrer². Filosofar é aprender a morrer – e a morte é tão só a origem de uma outra vida³, pois há algo de muito especial em nós, que não reside propriamente em nós, mas naqueles que nos amam e admiram⁴.

Os antigos gregos entendiam que julgamos belo aquilo de que mais precisamos para sobreviver – e, nesta medida, talvez a beleza seja o nosso instinto mais fundamental. Uma das imagens mais impactantes divulgadas desde o início da invasão da Ucrânia pela Rússia capta a mão de uma senhora com unhas vermelhas bem feitas que jazia morta ao lado da sua bicicleta. Mais tarde seria divulgado que se tratava da mão de Irina, uma mãe de família que enviou as filhas para fora de Bucha, e lá ficou para cozinhar e apoiar os combatentes ucranianos. Havia feito recentemente um curso de manicure quando foi alvejada por um tanque russo ao virar de uma esquina – tudo registado por drones e satélites numa guerra convencional perpetrada em plena era digital.

A imagem das unhas de Irina remete para a obra do artista britânico Banksy chamada “O batom do holocausto” – que reproduz um grupo de mulheres num campo de concentração com os lábios pintados a vermelho, os quais se destacam na paisagem monocromática com a qual o artista os pretendeu contrastar. A obra alude a um episódio que teria ocorrido em abril de 1945, quando um grande carregamento de batom chegou ao campo Bergen-Belsen, entretanto libertado por militares britânicos. Segundo o relato no diário do tenente-coronel Mercin Willet que teria inspirado Banksy, nada contribuiria tão decisivamente para devolver humanidade aos prisioneiros de

² Michel de MONTAIGNE, *Que filosofar é aprender a morrer*, VS. Vasco Santos Editor, 2022.

³ Michel de MONTAIGNE, *Que filosofar é aprender a morrer*, op. cit.

⁴ Kazuo ISHIGURO, *Klara e o sol*, Lisboa, Gradiva, 2021, p. 348.

guerra como o batom. Isto porque os humanos são seres do simbólico, da beleza e da fantasia que lhes mantém a sanidade mental diante da barbárie.

O retorno da guerra ao continente europeu nos exorta a reler Hannah Arendt, pois as soluções totalitárias continuam a ser tenebrosamente tentadoras. Em nenhum outro lugar a Fortuna – a boa ou a má sorte – desempenha um papel tão decisivo nos assuntos humanos como o que acontece no campo de batalha. Por isso na guerra a violência comporta em si mesma um elemento adicional de arbitrariedade⁵.

Na obra *As origens do totalitarismo*, de 1951, Arendt rastreia os elementos subterrâneos que cristalizaram a espantosa originalidade dos totalitarismos do séc. XX, e o seu intento sistemático de transformar a própria natureza humana. A mesma perplexidade que nos surge diante das imagens terríficas de Bucha ou Mariupol – mas de onde vem este horror? –, levou Arendt a cunhar a expressão “a banalidade do mal”. Com tal categoria, pretendia explicar que alguém não tem de ser propriamente um monstro para cometer o mal – e que as pessoas podem cometer o mal por razões banais, sem jamais se terem decidido entre ser boas ou más, mas pela simples incapacidade para pensar, para pôr-se no lugar das vítimas, para o exercício de uma mentalidade ampla ou teste da universalização kantiano⁶.

Isto é relevante para quem se ocupa da teoria dos direitos humanos hoje – e procure desvendar os antídotos culturais contra a barbárie da guerra. Edgar Morin explica que a civilização inevitavelmente produz barbárie, sobretudo conquista e dominação. Todavia, os europeus sempre conseguiram produzir os antídotos culturais para a sua própria barbárie: “se a Europa Ocidental foi o centro da dominação bárbara do mundo, foi igualmente o centro das ideias emancipadoras, como os direitos do homem e da cidadania, graças ao desenvolvimento do humanismo”⁷.

Há um notável capítulo de *As origens do totalitarismo*, a propósito da decadência do Estado-nação e o final dos direitos humanos, no qual Arendt destaca algumas tensões preocupantes do próprio conceito de direitos humanos. A Autora explica que as declarações de direitos humanos de finais

⁵ Hannah ARENDT, *Sobre a violência*, Lisboa, Relógio d'água, 2014.

⁶ Hannah ARENDT, *Las origenes del totalitarismo*, Madrid, Taurus, 1998.

⁷ Edgar MORIN, *Cultura e barbárie europeias*, Lisboa, Instituto Piaget, 2007, p. 50.

do séc. XVIII (a francesa e a estado-unidense) representam certamente um momento decisivo na história da humanidade, pois a fonte do direito passou a radicar no homem – e não nos mandamentos divinos ou nas tradições/costumes históricos. A partir de então, já não se invocaria qualquer autoridade para o seu reconhecimento, pois o homem em si mesmo seria a sua fonte e objetivo último.

Mas o paradoxo da declaração de direitos inalienáveis aos seres humanos, explica Arendt, é que foram adstritos a um ser humano abstrato, desconectado de outros seres humanos historicamente concretos. Nem os estado-unidenses nem os franceses pretendiam estender tais direitos a todos os seres humanos, nem sequer àqueles que viviam nos seus territórios – e os direitos atribuídos nunca estariam desligados da ideia de Estado ou de comunidade politicamente organizada. Hoje há um relativo consenso quanto à ideia de que as declarações de finais do séc. XVIII não são nem cosmopolitas nem antinacionalistas. No caso francês, os direitos humanos foram restringidos a um povo; no caso estado-unidense, a declaração visava a edificação de uma identidade nacional nova⁸.

Apesar das nobres declarações acerca da dignidade intrínseca de todo ser humano, logo tornou-se claro que a questão dos direitos humanos estava entrecidada com a questão da emancipação nacional. Só então poderia haver um governo de um Estado capaz de proteger esses direitos inalienáveis a todos os seus cidadãos – “inalienáveis” porque supostamente independentes de todos os governos. Contudo, a realidade foi revelando a dificuldade do seu exercício fora da esfera de poder estadual. E quantos mais direitos humanos forem reconhecidos – e se tais direitos têm de ser garantidos pelo Estado –,

⁸ A ideia de que o fortalecimento do governo federal estado-unidense foi impulsionado pelo nacionalismo na sua fase ascendente pode ser conferida em Jorge C. PEREIRA, “Introdução a Frederick Jackson Turner”, *O significado da fronteira na história americana*, Porto, Book Cover, 2018, especialmente p. 106. Sobre o tema cf. Richard BERNSTEIN, *Por qué ler a Hannah Arendt hoy?*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2019, p. 106. O Autor explica que o objetivo da Constituição dos Estados Unidos não era propriamente limitar o poder e sim criar um novo poder – ou seja, o objetivo era a criação de um novo Estado e o empoderamento do governo federal. E isto foi acompanhado por uma Carta de Direitos gradativamente introduzida por emendas, que foi sendo adotada para limitar o abuso de poder do novo governo. Assim, a combinação de um governo limitado, a separação de poderes, os freios e contrapesos entre os Estados federados, bem como o fortalecimento do governo federal, tudo isto foi uma conquista exclusiva da revolução estado-unidense de 1776, cujo poder a Constituição de 1787 consolidou. De resto, à data da Independência dos Estados Unidos, conceitos como direitos individuais, liberdade e republicanismo (em particular o conceito de um bem-comum partilhado por todos) ainda não tinham vingado na Europa – e encontraram no Novo Mundo circunstâncias sociais e políticas favoráveis à sua concretização e materialização constitucional, cf. Jorge C. PEREIRA, “Introdução a Frederick Jackson Turner”, *op. cit.*, p. 115.

tanto mais se fortalece o poder do Estado e o controlo exercido sobre os indivíduos.

De todo modo, Hannah Arendt desconfia do recurso a direitos humanos proclamados como inalienáveis abstratamente, mas que não contem com instituições efetivas que os garantam e os protejam. Por isso a Autora defende que o direito mais fundamental de todos seria o “direito a ter direitos” – ou seja, o direito a pertencer a algum tipo de comunidade politicamente organizada, na qual os direitos humanos sejam garantidos e protegidos.

O “direito a ter direitos” seria o direito a pertencer a uma comunidade que protege os seus indivíduos – e na qual possam expressar e confrontar opiniões, atuando concertadamente com os seus semelhantes, a fim de revelar quem são como indivíduos distintos. Todavia, para Hannah Arendt, o paradoxo dos direitos humanos entronca na existência de um crescente número de pessoas que não pertence a uma comunidade política – ou a uma comunidade que queira ou possa garantir quaisquer daqueles direitos. É como se a ausência ou perda de uma comunidade política lhes retirasse a própria humanidade⁹.

Por isso Arendt alerta para a existência de uma linha muito ténue entre a destruição do “direito a ter direitos” e a destruição da própria vida digna¹⁰. Este foi o mote que a levou a dedicar-se ao fenómeno das grandes massas de apátridas e refugiados decorrente da Segunda Guerra Mundial, procurando esclarecer as consequências políticas daquele fenómeno – que hoje volta a assolar a Europa.

Num texto intitulado “Nós, refugiados”, Arendt aprofunda a relação histórica entre direitos humanos e Estado-nação identificada em *As origens do totalitarismo* – mas que não fora completamente esclarecida quanto aos seus fundamentos –, e recupera aquela relação a partir da figura do refugiado. Trata-se de uma relação problemática porque o Estado-nação significa para Arendt o Estado que faz da nascença/nascimento o fundamento da própria cidadania – em termos etimológicos “*natio*” significa “nascimento”. E são as declarações de direitos do séc. XVIII que registam esta passagem da soberania

⁹ Richard BERNSTEIN, *Por qué ler a Hannah Arendt hoy?*, op. cit., p. 30.

¹⁰ Hannah ARENDT, *A condição humana*, Lisboa, Relógio d’água, 2001; Hannah ARENDT, *A promessa da política*, Lisboa, Relógio d’Água Editores, 2005.

real de origem divina para a soberania popular de origem nacional – ou seja, com fundamento no nascimento. Foi por intermédio das declarações de direitos que o súdito se transformou em cidadão por força do nascimento¹¹.

Assim, explica Arendt, nascimento e soberania constituem o fundamento do novo Estado-nação que sucedeu ao antigo regime na sequência das revoluções liberais. Nesta medida, a ideia de cidadania sempre esteve ao serviço do Estado-nação, ao serviço da distinção entre o “nós” e o “outro”. O problema é que no sistema do Estado-nação, os chamados direitos inalienáveis do homem encontram-se desprovidos de qualquer tutela, quando deixe de ser possível configurá-los como direitos dos cidadãos de um Estado. No Estado-nação os seres humanos não são protegidos em si mesmos – são-no por serem cidadãos daquele Estado – e isto colocaria em causa, para Hannah Arendt, a conceção de direitos humanos baseada na suposta existência de um ser humano enquanto tal¹².

Nesta medida, o refugiado sinalizaria a crise do conceito de direitos humanos, pois é um humano que não tem direitos por não ser cidadão. Por isso há autores que defendem a necessidade de soltar resolutamente o conceito de refugiado daquele de direitos humanos – e deixar de considerar o direito de asilo como a categoria conceitual em que há de inscrever-se aquele fenómeno¹³. De resto, num registo similar, já Norberto Bobbio dizia que, quando a Declaração Universal dos Direitos Humanos postula que todos os seres humanos “nascem livres e iguais em direitos”, melhor seria dizer “aspiram a ser livres e iguais”, pois o certo é que os seres humanos, na sua grande maioria, não nascem livres e iguais em direitos¹⁴.

De qualquer forma, em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos forneceu a chave de compreensão do pensamento dos direitos humanos contemporâneo. A visão que predominava entre os seus redatores era a de que os direitos então enunciados tinham fundamento na moralidade e que eram universais¹⁵. Seriam princípios que assumem as condições da

¹¹ Hannah ARENDT, *Nós, refugiados*, Lisboa, Antígona, 2021.

¹² Hannah ARENDT, *Nós, refugiados*, *op. cit.*

¹³ Giorgio AGAMBEN, *Para lá dos direitos do homem*, Lisboa, Antígona, 2021.

¹⁴ Norberto BOBBIO, *Liberalismo e democracia*, São Paulo, Editora Brasiliense, 1988.

¹⁵ Martin REX, *Are human rights universal?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 59.

vida moderna, tendo em conta a altura em que a Declaração foi adotada, destacando-se a sua universalidade quanto à conjuntura que lhe era atual. Os direitos humanos eram então perspetivados como representando interesses fundamentais das pessoas vulneráveis a ameaças da vida em sociedade. Em última análise, destaca Martin Rex, o destinatário essencial dos direitos morais que se destacam sob o título de direitos humanos é precisamente a sociedade organizada. O Estado e o seu governo aderem ao quadro dos direitos humanos na qualidade de organizador, e como uma das principais entidades contra a qual uma reivindicação de direitos humanos é tipicamente apresentada¹⁶.

Segundo Samuel Moyn, a compreensão geral dos direitos humanos ganhou um carácter mais universal a partir da década de 1970, destacando-se a via marcante da sua institucionalização, ainda que de forma lenta e através de reformas parciais. Perante as inconsistências a nível prático de teorias utópicas políticas, os direitos humanos foram confluindo para uma espécie de objeto de culto, como a última utopia das Relações Internacionais e do Direito Internacional¹⁷. Todavia, atualmente, o seu discurso e a sua aplicação evocam ceticismo por parte de alguns teóricos.

Uma crítica que é dirigida ao pensamento contemporâneo dos direitos humanos e à ideia de justiça em geral é a de que, na verdade, existem vários padrões/códigos morais, várias justiças, pelo que não é possível encontrar fundamento para os direitos humanos universais. Esta crítica considera que cada civilização, em cada tempo, tem determinado catálogo de direitos. Numa análise empírica, é inegável que diferentes sociedades têm (e tiveram em tempos) códigos morais e sociais diferentes, verificando-se a existência de regras coletivas, não necessariamente escritas, assentes em convicções partilhadas sobre o que é errado e certo fazer.

Charles Beitz destaca que até uma pessoa amiga dos direitos humanos pode questionar se o empreendimento dos direitos humanos é moralmente coerente¹⁸. O Autor destaca a possibilidade de que a satisfação de alguns direitos humanos não é viável em função das condições sociais existentes

¹⁶ Martin REX, *Are human rights universal?*, op. cit., p. 63.

¹⁷ Samuel MOYN, *The last utopia. Human rights in history*, Cambridge, Massachusetts, London, Belknap Press of Harvard University Press, 2010.

¹⁸ Charles BEITZ, *The idea of human rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 3.

ou prontamente previsíveis. Haveria, assim, valores que não podem contar como direitos, não havendo agentes que possam (nem consigam) ter o dever de os satisfazer. Definem-se aspirações para o futuro, mas não se geram razões para uma ação no presente.

Beitz afirma que o ceticismo pode tomar uma posição mais extremista, no sentido de que nada intitulado de direito humano poderia derivar da natureza humana, pois as disposições comportamentais humanas seriam diversas e contraditórias – logo, a generalização impossibilitaria a coerência. Uma posição mais moderada considera que só podem ser salvaguardados direitos mais elementares.

Com efeito, o relativismo ético confronta a possibilidade de existir algum fundamento para os direitos humanos. Perante um juízo de valor, que corresponde a uma prescrição moral, o relativismo questiona como é possível verificar a sua legitimidade, na medida em que os meios de prova não são os mesmos que se aplicam ao juízo de facto – ou seja, ao juízo descritivo, que pode ser comparado com uma realidade empírica para analisar uma possível correspondência. Avalia-se criticamente um juízo de valor à luz de determinado ideal, que não existe no sentido físico, mas que, em princípio, deveria existir. Presumir, por exemplo, que a pena de morte é injusta consiste em considerar que, para todos os seres humanos, esta constatação deveria ser aplicável.

O relativismo entende não haver fundamento algum para qualquer norma moral, pois tal consiste apenas numa preferência decorrente da consideração do ser humano – sendo, portanto, um raciocínio arbitrário e irracional. Um argumento adicional entronca na tolerância, ou seja, na ideia de que, sem o ceticismo profundo, seria impossível defender a tolerância entre os seres humanos, e desta forma impedir o imperialismo moral que causa destruição mútua.

Todavia, não é necessário ser a favor do relativismo radical para se defender a tolerância – e ter, além disso, receio pelo imperialismo moral. Independentemente das vicissitudes do entendimento de tolerância em Voltaire (1763)¹⁹, considerar a tolerância algo de bom e valioso significa que

¹⁹ VOLTAIRE (François-Marie Arouet), *Tratado sobre a tolerância - Por ocasião da morte de Jean Calas*, Lisboa, Relógio d'Água, 2015. Sobre o tema, cf. Alessandra SILVEIRA, “The value of tolerance in a Union based on the

se está a proceder a um juízo de valor, preferindo a tolerância à não tolerância. Ademais, não é necessário partir do relativismo radical para se ter suficiente cautela contra o imperialismo moral. Mesmo que tentemos e assumamos que as nossas ideias do que é justo correspondem à moral objetiva, se formos suficientemente realistas, saberemos que essa correspondência poderá não ser real ou total. Temos noção do nosso enviesamento, resultado da nossa condição e educação. Na melhor das hipóteses, conseguimos uma correspondência parcial, na medida em que somos sempre limitados na nossa capacidade de chegar a uma moral objetiva universal.

O mínimo realismo sociológico obriga à noção de respeito mútuo e à cautela com possíveis imperialismos morais. A noção histórica, aliada à via do diálogo democrático e livre, é importante para entendermos a nossa posição e a dos outros, alargar as nossas visões e, eventualmente, obter aproximação da moral objetiva completa, mesmo que sempre parcial. Não obstante, há uma questão problemática ainda em voga, que consiste no discurso imperialista dos direitos humanos que envolve, ainda hoje, conceber o ativista ocidental como salvador dos selvagens locais dos países em vias de desenvolvimento. Compreender as fragilidades discursivas dos relativistas radicais não invalida esta crítica.

Neste contexto, a discussão sobre o fundamento dos direitos humanos *per se* apresenta-se relevante, porque ajuda a aprofundar a compreensão sobre os próprios direitos, ainda que não produza qualquer tipo de teste decisivo para avaliar as reivindicações de direitos. A resposta sobre o fundamento dos direitos humanos varia consoante o entendimento da natureza dos direitos humanos. Efetivamente, o fundamento dos direitos humanos, em termos morais, pode não coincidir com o que está normatizado, positivado nos documentos.

Jeremy Waldron insiste na possibilidade do pluralismo fundacional dos direitos humanos, afirmando que não devemos negligenciar a possibilidade de, por exemplo, a dignidade ser fundacional para alguns direitos e não para outros. O Autor afirma, a certo ponto, que os direitos humanos se nos apresentam como um catálogo – e um catálogo nos permite pensar de

rule of law”, *The Official Blog of UNIO – Thinking & Debating Europe*, 22 January 2016, disponível em <https://officialblogofunio.com/2016/01/22/the-value-of-tolerance-in-a-union-based-on-the-rule-of-law/> [05.08.2022].

forma plural sobre tais direitos. Assim, talvez possamos dizer que há todo o tipo de direitos com todo o tipo de fundamentos, sem que se confunda uma característica comum a todos os direitos com algo que desempenha um papel fundacional²⁰.

Waldron pretende descobrir se a dignidade é o fundamento dos direitos humanos, dada a referência a este valor nos Pactos (civil e político; económico, social e cultural) das Nações Unidas. A invocação da dignidade humana seria uma referência à natureza especial dos seres humanos, isto é, explicaria por que motivo os humanos têm os direitos que os Pactos proclamam, *a priori* e independentemente da proclamação do direito positivo²¹. No entanto, há outras questões subjacentes porventura mais desafiantes e exigentes, na medida em que apresentar determinados valores como fundacionais implica desvendar como são definidos e determinados.

Se nas últimas décadas do século XIX a noção dos direitos naturais perdeu apelo, após a Segunda Guerra Mundial a ideia dos direitos universais voltou à cena – não sendo, todavia, um mero retorno aos direitos naturais. Autores como Charles Beitz destacam a descontinuidade entre os direitos naturais e o que são os intitulados direitos humanos de hoje. A visão que se foi consolidando não perspetiva os direitos humanos como independentes da sociedade, mas sim como interesses importantes das pessoas vulneráveis às ameaças da vida em sociedade.

Segundo John Tasioulas, em *O que é um direito humano?*²², a perspetiva sobre os fundamentos dos direitos humanos depende da forma como se interpreta a sua natureza. Há, essencialmente, três perspetivas sobre a definição de direito humano: a reducionista, a política, e a ortodoxa.

Segundo a perspetiva reducionista, há um direito humano quando se verifica a existência de um interesse humano universal. Já a perspetiva política liga os direitos humanos a estruturas institucionais (o Estado) e percebe os direitos humanos enquanto categoria que não corresponde meramente a interesses. Aqui a justificação necessária dos direitos humanos descansaria numa moralidade política, uma forma autónoma de razão pública, de forma

²⁰ Jeremy WALDRON, *Is dignity the foundation of human rights?*, Nova Iorque, NYU School of Law, 2013.

²¹ Jeremy WALDRON, *Is dignity the foundation of human rights?*, *op. cit.*, p. 15.

²² John TASIIOULAS, *What is a human right?*, Carolina do Norte, Duke Law, 2009.

a evitar imperialismos morais. Por sua vez, a perspectiva ortodoxa considera os direitos humanos enquanto direitos morais, que seriam de todos os seres humanos, em virtude da sua humanidade.

A identificação de direitos humanos como direitos morais individuais merece alguma exploração. Aqui há correspondência entre direitos e deveres, cuja transgressão deve ter uma resposta também moral, sendo os destinatários dos deveres os seres humanos adultos, racionalmente competentes. Todos os seres humanos seriam titulares de direitos humanos – o que levanta algumas questões pertinentes, pois é questionável se o catálogo de direitos de que são titulares é invariável ao longo do tempo e passível de ser aplicado transhistoricamente. A perspectiva ortodoxa defende que a maior parte dos direitos humanos seriam passíveis de aplicação transhistórica – e, nesta perspectiva, os direitos humanos deveriam existir sempre, independentemente das condições e momentos históricos. Os direitos existiriam em virtude da humanidade do ser humano, simplesmente, não sendo dependentes de uma conduta específica.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos adota a perspectiva moral, assente no reconhecimento de direitos preexistentes e transhistóricos, num retorno à conceção de direitos naturais. Nesta perspectiva, seriam direitos detidos por todos os seres humanos, correspondendo-lhes iguais deveres com o mesmo grau de proteção e promoção. Além disso, os direitos humanos seriam de todos em qualquer momento histórico, na medida em que a ideia de natureza e interesses humanos não varia nas suas dimensões, em função da história e da geografia. Seriam devidos a todos, em virtude de partilharem a condição humana.

Nesta senda, Jürgen Habermas distinguiria a esfera da moral daquela relacionada com questões ético-políticas e integraria os direitos humanos na primeira. A moral interessaria aos indivíduos em qualquer lugar e de forma semelhante, pois através dela a humanidade constituiria, no entendimento do Autor, o sistema de referência para a justificação de regulamentações que são igualmente interessantes a todos. Para Habermas a função dos direitos humanos básicos, como a dos princípios em geral, seria a de uma incondicional e universal obrigação, uma reivindicação imperativa que é igualmente válida para todos, aplicando-se a sociedades ao longo de todos os tempos. Já questões ético-políticas referem-se a uma comunidade política particular, sendo aceites por todos os membros que dividam as mesmas tradições e valores,

enquanto preferências compartilhadas intersubjetivamente – e constituiriam o sistema de referência para a justificação de regulamentações que expressam um consciente e coletivo autoconhecimento²³.

De resto, muitos filósofos contemporâneos de inspiração kantiana – Habermas, Rawls, Dworkin, etc. – têm concebido os direitos humanos como apolíticos, ou seja, têm buscado demonstrar que tais direitos não formam parte do reino da política. A ideia apolítica perflhada por alguns filósofos kantianos é a de que os direitos humanos devem ser vistos como princípios que se exercem contra as decisões políticas, contra a vontade da maioria, mesmo que isto ponha em causa o interesse geral. Ou seja, adotam uma clara distinção entre, por um lado, normas e princípios que carregam direitos, e, por outro, valores que servem de base para a decisão política²⁴.

Isto revela a existência de uma tensão dialética entre direitos humanos e prossecução do bem comum – ou entre direitos individuais e interesse coletivo. Uma tensão que faz com que alguns autores rejeitem os direitos humanos, justamente por se basearem em princípios que parecem derivar de uma razão universal aplicável a todos, tornando a moralidade política não como um resultado do discurso político – ou reflexão, compromisso e escolha do mal menor – mas de um imperativo moral incondicional. Isto leva alguns autores a se distanciarem dos direitos humanos em prol de um entendimento baseado na simpatia, confiança, sentimentos, cuidado e solidariedade²⁵.

Com efeito, os direitos humanos possuem necessariamente uma dimensão política, pois o processo de realização daqueles direitos demanda discussões sobre uma concepção comum de bem a prosseguir. Por isso Habermas reconheceria que o processo de implementação dos direitos humanos se desenvolve em contextos que também demandam discursos de autoconhecimento como componentes importantes da política: discussões sobre uma concepção comum de bem e sobre a forma de vida cujo reconhecimento autêntico é procurado²⁶.

²³ Jürgen HABERMAS, *Between facts and norms*, Cambridge/Massachusetts, The MIT Press, 1996.

²⁴ Ángel OQUENDO, “Revolução, morte e garantia de direitos: nas Américas e além”, in Alexandre Veronese e Juliano Daisen Benvindo (coords.), *Política e Poder Judiciário*, Cadernos Adenauer, nº 1, ano XVIII, Rio de Janeiro, Fundação Konrad Adenauer, 2017. Segundo o Autor, enquanto a moralidade seria deontológica, o universo ético-político seria teleológico. Assim, enquanto a primeira impõe obrigações independentemente dos propósitos do agente, a última seria vinculante desde o momento em que o agente adota um fim específico ou *telos*.

²⁵ Ángel OQUENDO, “Revolução, morte e garantia de direitos...”, *op. cit.*, p. 87.

²⁶ Ángel OQUENDO, “Revolução, morte e garantia de direitos...”, *op. cit.*, p. 94.

Consequentemente, quando desenvolvidos numa constituição e depois numa lei, os direitos humanos internalizam política, ações governamentais, valores e concepções do que é bom. Quando, por exemplo, a Constituição Portuguesa no seu artigo 46º, nº 4, proíbe as organizações que perfilhem a ideologia fascista, optou por limitar a liberdade de associação em função de uma concreta historicidade jurídico-constitucional. Nesta e noutras circunstâncias, a implementação de um direito humano em particular frequentemente implica transcender o reino do princípio e transitar na política²⁷.

A forma como a sociedade polaca decidiu acolher milhares de refugiados ucranianos desde 24 de fevereiro de 2022 bem o ilustra. Não foram direitos inalienáveis ao ser humano nem mesmo quotas europeias para refugiados que levaram os polacos a fazê-lo – pois, de resto, sempre se insurgiram contra elas²⁸ –, mas sim a empatia por um vizinho em desespero e a convicção de que poderiam estar no seu lugar.

Assim, os direitos humanos são normas, não meras políticas públicas, mas a sua concretização depende de políticas públicas. Aqui entronca a importância de se confrontar a tensão dialética referida *supra*, relacionando as teorias dos direitos humanos e as teorias do bem comum – aquele que não é o bem de poucos, nem mesmo de uma maioria, mas de todos os membros da sociedade e de cada um individualmente. Ou seja, o bem partilhado por todos precisamente porque todos são membros da mesma sociedade²⁹.

Importa, portanto, pensar politicamente sobre a violação dos direitos humanos. Isto porque os direitos humanos estão intricadamente relacionados com a justiça social – tendem a fomentá-la, mas não a garantem, podendo inclusivamente comprometê-la. Ainda recentemente, durante a pandemia

²⁷ Jürgen HABERMAS, “Struggles for recognition in the democratic constitutional State”, in Charles Taylor e Amy Gutmann (coords.), *Multiculturalism and “the politics of recognition”*, Princeton, Princeton University Press, 1992.

²⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de abril de 2020, *Comissão Europeia contra República da Polónia e o.*, proc. C-715/17, ECLI:EU:C:2020:257, no âmbito do qual o Tribunal de Justiça decidiu que, ao não indicar periodicamente, e pelo menos, de três em três meses, um número adequado de requerentes de proteção internacional que podiam ser recolocados rapidamente no seu território, a República da Polónia não cumpriu, desde 16 de março de 2016, as obrigações que lhe incumbiam por força do artigo 5º, nº 2, da Decisão (UE) 2015/1523 do Conselho, de 14 de setembro de 2015, que estabelece medidas provisórias a favor da Itália e da Grécia no domínio da proteção internacional, e do artigo 5º, nº 2, da Decisão (UE) 2015/1601 do Conselho, de 22 de setembro de 2015, que estabelece medidas provisórias no domínio da proteção internacional a favor da Itália e da Grécia, nem, por conseguinte, as posteriores obrigações de recolocação que lhe incumbiam por força do artigo 5º, nº 4 a 11, de cada uma destas duas decisões.

²⁹ Antonio ARGANDOÑA, “The stakeholder theory and the common good”, *Journal of Business Ethics*, nº 17, 1998, p. 1905.

da COVID-19, percecionamos em que medida a justiça social pode entrar em conflito com os direitos humanos, podendo autorizar ou mesmo exigir a sua suspensão provisória.

De resto, a pandemia evidenciou o dilema da “Santíssima Trindade”, como lhe chamou recentemente Joseph Weiler³⁰ – um dilema que não é propriamente novo, pois já havia sido identificado por Norberto Bobbio. De que dilema estamos a falar? Este: a trilogia Estado de direito, direitos fundamentais e democracia – a que alguns chamariam Santíssima Trindade por serem indivisíveis – fornecem as condições para a ação individual e coletiva, mas não o seu conteúdo. Concretizando: não há democracia sem direitos fundamentais (isto equivaleria à tirania da maioria circunstancialmente no poder), e também não há direitos fundamentais sem Estado de direito (pois são as normas e procedimentos jurídicos que garantem a efetivação dos direitos fundamentais).

Contudo, esta trilogia fornece as condições do Estado de direito democrático, não o seu conteúdo. São a condição necessária, mas não suficiente, para satisfazer a busca primordial de significado. Ou seja, os direitos fundamentais garantem as nossas liberdades, mas não nos dão qualquer orientação sobre como as exercer. Da mesma forma, a democracia é uma tecnologia de governação certamente indispensável, mas não nos diz como exercer os poderes democráticos. Como sugere Joseph Weiler, uma democracia de pessoas más será má – ainda que democrática. E pode haver leis deploráveis que talvez não violem direitos fundamentais – mas não deixam de ser deploráveis.

Como referimos, Bobbio já havia identificado tal dilema numa carta a Danilo Zolo em 1992, entretanto publicada em 2008³¹. Nela Norberto Bobbio explicava a Danilo Zolo que não lhe parecia correto que vissem na sua (de Bobbio) definição mínima de democracia, baseada no exercício das liberdades fundamentais, também uma referência a um conteúdo mínimo. As liberdades fundamentais não seriam o conteúdo, mas sim as condições do Estado democrático – pois o conteúdo depende das decisões coletivas que vão sendo adotadas com aquelas normas, e que podem ser boas ou más

³⁰ Joseph WEILER, “A COVID, a Europa e a autoasfixia da democracia”, *in* Miguel Poiars Maduro e Paul Kahn (coords.), *Democracia em tempos de pandemia*, Parede, Príncipeia, 2021, p. 118.

³¹ Danilo ZOLO, *L'alito della libertà*, Milano, Feltrinelli, 2008, p. 157.

tendo em conta os partidos no poder. O realismo de Bobbio revela a aleatoriedade a que estamos sujeitos em democracia, pese embora não se conceba uma alternativa que lhe seja preferível – e que garanta melhores condições às comunidades e aos indivíduos para se aperfeiçoarem de forma autónoma³².

Mas então, se aquela trilogia é a condição necessária, mas não suficiente, para satisfazer a busca primordial de significado da convivência coletiva, como então enfrentar este dilema, sobretudo em situações-limite como aquela de uma guerra ainda em pandemia? Ocorre que este dilema entronca noutro, qual seja, por que razão os seres humanos eliminam periodicamente, pelo menos em parte, os ganhos que conquistaram culturalmente – como seja aquela trilogia Estado de direito, direitos fundamentais, democracia?³³

Este dilema também não é novo, está subjacente às teorias freudianas desenvolvidas em *O mal-estar da civilização*. Para Freud a questão sobre o destino da espécie humana residia em saber se e em que medida a evolução da civilização conseguiria controlar os distúrbios que os instintos humanos provocam na vida em comunidade – sobretudo o instinto para a agressão e a autodestruição. Este instinto de morte seria o fator determinante por trás dos fracassos sociais na história da humanidade³⁴.

Os filósofos se têm ocupado desta questão ao longo do tempo. Mas julgamos ter sido Bento Espinosa, no séc. XVII, quem mais se aproximou de uma resposta através da ética dos afetos. Conceito eminentemente *espinosano*, os afetos seriam a expressão do relacionamento de cada homem com os outros e com o meio. A afeção é aqui entendida não como uma repetição do tradicional combate da razão com as paixões que arrastariam o homem para o mal. Espinosa não encara os afetos humanos – o amor, o ódio, a ira, a inveja, a glória, a misericórdia e as restantes comoções do ânimo – como vícios da natureza humana “em que os homens incorrem por culpa própria”. Mas sim como propriedades que lhe pertencem – e que a razão pode reprimir ou moderar³⁵.

³² Jorge C. PEREIRA, “Introdução a Frederick Jackson Turner”, *op. cit.*, p. 102.

³³ António DAMÁSIO, *A estranha ordem das coisas – a vida, os sentimentos e as culturas humanas*, Lisboa, Temas e Debates – Círculo de Leitores, 2017, p. 298.

³⁴ Sigmund FREUD, *O mal-estar da civilização*, Lisboa, Relógio d'Água, 2008, pp. 101-110.

³⁵ Bento de ESPINOSA, *Tratado político*, tradução de Diogo Pires Aurélio, Coleção Grandes Nomes do Pensamento, Lisboa, Levoir, 2017, pp. 61-63.

De qualquer forma, como Espinosa explicaria na sua *Ética*, um afeto não é jamais erradicado pela razão; pode ser erradicado por outro afeto, desde que lhe seja contrário e mais potente³⁶. Nesta medida, para Espinosa os homens são conduzidos mais pelo afeto do que pela razão, não sendo por condução da razão, mas por algum afeto comum, que uma multiplicidade de indivíduos se põe naturalmente de acordo – seja por uma esperança ou medo comuns, ou pelo desejo de vingar algum dano comum. Como ninguém na solidão tem forças para defender-se e reunir o necessário para a vida, os homens desejam o estado civil, por oposição ao estado de natureza, consistindo a paz na união ou concórdia dos ânimos³⁷.

Por isso, para Espinosa, as causas e fundamentos de uma comunidade política (ou de um ordenamento jurídico) não se devem pedir aos ensinamentos da razão, mas deduzir-se da natureza ou condição comum dos homens³⁸. Em qualquer sociedade existem costumes e normas que se destinam a contrariar o aleatório e introduzir alguma previsibilidade no fluir das ações humanas. Mas a estabilidade provisória alcançada por esses meios está assente não na razão e sim, em última análise, nos afetos – sejam de medo ou de esperança, pelos quais se orienta o comum dos indivíduos³⁹.

Assim, o afeto comum que gera um certo grau de estabilidade no inter-relacionamento dos indivíduos só será eficaz quando for superior à diversidade dos afetos individuais e grupais que fomentam a divisão. Daí que a estabilidade exija um equilíbrio que é necessário renovar permanentemente, através de todos os meios que façam com que os afetos que a mantêm prevaleçam sobre aqueles que a ameaçam.

A política consiste, em última análise, neste exercício de produção-reprodução da estabilidade que possibilita a sobrevivência de uma potência comum. Tal potência sobrevive não por ter origem na unanimidade ou na maioria de vontades individuais, mas por ser capaz de congregar em si força

³⁶ Diogo PIRES AURÉLIO, “Introdução a Baruch de Espinosa”, in Bento de Espinosa, *Tratado político*, Coleção Grandes Nomes do Pensamento, Lisboa, Levoir, 2017, p. 16.

³⁷ Bento de ESPINOSA, *Tratado político*, *op. cit.*, p. 92.

³⁸ Bento de ESPINOSA, *Tratado político*, *op. cit.*, p. 64.

³⁹ Diogo PIRES AURÉLIO, “Introdução a Baruch de Espinosa”, *op. cit.*, p. 14. Embora parecendo dessemelhantes, medo e esperança caminham lado a lado, porque assentam na expectativa do futuro, não na confiança do presente. Como ensina Sêneca, “deixarás de ter medo quando deixares de ter esperança”. Lúcio ANEU SÉNECA, *Cartas a Lucílio*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2021, p. 12.

bastante para impor-se comumente. Como depois constataria Hannah Arendt, os homens organizam-se politicamente de acordo com certos aspectos comuns essenciais que descubrem num absoluto caos de diferenças ou dele abstraem⁴⁰.

Nesta medida, é impossível pretender um entendimento de direitos humanos que faça sentido hoje ignorando que do outro lado da mesma moeda está aquela potência comum. Os direitos individuais podem derivar de ideias sobre a personalidade e a agência moral sem referência a processos políticos; no entanto, só são aplicáveis no seio de comunidades políticas onde foram coletivamente reconhecidos; e esse processo político – do seu reconhecimento – requer a existência de uma comunidade política⁴¹. De todo modo, uma comunidade política só sobrevive e mantém a sua potência se for garantida aos indivíduos que se congregam toda a liberdade compatível com a prossecução do laço comum – eis novamente a tensão dialética entre direitos individuais e interesse coletivo –, tendo sempre em conta que, como ensina Espinosa, o fim de uma comunidade política é, de facto, a liberdade⁴².

⁴⁰ Hannah ARENDT, *A promessa da política*, *op. cit.*, p. 83.

⁴¹ Martin REX, “Human rights: constitutional and international”, in David Ridey e Mortimer Sellers (coords.), *Universal human rights: moral order in a divided world*, Rowman & Littlefield Publishers, 2005, p. 50.

⁴² Diogo PIRES AURÉLIO, “Introdução a Baruch de Espinosa”, *op. cit.*, pp. 16-17.

O ENSINO DO DIREITO PENAL NO ÂMBITO DA CRIMINOLOGIA (NOVOS DESAFIOS E A COMPLE- MENTARIDADE FUNCIONAL DAS REFERIDAS CIÊNCIAS)

Ana Raquel Conceição*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.2>

1. Introdução

O presente trabalho tem como foco a análise do ensino do direito penal no âmbito da criminologia.

Não podemos, desde já, deixar de dar nota que o direito penal é um dos ramos de direito que permite a formação da consciência coletiva da axiologia fundamental. A intervenção do direito penal e as suas consequências são, como demonstraremos, a concretização de um Estado de Direito que se pauta por uma visão antropocêntrica, onde a proteção do Homem entre os Homens e face ao Estado é o seu mote.

* Professora Auxiliar, Convidada, da Escola de Direito da Universidade do Minho (aconceicao@direito.uminho.pt).

Começaremos por apresentar o conceito de direito penal com a indicação das suas diferentes áreas de atuação, bem como o conceito, polissêmico, de crime. Nesse caminho cruzar-nos-emos, necessariamente, com a criminologia.

Procederemos a uma breve análise da evolução histórica da criminologia, pois desse percurso resultará a demonstração da sua ligação inelutável com o direito penal. A criminologia, uma ciência que começa por ser sua auxiliar e termina por ser uma das suas maiores críticas.

Não podemos deixar de demonstrar, de seguida, a importância do direito penal na criminologia, aliás, sem as suas diferentes formas de intervenção a criminologia não teria objeto de estudo.

Os novos desafios que o direito penal se depara, associada principalmente à *sociedade do risco* e global, obriga a repensar a sua forma de atuação, levando ao limite a sua filosofia e área de atuação. Neste âmbito, volta a criminologia a demonstrar o seu papel fundamental. Criticando, por um lado, o seu excesso de intervenção e, por outro, exigindo maior proteção da vítima, da comunidade e do próprio agente. A atuação conjunta destas duas ciências demonstra a sua complementariedade, concretizando uma melhor e efetiva eficácia mútua.

Por força do empirismo típico da criminologia, o ensino do direito penal nesta ciência carece de ser aplicado de modo a dotar os seus estudantes de ferramentas jurídicas básicas, mas com um foco diferente do seu ensino no direito. Tentaremos, neste trabalho, e por fim, dar nota da adaptabilidade do ensino do direito penal na criminologia que deverá assentar na promoção de um raciocínio crítico partindo do universal, típico das normas, para o casuísimo dos factos, das condutas, dos agentes, das vítimas e das instâncias formais e informais de controlo.

2. O ensino do direito penal

Como sabemos o conceito de direito penal é polissêmico, podendo consistir nas conceções axiológicas e fundantes da sua existência; no estabelecimento de dogmas e silogismos que determinam a punibilidade do agente; na aplicação efetiva das sanções penais; na forma da sua aplicação pelos tribunais

ou nas regras de investigação e prevenção dos crimes, que determinam a legitimidade e legitimação do poder punitivo pelo Estado.

São conceitos essenciais para a formação de todas as profissões jurídicas e até, atrevemo-nos, para a construção de uma cidadania mais democrática e respeitadora das liberdades individuais. Parece ser uma afirmação contraditória, pois se sob todos os referidos conceitos de direito penal paira a aura da privação da liberdade, como poderá o seu ensino contribuir para a referida cidadania? Pode e fá-lo. Expliquemo-nos melhor.

A privação das liberdades que caracteriza o direito penal é a demonstração do respeito por aquelas. No ensino do direito penal, em todas as suas formas, nas diferentes unidades curriculares, há uma linha condutora comum: a restrição é excecional – tal como o próprio direito penal –, a regra são os direitos, as liberdades e as garantias¹. A intervenção mínima do direito penal, que trespassa todos as suas aceções e conceitos, é reveladora *ab initio* do respeito que este ramo das ciências jurídicas demonstra ter pelo Homem. Apesar do seu resultado consistir na demonstração do poder fortíssimo do Estado, a legitimidade da sua aplicação tem de mostrar ao cidadão que a efetivação do seu poder é proporcional à ameaça que fez cessar ou prevenir e eficaz nessa atuação. E assim, consentânea e até fortalecedora dos direitos dos cidadãos. Como refere Claus Roxin: “O direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo”².

Hoje o direito penal enfrenta novos desafios. A sociedade aberta sem fronteiras, evoluída e apetrechada tecnologicamente importa, por um lado, o aparecimento de vozes que exigem mais segurança e, por outro lado, surgem outras que apregoam a sua exagerada, inadmissível e desnecessária intervenção. Estes novos desafios devem acompanhar o seu ensino, despoletando o

¹ Conforme refere Nuno Brandão: “Nada parece, porém, impedir o apelo à ideia de necessidade, em sede de carência de tutela penal e em ordem a dar efectiva expressão ao princípio da ultima ratio do direito penal, para justificar uma opção por uma solução não penal (v. g., contra-ordenacional) se esta, embora não tão contundente ou eficaz como a via criminal, representar ainda uma forma adequada de tutela, logrando assim ainda dar satisfação ao dever estadual de protecção de direitos fundamentais”. Nuno BRANDÃO, “Bem juridico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de protecção e a proibição do excesso”, in AAVV, *Livro de Homenagem ao Professor Costa Andrade*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, STVDIA IVRIDICA 109 Ad Honorem, 2017, p. 266.

² Claus ROXIN, *Problemas fundamentais de Direito Penal*, 3ª edição, Natscheradetz (trad.), Lisboa, Veja, 1998, p. 76.

surgimento de outras aceções ou formas de atuação do direito penal, impondo-se aos seus docentes o conhecimento destas novas formas de emergência de atuação ou inibição do direito penal.

O direito penal, em sentido amplo, conforma uma realidade, também plural, que é o seu pressuposto, a sua *ratio*, e chegou mesmo a ser a sua própria terminologia: o conceito de crime³.

O que é o crime, como deve ser punido, como deve ser investigado e julgado, como devem ser executadas as suas penas, são os alicerces do direito penal, que estão em constante mutação⁴.

O crime tem assim vários conceitos. O seu conceito material assume diversas formas: positivista-legalista, positivo-sociológica, moral, social e racional⁵. Conceitos mutáveis, tal como quase todos os conceitos jurídicos, que tentam acompanhar o comportamento humano, mas por via de regra, fazem-no com algum atraso. Assim, no ensino e estudo do direito penal, a determinação do que é crime, como punir, perseguir, investigar, prevenir, está constantemente em causa.

Importa, ainda dar nota que, mesmo na definição do que é crime, de imediato surgem vertentes criminológicas que o tentam traçar. Surgindo assim a definição social de crime: definição que lhe é atribuída pelas instâncias formais e informais de controlo. O que determina desde logo que o conceito de crime surge por diferentes derivações, não só aquilo que se encontra plasmado na lei como tal, mas também a própria reação social que este importa⁶.

Logo, na determinação do seu conceito surge a criminologia. O que significa que esta ciência está presente no direito penal desde o primeiro momento.

É impossível e errado pensar o direito penal sem a criminologia. Von Liszt e a sua *Gesamt Strafrechtswissenschaft* determinou, para sempre, um ponto de viragem na relação imprescindível entre as três ciências que

³ Durante muitos anos, como se sabe, o direito penal era denominado direito criminal. Basta atentarmos à obra de Eduardo CORREIA e FIGUEIREDO DIAS, *Direito Criminal I e II* da Almedina de 1999.

⁴ E como demonstraremos infra, sem o auxílio da criminologia e da política criminal, nunca o direito penal conseguiria edificar a segurança, a paz e tranquilidade públicas.

⁵ Tal como muito bem nos ensina Figueiredo DIAS na sua obra *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

⁶ Referimo-nos à teoria do *Labeling approach* de BECKER constante da sua obra fundante da definição social do crime: *Outsiders*, New York, Free Press, 1997. Voltaremos a referi-la no ponto seguinte do presente trabalho.

comportam a *ciência global do direito penal* onde, como se sabe, a criminologia tem assento e quanto a nós com alto destaque. Para justificar esta nossa afirmação apresentaremos o segundo ponto deste nosso trabalho, demonstrando, cremos, a fulcral importância da criminologia no direito penal⁷.

3. A importância da criminologia no direito penal

A criminologia é uma ciência essencial para a compreensão e definição social do crime. De tal modo essencial que sem os seus contributos o direito penal não conseguiria atuar de forma profícua, ou até, atrevemo-nos, não conseguiria evoluir.

A criminologia estuda o crime enquanto fenómeno individual e social, no fundo a razão de ser da sua existência⁸. Qual a origem do crime? É a pergunta que a criminologia tenta responder, baseando-se na observação e na interdisciplinaridade⁹.

Com a preocupação de não nos desviarmos o foco do presente trabalho, iremos fazer uma pequena referência à evolução da criminologia. Consideramos ser essencial esta breve análise pois, demonstrará a evolução da criminologia enquanto ciência autónoma e fundamental, mas também revelará a sucessiva e progressiva união entre esta e o direito penal. Começando por ser auxiliar ao seu funcionamento e terminando por ser uma da sua maior crítica.

Podemos determinar serem três as grandes divisões na evolução da criminologia: 1) a criminologia clássica; 2) a criminologia positivista e por fim 3) a criminologia crítica ou nova criminologia.

⁷ Não se pode descurar a política criminal como uma das ciências integrantes da referida ciência global do direito penal. A expressão *Política Criminal* é atribuída a Feuerbach e foi, durante muito tempo sinónimo de teoria prática do sistema penal significando: “o único dos procedimentos repressivos pelo qual o Estado reage contra o crime”. Mireille DELMAS-MARTY, *Les Grands Systèmes de Politique Criminal*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997, p. 13. Hoje podemos concebê-la como uma ciência de observação ou estratégica metódica da reação “anti-criminal”, assim podemos dizer que política criminal compreende o único processo pelo qual a comunidade organiza as respostas ao fenómeno criminal.

⁸ Estuda os seus agentes, a sociedade, o facto delitivo, o sistema penal e a vítima.

⁹ Este método empírico e interdisciplinar, permite determinar estratégias para o controlo e prevenção do crime, sendo assim de enorme importância em sede de política criminal. Os estudos da criminologia são essenciais na determinação de medidas que evitam o crime tendo demonstrado serem muito prometedores e eficazes os seus ensinamentos.

Os antecedentes da criminologia começam em Platão¹⁰ e Aristóteles¹¹. Pensadores que assentam as suas ideias no sentido de que a lei deve servir para prevenir e não para punir, emergindo a Ética como uma ciência prática que cumpre investigar e definir o que é justo e injusto, o que é ser temerário e o que é ser corajoso, o que é ser bondoso e o que é ser jactante, entre muitas outras virtudes e defeitos. Foi Aristóteles quem determinou a existência de Leis não escritas, universais e não derogáveis do direito penal.

Surgem de seguida as doutrinas de Santo Agostinho¹² onde aborda as origens do bem e do mal, do pecado e da culpa, da lei e das penas e a sua necessidade. Posteriormente São Tomás de Aquino¹³ determina alguns dogmas que ainda hoje informam o sistema de justiça em geral e da justiça penal em especial: dar a cada um, o que é seu por direito, ou seja, vontade perpétua e constante de dar a cada um, o que lhe pertence. De onde se retira que a igualdade é uma relação entre pessoas e não entre pessoas e as coisas.

Já após o renascimento onde o Humanismo é o principal valor a ser defendido e o uso da razão individual é o método de ensino utilizado, surge Machiavel¹⁴ determinando o papel do Estado. Estabelece o conceito de Estado tal como hoje o conhecemos, defendendo uma ideia de centralismo e não de absolutismo.

Thomas More¹⁵ traz-nos a ilha do dever-ser, uma sociedade ideal, imaginária e fantástica, mas organizada racionalmente.

Mais tarde Thomas Hobbes¹⁶, com visões pessimistas sobre a natureza humana, conclui: “o Homem é o lobo do Homem”. É a primeira aproximação às teses do Contrato Social de Rousseau.

John Locke¹⁷ delinea a teoria política da sociedade civil baseada no direito natural e na teoria do contrato social.

¹⁰ Com os seus escritos: *As Leis*. 427 a.c.

¹¹ Com a sua obra: *Ética a Nicómaco*. 322 a.c.

¹² Com a sua obra: *A cidade de Deus*. 345-430.

¹³ Com a sua obra: *Suma Teológica* 1225-1274.

¹⁴ Com a sua obra: *O Príncipe*. 1513.

¹⁵ Com a sua obra: *A Utopia*. 1516.

¹⁶ Com a sua obra: *Leviathan*. 1651

¹⁷ Com a sua obra: *Ensaio acerca do entendimento humano*. 1690

Charles Montesquieu¹⁸ determina a separação dos poderes e a lei como instrumento fundamental. Surgindo assim as primeiras concepções do parlamentarismo e do primado da Lei.

Jean-Jacques Rousseau¹⁹ apresenta uma concepção otimista da natureza humana. “O Homem é bom a sociedade é que o corrompe”.

A criminologia clássica surge com a obra clássica e humanista de Cesar Beccaria²⁰, que traz o humanismo das penas e fundamenta a reação penal não num sentido puramente retribucionista, mas acima de tudo consciente da dignidade humana. Profundamente influenciado pelas teses do contrato social, Beccaria salienta que este seria gerador de uma solidariedade de todos os cidadãos em volta dos valores fundamentais, pois todos os Homens são igualmente livres e iguais perante do Direito Penal. A influência de Beccaria na forma de pensar o Direito Penal fez como que lhe fosse concedido o título de fundador da Escola Clássica da Criminologia²¹, todavia a criminologia como ciência, como referiremos infra, surge posteriormente. Como referem Figueiredo Dias e Costa Andrade: “A escola clássica caracteriza-se por ter projectado sobre o problema do crime ideais filosóficos e o ethos político do humanismo racionalista”²².

Com a revolução liberal francesa que despoleta a criação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que assenta e determinou como valores imutáveis o direito natural e das gentes contra o absolutismo/centralismos e contra a monarquia, cessa a criminologia clássica e surge a criminologia positivista e é elevada assim ao grau de ciência. Todavia, se bem atentarmos a todos os autores e suas obras suprarreferidas, a criminologia sempre foi uma ciência fundante e orientadora na legitimidade do poder punitivo do estado através do direito penal e, conseqüentemente, do direito dos seus cidadãos. Toda a ciência penal é vista como instrumento de prevenção dos abusos por

¹⁸ Com a sua obra: *O Espírito das Leis*. 1748

¹⁹ Com a sua obra: *O contrato social*. 1762.

²⁰ Com a sua obra: *Dos delitos e das penas*. 1764.

²¹ Como refere João Tiago Gouveia: “pode-se já falar numa Escola Clássica da Criminologia, precisamente por força da existência de um método e um objeto que é em todo o caso do próprio domínio e interesse da criminologia”. João Tiago GOUVEIA, “A escola clássica de criminologia”, in AAVV, *Lusíada. Direito*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2016, p. 59.

²² Jorge Figueiredo DIAS & Manuel da Costa ANDRADE, *Criminologia. O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, 2ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 7.

parte das autoridades; o crime é visto como uma entidade de direito e não de facto.

A criminologia positivista inicia-se com a publicação da obra de Cesare Lombroso²³, que pelo uso de um método científico da determinação da origem do crime eleva a criminologia à qualidade de ciência. Com a escola positivista italiana.

Na criminologia positivista os seus autores vêem o Homem como um ser condicionado interna e externamente, ou seja, a razão da prática do crime surge por força de fatores endógenos e exógenos ao agente. Surgem assim as teses antropológicas da criminologia, que determinavam que os criminosos eram detetáveis à vista desarmada. Esta nova forma de ver o criminoso levou também à alteração quanto aos fins das penas, a prevenção geral é substituída pela ideia de prevenção especial; é necessário tratar o criminoso pois as suas deficiências tornam-no num doente carente de tratamento.

No entanto dentro da escola positivista italiana, os enfoques de cada um dos autores no estudo do seu objeto era diferente. Lombroso²⁴ tem uma visão profundamente antropológica do crime e das suas origens, já Garofalo²⁵ pretende valorizar os traços psíquicos a partir a constatação de que nos diversos códigos penais que estudara e comparara os crimes não são sempre os mesmos ou então, o mesmo crime, não é merecedor do mesmo juízo de gravidade em todos eles.

Ainda no âmbito da criminologia positivista surge, no século XIX a Escola Franco-Belga ou sociologia criminal. Nesta escola o paradigma altera-se, já são os fatores exógenos ao criminoso que o levam a praticar os crimes. Serão fatores essencialmente sociais, como a miséria, o ambiente familiar, o ambiente moral, a educação das pessoas, que originam a prática de crimes. A justificação do crime é realizada por esta escola através da identificação de classes trabalhadoras e classes perigosas.

²³ Com a sua obra: *L'Uomo Delinquente*, 1876.

²⁴ Não se podendo também descurar a obra de Camper como membro da escola positivista italiana, determinando que são os fatores endógenos que estão na origem do crime, através da teoria do ângulo facial de Camper.

²⁵ Com a sua obra: *Criminologia*, 1885.

Surgem vários autores desta escola que rompem com o pensamento positivista, pois recusam-se a admitir que o crime seja um fenómeno individual e físico.

Lacassagne traz-nos a sua frase célebre: “Cada sociedade tem os criminosos que merece”²⁶.

Posteriormente Gabriel Tarde²⁷ criou as apelidadas *Leis da Imitação*. Tarde entendia que as pessoas entram em círculos de criminalidade e em atividades criminosas pois querem imitar aqueles que admiram.

Émile Durkheim²⁸ cria a *Teoria da Anomia* ou da indiferença pelas normas jurídicas, a qual nos diz que as pessoas sujeitas a uma divisão forçada do trabalho, desenvolvem e potencializam o seu isolamento e alienação originando, conseqüentemente uma indiferença pelas normas.

Estas posições destes autores acabaram por ser reprimidas anos mais tarde pela chamada criminologia americana. A construção de Sutherland dos crimes de colarinho branco e a teoria da associação diferencial foi inspirada pelas construções de Tarde e Durkheim.

A criminologia socialista, fortemente inspirada nas obras de Marx e Engels surge nos finais do século XIX como grandes opositores das escolas positivistas e do meio ambiente, pois esta criminologia pretende proteger a classe dos proletariados contra a burguesia instalada. Assim, principalmente para Engels²⁹ o crime é o resultado da revolta individual do proletariado barbaramente explorado; ao lado do crescimento de um movimento operário organizado. E esta situação não seria resolvida pelo Direito Penal, pois este não passava de uma estrutura elaborada e aplicada como um dos instrumentos do poder, da burguesia, como forma de dominar o proletariado e de manter o *status quo* existente.

Um outro autor Bonger³⁰ faz passar as razões dos crimes pelos sentimentos individuais do egoísmo despertados no sistema capitalista, o que numa análise socialista-marxista do crime não se enquadra na perfeição,

²⁶ Frase proferida em 1885 no primeiro congresso de antropologia criminal.

²⁷ Com a sua obra: *Les lois de l'imitation*, 1885.

²⁸ Com a sua obra: *Da divisão do trabalho social*, 1884.

²⁹ Com a sua obra: *A situação da classe operária em Inglaterra*, 1845.

³⁰ Com a sua obra: *Criminalidade e Condições Económicas*, 1916.

uma vez que, não respeita o ponto de vista do materialismo dialético que caracteriza esta corrente de pensamento. As teorias de Bonger são de novo retratadas no século XX por Alessandro Baratta uma das principais vozes da criminologia crítica³¹.

Na escola sociológica criminal norte-americana, o objeto da criminologia alterou-se um pouco. Se até então a criminologia estudava o crime em sentido restrito, ou seja, num sentido positivo-legalista, agora passa a ser visto e analisado como um *comportamento desviante*. Esta escola propõe-se explicar porque é que as pessoas, ou determinadas pessoas, têm comportamentos que vão contra o sistema, seja ele o sistema jurídico, o sistema de regras sociais ou outros, ou seja, qual a razão dos comportamentos que se desviam das regras.

Surgem assim várias escolas da *deviance*: a Escola de Chicago³²; o conflito de culturas de Selling – segundo este autor o crime essencialmente existe nas grandes cidades e tinha como fonte os conflitos derivados das diferentes culturas, entre nomeadamente os italianos e os irlandeses e ingleses –; a subcultura delinquente – que determinava a existência de um subsistema delinquente a substituir-se ao sistema geral, associado aos problemas da delinquência juvenil; A teoria da associação diferencial de Sutherland – conforme já referimos seguindo os ensinamentos de Tarde, determina o autor que quem segue a carreira criminoso não o faz porque algo de inato o impele a isso, mas porque o aprendeu de outrem, de outrem que admira e que o fascina e com quem se quer identificar imitando os seus comportamentos –; e a teoria da anomia de Merton – onde a inversão de valores criados pelos *mass media*, que impulsiona à criação de necessidades não essenciais e face à impossibilidade de as satisfazer por razões económicas faz com que as pessoas se coloquem numa situação de indiferença em relação às normas e aos valores gerais; esses valores são substituídos por outros que agora obedecem.

E assim estão criadas as condições para a criação de uma nova criminologia: o *labeling approach* ou a perspetiva interacionista.

³¹ Alessandro BARATTA, *Criminologia critica y critica del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 1986.

³² Estamos nos anos 20 a 30 do século XX, onde os EUA atravessavam a maior crise económica do século, originada pela superprodução industrial que levou ao encerramento de fábricas e lançou no desemprego milhares de pessoas e, ao mesmo tempo, chegavam vagas de imigrantes que originavam os ghettos, com a frustração da não concretização do *american dream*.

Segundo esta nova vertente da criminologia determinado comportamento só é crime a partir do momento em que determinado grupo social o considera como tal e lhe consegue colocar esse *rótulo*. A *deviance* não é uma qualidade ou uma característica do ato que a pessoa comete, mas antes a consequência da aplicação por outros de normas e sanções a um agressor.

O principal autor desta perspectiva interacionista é Becker³³, o qual nos dá conta de dois processos de criminalização: um primário composto pelas normas incriminadores em vigor; e um secundário que se prende com o funcionamento das instâncias formais e informais de controlo.

A partir daqui a criminologia passou a ter uma nova postura e estatuto face ao direito penal. Deixa de ser uma ciência auxiliar da dogmática penal e passa a uma ciência crítica pois, deixa de ver o direito penal como algo adquirido, mas reflete sobre ele e sobre o acertado ou a justiça das escolhas dos comportamentos a tipificar como crime. Surgindo assim a criminologia crítica.

A criminologia crítica aponta a sua crítica aos dois níveis de criminalização: o primário – onde se critica a criminalização de certos comportamentos por força das desigualdades sociais e efeitos criminógenos e defende a criminalização de outros –; e o secundário – onde o objeto do estudo centra-se nas instâncias formais de controlo, em especial as formas como reagem, catalogam ou estigmatizam as pessoais, mas é também estendido às instâncias informais de controlo, como a família, a vizinhança ou até a própria comunicação social.

Com a análise do comportamento desviante secundário surge a principal voz de Tannenbaum, segundo o qual pessoa tem tendência para se transformar naquilo que lhe dizem que ela é. O criminoso é “fabricado” pelas instâncias formais ou informais de controlo, como referem Figueiredo Dias e Costa Andrade: “o estereótipo surge simultaneamente como mecanismo de seleção e reprodução”³⁴.

³³ Com a sua obra: *Os outsiders*. 1997.

³⁴ Jorge Figueiredo DIAS & Manuel da Costa ANDRADE, *Criminologia. O Homem Delinquente...*, op. cit., p. 389.

A criminologia crítica ou radical: “é, em grande parte, uma criminóloga da criminologia, principalmente a discussão e análise de dois temas: a definição do objeto e do papel da investigação criminológicas”³⁵.

Esta nova criminologia tem várias vertentes desde o abolicionismo, negação total do direito penal, pelos pensamentos de Hulsman³⁶ ou Nils Christie³⁷ até uma posição mais moderada, fazendo nascer outras formas de resolução do conflito penal como a justiça restaurativa, no pensamento de Cláudia Santos³⁸.

Com todo este percurso da história da criminologia consegue-se demonstrar a imprescindibilidade desta ciência no direito penal: desde a etiologia do crime, respeitando -o como dogma, à descrição do mesmo pela letra da lei penal, até se tornar a sua maior crítica determinando por isso novas formas de reação que excluem o âmbito de aplicação do direito penal.

Sem a criminologia como ciência auxiliar e como crítica à dogmática penal, o direito penal sairia muito pobre e seria completamente indiferente aos seus destinatários.

A legitimidade de certas incriminações; as finalidades das penas; a criação de um novo tipo de criminalidade; as novas exigências de prevenção e repressão das novas formas de criminalidade; a constatação da existência de uma total mutação no que concerne à nova sociedade que leva a novas e diferentes incriminações; as novas formas de resolução do conflito penal são, entre muitos outros, contributos da criminologia no direito penal. Contributos essenciais ao funcionamento de um direito penal equitativo e conducente com as exigências comunitárias.

A criminologia não é uma ciência meramente auxiliar do direito penal, mas informadora e formadora do mesmo.

A criminologia é essencial ao direito penal, mas este tem também uma enorme importância naquela, é o que nos propomos demonstrar no ponto três do presente trabalho.

³⁵ Jorge Figueiredo DIAS & Manuel da Costa ANDRADE, *Criminologia. O Homem Delincente...*, op. cit., p. 59.

³⁶ Com a sua obra: *Crime, Law and social change*, 1986.

³⁷ Com a sua obra: *A indústria do controle do crime*, 1998.

³⁸ Cf. Cláudia Cruz SANTOS, *A Justiça Restaurativa. Um Modelo de Reação ao Crime Diferente da Justiça Penal. Porquê, Para Qué e Como?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

4. A importância do direito penal na criminologia

Expostas as relações profundas e funcionais entre a criminologia e o direito penal, impõe-se neste momento que demonstremos a importância que o direito penal assume na criminologia.

Importância não será a expressão correta, mas antes a essencialidade pois, sem direito penal, no sentido de incriminação de *comportamentos desviantes*, a criminologia não teria objeto de estudo.

Conforme referimos supra o conceito de crime têm várias aceções, mas foi o seu conceito positivo-legalista que durante muito tempo serviu de objeto de estudo da criminologia. Assim, só após a valoração pelo direito penal como comportamento que merecesse essa mesma dignidade poderia iniciar-se o estudo da criminologia. O conceito formal de crime seria o foco de análise da criminologia, principalmente no que concerne às reações penais que lhe seriam aplicáveis. Analisando os fins das penas, numa vertente endógena e exógena da prática do crime, a criminologia auxilia a funcionalidade do direito penal.

A análise histórica da criminologia também reflete a relevância do direito penal, especialmente da dogmática penal pois, desde a criminologia clássica à criminologia positivista todos os criminólogos se preocupam em determinar as razões de ser da prática dos crimes conforme resultam do texto legal.

A partir das escolas do *deviance* o crime passou a ser analisado também por força do seu efeito social. “O problema criminológico deslocou a sua tônica do paradigma etiológico para a polaridade criminalização/descriminalização. Esta deslocação obrigou a uma mudança de plano de referência: em vez da procura do ‘objetivo’ e do ‘universal’, passaram a privilegiar-se categorias como as de ‘danosidade social’ e ‘violação dos direitos humanos’, e a definir-se o crime em conformidade com elas”³⁹.

Por força desta mudança de foco da criminologia, passou o direito penal a ter também outra importância na referida ciência. Como a preocupação deixou de se reduzir ao conceito típico de crime, as outras áreas de atuação do direito penal em sentido amplo passaram a influenciar os estudos da criminologia.

³⁹ Jorge Figueiredo DIAS & Manuel da Costa ANDRADE, *Criminologia. O Homem Delinquente...*, op. cit., pp. 64-65.

Referimo-nos em especial ao direito processual penal e direito processual penal probatório. A forma como se investiga e se julga os crimes são também objeto dos estudos da criminologia.

Não é uma conclusão tão simples como aquela que resulta do estudo dos crimes que determinam uma pluralidade na sua conceptualização pois, as regras adjetivas do direito penal, são como todas as outras regras adjetivas que determinam o funcionamento do direito substantivo pelos tribunais. A partir do *labeling approach*, passou-se a importar à criminologia a forma como as instâncias formais de controlo funcionavam, sendo esta funcionalidade também uma fonte do comportamento desviante. “Ao problematizar [não] o que o homem faz e porque o faz, mas *o modo como a sociedade responde ao crime e porque o faz*, o interacionismo converteu definitivamente o estudo das instâncias de controlo em objeto da criminologia”⁴⁰.

Logo, o papel do Ministério Público como titular da ação penal na investigação dos crimes, coadjuvado pelos órgãos de polícia criminal; o crivo do Juiz de Instrução Criminal como garante dos direitos fundamentais; os poderes de cognição e apreciação da prova pelo Juiz de Julgamento; e por fim a forma como o Tribunal de Execução das Penas concretiza as penas e as medidas privativas da liberdade, passaram ser campos de atuação da criminologia.

A criminologia crítica, numa vertente mais moderada ou radical, aponta o seu estudo, principalmente para estas duas grandes áreas de atuação: o direito processual penal e probatório.

Hoje, atrevemo-nos a afirmar, que são acima de tudo estas formas de direito penal que estão no foco da análise estudos criminológicos. A sociedade do risco de Ulrich Beck, apesar de ser uma obra sociológica – que também é revelador da multidisciplinidade umbilical da ciência global do direito penal – determinou uma nova forma de ver e pensar a sociedade e, conseqüentemente, a criminalidade e as formas de a prevenir ou combater. Conforme refere o autor: “A sociedade moderna tornou-se uma sociedade de

⁴⁰ Jorge Figueiredo DIAS & Manuel da Costa ANDRADE, *Criminologia. O Homem Delinquente...*, op. cit., p 365.

risco na medida em que se ocupa cada vez mais em debater, prevenir e gerir os riscos que ela mesma produziu⁴¹.

A sociedade do risco traz ainda uma outra consequência: uma nova compreensão do lugar do Homem numa nova sociedade em que os novos riscos que dela decorrem são por si originados. Enfrentar as novas formas e expressões do crime organizado não se basta com a incriminação de novas condutas e a recorrente aprovação legislativa de novas ferramentas de investigação, esta carece de ser pensada e planeada desde o seu início quando em causa está a tentativa de recolha de prova das novas formas de criminalidade.

É premente dotar a investigação de novos meios, ou novas estratégias para investigar as novas formas de criminalidade ou as novas formas da prática da criminalidade e é esta atuação penal no combate a esta criminalidade que determina um novo estudo da criminologia.

Não se pode descurar que foi a atuação da lei processual penal, ou a falta dela, que suscitou diversos estudos da criminologia em especial na vitimologia⁴², que hoje se tem erigido a ciência autónoma. Ou seja, o tratamento processual, ou falta dele que é dado pela lei penal à vítima do crime é analisado e criticado pela vitimologia⁴³. A relação tripartida do direito penal, como sendo uma das conceções de base do direito penal, cabe também ao objeto de estudo da vitimologia, com especial enfoque, como é evidente, na vítima⁴⁴.

Já também a criminologia crítica, na vertente mais moderada ou minimalista da justiça restaurativa, demonstrava a inversão de papéis principais passando a vítima a ter esse assento em detrimento do arguido. Mas, só com os estudos da lei penal e processual penal, poderá a criminologia e a vitimologia ter um suporte, ou até, atrevemo-nos, um objeto de estudo. Demonstrando-se, desta feita, assim a importância do direito penal no âmbito da criminologia. Como refere Cláudia Santos: “ao assumir como finalidade a oferta de uma

⁴¹ Ulrich BECK, *Sociedade de Risco Mundial: Em Busca da Segurança Perdida*, Mariana Toldy e Teresa Toldy (trads.), Lisboa, Edições 70, 1992, p. 330.

⁴² O termo “vitimologia” foi criado por Benjamin Mendelsohn, em 1945.

⁴³ Sobre as novas formas de pensamento da vitimologia vide por todos BURGESS, REGEHR & ROBERTS, *Victimology: Theories and applications*, Massachusettes, Jones and Bartlett Publisher, 2012.

⁴⁴ Neste âmbito importa fazer uma referência à Lei nº 130/2015, de 4 de Setembro, que importou a vigésima terceira alteração ao código de processo penal, entre outras alterações procedeu ao aditamento do artigo 67º-A do CPP, estabelecendo o seu conceito – que se alarga aos seus familiares no caso da sua morte por força da prática de um crime – e determina a atribuição de direitos processuais, nomeadamente o direito de participação ativa no processo penal.

possibilidade de pacificação individual e relacional alicerçada nessa ideia de reconciliação, que retrai a intervenção punitiva do Estado, a proposta restaurativa guiar-se-á ainda por desidrato de justiça⁴⁵. Ou ainda Mário Monte, reforçando o caráter excepcional das penas: “Não tanto como via alternativa, mas como via complementar. Via esta, contudo, que, se atentarmos bem, não deixa de questionar os limites da intervenção jurídico-penal e a relevância do princípio da subsidiariedade pena⁴⁶.”

Em bom rigor não se poderá determinar com exatidão quem vai buscar o objeto de estudo a quem pois, se a criminologia analisa as ferramentas de investigação que são usadas pelo direito penal para prevenir e combater a criminalidade, também o direito penal vai buscar os ensinamentos da criminologia no sentido de determinar a sua eficácia e satisfação comunitárias. Mais uma vez se refere a ligação umbilical e até cíclica destas duas ciências, que torna muito mais difícil determinar onde começa uma e termina a outra. Inclusivamente, há sempre um conceito que as une e reforça que é o respeito pela dignidade humana.

É com as regras de recolha, produção e valoração de provas que mais cuidado deve ter o direito penal, em sentido amplo, no respeito pelo conceito imanente a todas as pessoas, pois é com aquelas regras que os direitos humanos – que concretizam o conceito de dignidade humana – são efetivamente restringidos, mesmo antes de um juízo definitivo de culpa. E essa é também uma das preocupações da nova criminologia: saber, demonstrar, retirar de elementos até estatísticos, se efetivamente o direito constitucional aplicado, o tem sido de forma conforme à dignidade da pessoa humana.

A determinação da diferença da *law in books* da *law in action*, são o resultado da influência da atuação das instâncias formais de controlo, através do direito penal em sentido amplo, nos estudos da criminologia. As *cifras negras*, o *efeito-de-funil*, o *enforcement* ou *empowerment*, são resultados de estudos criminológicos que assentam, principalmente nas regras adjetivas de atuação do direito penal.

⁴⁵ Cláudia Cruz SANTOS, *A Justiça Restaurativa...*, op. cit., p. 293.

⁴⁶ Mário MONTE, “Multiculturalismo e tutela penal: uma proposta de justiça restaurativa”, in Pedro Caeiro, Teresa Belega & Frederico Lacerda Pinto (coords.), *Multiculturalismo e Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 103.

Torna-se, face ao exposto, impossível realizar qualquer estudo no âmbito da nova ou moderna criminologia, sem estudar as formas de atuação dos Estados na repressão, prevenção e combate da criminalidade, isto é, sem o conhecimento das regras adjetivas de e natureza probatória do direito penal.

Conforme refere Silvia Larizza, em relação ao reforço de aplicação da mediação penal, como forma de diminuição do estigma penal, ou dos efeitos criminógenos do direito processual penal: “La mediazione penale, difatti, tende a superare la dicotomizzazione reo/vittima e ad incentivare una responsabilità ‘attiva’ in entrambe le parti coinvolte nell’evento reato, orientadole verso una risoluzione del conflitto e, soprattutto, verso l’adozione di modalità di realazione *oltre* il conflitto”⁴⁷.

Por fim não se pode ainda descurar a execução das penas como outra forma de atuação da lei penal que influencia e informa, e de sobremaneira, os estudos da criminologia.

A legislação relativa à execução das penas e medidas privativas da liberdade, tem sido objeto de um amplo estudo pela criminologia. Aliás como já referimos antes, existem inclusive correntes que defendem o abolicionismo total da atuação penal e, conseqüentemente das penas.

Como se sabe existem inúmeros estudo que denotam o efeito criminógeno da prisão. Determinando que são verdadeiras “escolas do crime”, onde a ressocialização é uma verdadeira utopia demonstrando a falência da atuação penal através desta forma de reação⁴⁸.

Por outro lado, apesar das múltiplas críticas que opõe ao sistema penitenciário considera-se essencial na pacificação com especial atenção à ressocialização. Reforçando o direito à ressocialização pelo delinquente como um dos fins das penas escreve André Lamas Leite: “Pode e deve o condenado

⁴⁷ Silvia LARIZZA, “Cave a signatis: ovvero sulla stigmatizzazione penale”, in Costa Andrade, Maria João Antunes & Susana Aires de Sousa (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 1313.

⁴⁸ Sem descurarmos as medidas de coação, em especial o regime de permanência na habitação e a prisão preventiva que se aplicam na vigência da presunção de inocência. Também aqui, como se sabe, a regra é a liberdade e a legitimidade da sua privação terá de resultar do cumprimento rigoroso dos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade, em face das exigências cautelares em presença. Como refere Germano Marques de Silva: “As medidas de coação constituem restrições excepcionais ao princípio geral da liberdade e é este princípio que em caso de divergência entre o Ministério Público e o Juiz deve prevalecer. O Juiz é o principal garante da liberdade do cidadão e tendo em conta que o que ocorre é uma divergência entre o Ministério Público e o Juiz sobre a necessidade da medida”. Germano Marques da SILVA, “Um novo olhar sobre o projecto e o acordo político para a revisão do código de processo penal”, *Revista Julgar*, nº 1, 2007, p. 146.

reclamar do Estado a criação de condições favoráveis a que a pena de prisão ofereça os mecanismos adequados à ressocialização, de tal modo que, inexistindo estes por via legislativa, se verifique uma verdadeira inconstitucionalidade por omissão”⁴⁹.

E salienta Anabela Miranda Rodrigues: “Com efeito, é hoje reconhecidamente aceite que um tratamento forçado é um tratamento fracassado”⁵⁰. Logo a reação penal ao crime é analisada como um direito que ao arguido assiste e que ao Estado se impõe a criação de condições para, efetivamente, permitir a sua recuperação. Trazer para a execução das penas o poder coativo ou imposto do poder do Estado característico da intervenção penal é o aniquilar de tudo aquilo que se pretende proteger: a dignidade humana.

Face ao exposto, é notória a essencialidade do direito penal nos estudos da criminologia. Desde a teoria da infração penal, à teoria da lei penal, ao direito processual penal e direito probatório em processo penal e por fim na execução das reações penais, especialmente as privativas da liberdade. Muito mais correntes e posições doutrinárias poderiam ser referenciadas, o que também é relevador da importância e atualidade destas temáticas e da sua necessária correlação.

5. As exigências do ensino do “novo” direito penal

O direito em geral está constantemente a ser posto à prova pela evolução social e do Homem. E o direito penal não é uma exceção. Muito pelo contrário. A atração que este instrumento punitivo do Estado comporta leva a que seja utilizado, muitas vezes erradamente, na frente de combate. Por outro lado, a este direito penal novos desafios lhe são colocados e que este deverá saber enfrentar.

Referimo-nos em especial ao novo paradigma social que a sociedade global e sem fronteiras trouxe e à evolução tecnológica e informacional que

⁴⁹ André Lamas LEITE “Execução da pena privativa de liberdade e ressocialização em Portugal: Linhas de um esboço”, *Revista de Criminologia e Ciências penitenciárias*, vol. I, nº 1, 2011, p. 12.

⁵⁰ Anabela Miranda RODRIGUES, *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização; Jurisdicionalização; Consensualismo e prisão; Projecto de proposta de lei de execução das penas e medidas privativas de liberdade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 175.

dela também decorre, a já referida sociedade do risco. Este pano de fundo social, tecnológico e civilizacional determina uma viragem no direito penal, inclusive na sua axiologia e, conseqüentemente, no seu ensino. Como refere Cândido Agra, numa visão um pouco determinista: “É o tempo próprio da queda das instituições, das sociedades, das civilizações”⁵¹.

Hoje, assiste-se à intervenção do direito em novas áreas, tal como o ambiente, a informática, o mercado de capitais. Estes novos âmbitos de intervenção levaram à proteção de bens jurídicos difusos, ou seja, bens jurídicos que não são facilmente apreensíveis pelos destinatários da norma penal. O primeiro nível da fragmentariedade do direito penal que traduz a escolha de valores comuns a sociedade, começa por proteger bens jurídicos de natureza supra-individual. Os bens jurídicos que ora se protegem, devido ao surgimento dos novos riscos, são tão universais que a sua designação é tão vaga que muitas vezes se torna difícil a sua concretização. Esta dificuldade de concretização deve-se ao facto de se tratar de bens jurídicos de natureza supra-individual ou coletivos, natureza distinta da generalidade dos bens jurídicos penais.

A finalidade do direito penal na proteção subsidiária de bens jurídicos impõe que esses bens jurídicos correspondam a interesses dos indivíduos. Porém, a referência *antropocêntrica* poderá ser mediata quando o interesse em causa diga respeito a interesses difusos da coletividade; mas, como o Homem é sua parte integrante, continua-se a proteger interesses dos indivíduos, só que numa dimensão coletiva. Tal como refere Figueiredo Dias: “a natureza colectiva dos bens jurídicos terá a sua referência antropocêntrica na possibilidade de gozo do Homem em relação a esses bens jurídicos, ou seja, este deve ser gozado por todos e ninguém pode ficar excluído desse gozo”⁵².

No âmbito dogmático resulta o acrescer da responsabilidade penal das pessoas coletivas que, por se tratar de ficções jurídicas, determinam uma verdadeira adaptação da infração penal e um acréscimo de direito penal extravagante ou secundário. Como refere Figueiredo Dias uma aparente *nova dogmática*⁵³.

⁵¹ Cândido AGRA, “Ciência do crime, crise e tempo trágico”, in José Manuel Neves Cruz (org.), *Infrações económicas e financeiras: Estudos de Criminologia e Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 7.

⁵² Jorge Figueiredo DIAS, *Temas básicos da Doutrina Penal, Sobre os fundamentos da doutrina penal Sobre a Doutrina Geral do Crime, O direito Penal na “Sociedade do Risco”*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 163.

⁵³ Jorge Figueiredo DIAS, “Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário”, *Revista de Direito e Justiça*, vol. IV, 1990.

Por força desse novo paradigma dogmático, surge uma maior incriminação de crimes de perigo abstrato, onde a proteção exclusiva de bens jurídicos e a intervenção mínima ficam em risco. Isto, resumidamente, do ponto de vista substantivo.

A nível adjetivo a criminalidade, como já se referiu, organizou-se, evoluiu e é plurilocalizada, desta forma os Estados não têm outra solução que não seja a união de esforços no seu combate. Importando uma harmonização de diplomas europeus e internacionais, onde não se pode deixar de se referir a instituição da Procuradoria Europeia.

O que revela que um dos novos desafios do direito penal é a harmonização legislativa, imposta ou recomendável, para todos os países da União Europeia, da Europa e a nível global. Pois, sem essa harmonização e união de esforços dificilmente se consegue fazer face a estas novas formas de criminalidade. Todavia inúmeras dificuldades se colocam neste âmbito por vários fatores, mas, principalmente, pelo facto dos diferentes países pertencerem a famílias jurídicas diferentes⁵⁴. O ensino do direito penal tem de atender, face ao exposto, a esta internacionalização e harmonização do direito penal, em sentido amplo. Hoje é indubitável que não estamos sós no direito e, não se pode ter a pretensão de pensar e investigar nesse sentido. O ensino é cada vez mais a partilha de conhecimento a nível internacional e com cariz multidisciplinar⁵⁵.

No combate e prevenção destas novas formas de criminalidade, comecem a surgir instrumentos que são próximos do direito penal e processual penal do inimigo de Gunter Jakobs⁵⁶ e desta forma, de imediato, se impõe o reforço das garantias dos cidadãos e prol, de novo, daquilo que nos distingue dos demais: a dignidade da condição da pessoa humana.

⁵⁴ Sobre as dificuldades de harmonização legislativa em especial no crime de branqueamento de capitais vide, em especial, Anabela Miranda RODRIGUES, “O sentido político-criminal da harmonização do crime de branqueamento no direito internacional penal e no direito penal da união europeia. Alguns problemas de configuração típica – os exemplos do direito português, da região administrativa especial de Macau e brasileira”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, vol. 25, nº 1 a 4, 2015.

⁵⁵ Não é aconselhável ou até imprudente fazer investigação em direito penal que não tenha suporte, por exemplo na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que determinam de forma muito premente as linhas interpretativas da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

⁵⁶ Cf. Gunter JAKOBS, *Derecho Penal Del Enemigo*, Manuel Cancio Meliá (trad.), Madrid, Thomson Civitas, 2003.

Novas exigências dogmáticas, novas exigências de prevenção, de investigação e repressão emergem como resposta às novas e evoluídas práticas criminosas que o ensino do direito penal tem necessariamente de abarcar.

Não se pode, desta feita, descurar o ensino do direito penal, em sentido amplo, da intervenção penal no âmbito da criminalidade informática, no direito penal fiscal em especial e económico em geral, no direito penal desportivo aliado à corrupção desportiva e das instituições, no direito penal do ambiente, nos crimes de terrorismo, ou de uma forma mais simples na criminalidade organizada⁵⁷. Não podendo, conseqüentemente, descurar, os instrumentos adjetivos de prevenção e repressão dessa mesma criminalidade, que muitas vezes impõe a alteração legislativa interna – tendente a uma harmonização –, mas outras correspondem a diplomas de carácter europeu ou internacional.

Face ao exposto, os novos desafios do direito penal, em sentido amplo, vão importar novas exigências no ensino do direito penal, onde a internacionalização, a cooperação e a harmonização têm uma posição de destaque. Deverá assim, em respeito pelas futuras profissões jurídicas o que ensino do direito penal, também, tende a formar, ter em consideração estas novas exigências programáticas, metodológicas e até pedagógicas. Como refere Fernanda Palma: “O resultado de um ensino argumentativo e pro problemas não consiste em comunicar soluções, mas em permitir a obtenção fundamentada das mesmas”⁵⁸.

6. A adaptação do ensino do direito penal na criminologia

Conforme se deu nota nos pontos anteriores do presente trabalho a relação entre o direito penal e a criminologia é indiscutível e essencial para a compreensão do fenómeno criminal.

Na criminologia o ensino do direito penal carece de algumas adaptações, pois enquanto no direito o ensino do direito penal deverá ser realizado

⁵⁷ Remetemos para o conceito catalogador da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, contudo cientes que não é um conceito esclarecedor e muito menos unísono na doutrina na determinação do que é a criminalidade organizada.

⁵⁸ Maria Fernanda PALMA, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 174.

com todas as exigências dogmáticas que os seus conceitos e fins determinam, na criminologia a pretensão é dotar os criminólogos de conhecimentos básicos do direito penal, com vista à formação de uma atitude crítica sobre a criminalidade.

Na criminologia, como já se deixou exposto antes, o estudo do crime é realizado em várias vertentes, não se reduzindo ao conceito formal ou típico de crime. Todavia, de forma a que a análise crítica do fenómeno da criminalidade seja profícua, é necessário que se conheça dogmática penal, quais os critérios legais que determinam a existência da responsabilidade criminal, bem como as regras adjetivas com vista à sua prevenção, repressão e condenação. Contudo, sem as mesmas exigências que se verificam no ensino do direito. Sejamos mais claros.

O direito penal comporta diversas unidades curriculares, mudando a terminologia nas diferentes faculdades de direito, comportando, essencialmente cinco conteúdos programáticos: 1) a teoria da lei penal, onde se trabalha, entre outras temáticas, o conceito de crime e de bem jurídico-penal, a finalidade das reações penais, as características da lei penal e a sua aplicação no tempo e no espaço; 2) a teoria da infração penal, que comporta o estudo bastante profundo da dogmática penal, nos pressupostos cumulativos da responsabilidade penal que assume, tendencialmente, o conceito de ação, tipicidade, ilicitude, culpa e punibilidade; 3) o direito processual penal, que comporta a lei penal adjetiva, onde se estudam, entre outras temáticas, os modelos de processo penal, os sujeitos processuais, os atos processuais, medidas de coação, a tramitação processual, e seus princípios informadores concretizadores do respeito pela lei fundamental, como direito constitucional aplicado que é; 4) o direito processual penal probatório, onde se estuda o essencial papel da prova, em especial as regras relativas à sua obtenção, produção e valoração; 5) e o direito penitenciário, onde se estudam as regras execução das penas e medidas privativas da liberdade.

Todas estas unidades curriculares carecem, no nosso entender, de constar no ensino da criminologia, contudo sempre com o foco que esta área científica comporta: uma análise reflexiva do crime, dos seus agentes, das suas vítimas, da reação comunitária, da atuação das instâncias formais de controlo e dos efeitos criminógenos que a execução da penal em ambiente prisional pode comportar. Assim, os referidos conteúdos programáticos do ensino do

direito penal em sentido amplo, carecem de se adaptar a esta ciência social que hoje não se limita a auxiliar esse mesmo direito, mas funciona como crivo da sua atuação e fundador de muitas das suas alterações.

A criminologia é uma ciência causal-explicativa, não é uma ciência jurídica. Não obstante esta diferença, consideramos que deve comportar os referidos conhecimentos jurídicos, não com o propósito típico do ensino do direito, com a transmissão de conhecimentos jurídicos e quadros mentais da legislação, doutrina e jurisprudência, mas com o propósito de, conhecendo a forma de atuação do direito penal, ser capaz de analisar o fenómeno criminal na sua globalidade, com especial atenção à forma como o direito penal atua e é valorado pela comunidade em geral.

Os conhecimentos das diversas unidades curriculares que o direito penal comporta, devem ser lecionadas em criminologia com especial foco no funcionamento das disposições legais, princípios informadores de natureza ordinária e constitucional, e não tanto, como se faz em direito, onde o ensino assenta em conceitos e esquemas mentais com raciocínios subsuntivos puros ou normativos, muito rigorosos. Assentando, primordialmente em exercícios do universal – as normas – para o empírico – os factos –. O ensino do direito penal, no direito, é caracterizado por ser muito dogmático e exigente, na criminologia esse ensino, sem se afastar desta mesma preocupação, deve ter especial atenção, a uma linha empírica e crítica desses mesmos dogmas e regras de funcionamento jurídico.

Não se pretende, de todo, transparecer a ideia de que a criminologia passa a ser a ciência “boa” que “controla” e critica a ciência “má” do direito penal. Não é essa a função da criminologia e muito menos a do direito penal. Apenas se considera que a criminologia deve comportar múltiplos conhecimentos de direito penal, mas com um outro foco: o ensino do direito penal na criminologia deve ser transmitido de modo a que se consiga formar uma consciência jurídica crítica através da qual se consiga idealizar novos caminhos da resolução do conflito penal, sem o necessário agarrar da lei, da jurisprudência e da doutrina que o direito, substancialmente, comporta.

Mais do que conhecer conceitos e regras jurídicas, na criminologia o ensino do direito penal deve ser realizado de forma consciente da multidisciplinariedade que aquela comporta. E não pode nunca o direito penal descurar os inegáveis contributos que a criminologia comporta em todas as suas áreas e vertentes de

atuação, devendo o seu ensino comportar, progressiva e sucessivamente mais conhecimentos da criminologia, que quanto a nós inevitavelmente se verifica. Pois só assim podemos afirmar que: “a filosofia penal transcende o nível de formalidade jurídica, para penetrar a dimensão onto-axiológica do justo”⁵⁹.

7. Conclusão

O ensino do direito penal é essencial para a formação de uma melhor e mais democrática cidadania. Apesar de ser caracterizado por privar, de modo grave, os direitos fundamentais do cidadão fá-lo com o propósito de proteger a própria comunidade dos seus membros, mas também do próprio poder do Estado. A expressão *se queres conhecer um povo, lê-lhe o seu código penal* é cabalmente demonstradora da importância do ensino do direito penal, pois são os seus estudantes que formam e formarão a comunidade que o irá utilizar. Contudo, a sua atuação e conhecimento carecem da criminologia.

Ciência empírica que começou por ser sua auxiliar, mas hoje os seus contributos são essenciais. A criminologia, sendo a sua maior crítica, permite o crescimento e evolução do direito penal. A criminologia é determinante no conceito, polissémico, de crime.

A *ciência global do direito penal* de Von Liszt, que começou por uma conceção triangular e hierarquizada das três ciências, hoje é vista de forma circular, onde o direito penal, a criminologia e a política criminal, se encontram em pé de igualdade, carecendo dos contributos e atuação uns dos outros, para poderem atuar de forma legítima e consentânea com as expectativas comunitárias.

Hoje, o direito penal vê-se a braços com novos desafios que levam ao limite os seus princípios e finalidades essenciais. A ‘nova’ sociedade aberta, evoluída e *inteligente* permite uma erudição do crime e a proliferação das suas consequências a nível universal. E a importância da criminologia aumenta.

A criminologia crítica, que hoje a caracteriza, impulsiona o direito penal para a construção de novos caminhos para a resolução das novas formas de criminalidade.

⁵⁹ Stamatios TZITZIS, *Filosofia Penal*, Mário Monte (trad.), Porto, Legis, 2000.

O ensino do direito penal na criminologia deve ter em conta que esta é uma das suas linhas orientadoras. Por sua vez, na criminologia o conhecimento do direito penal é essencial para formar o seu objeto de estudo. Todavia atendendo ao empirismo que caracteriza a criminologia, o ensino do direito penal deve ser realizado de modo a que se consiga formar uma consciência jurídica crítica, transmitindo-se os quadros e regime jurídicos do direito penal, com o propósito de dotar o estudante de criminologia de ferramentas necessárias para que possa criticar ou elogiar o funcionamento do direito penal no mundo ontológico.

O ensino do direito penal é uma das mais apaixonantes e enriquecedoras tarefas do professor e do estudante. Na criminologia essa paixão é levada ao limite. Com a criminologia os dogmas, as regras e as consequências que caracterizam o direito penal são postos à prova. O cientista no *laboratório* da criminologia, tem no seu *tubo de ensaio* o direito penal, podendo descobrir a *cura* para algumas das suas *patologias*, prevenir o seu enfraquecimento e reforçar a sua democrática e legítima de atuação.

A DISCRIMINAÇÃO COMO
LEITMOTIV NAS DECISÕES DE
RETIRADA DO AMBIENTE FAMILIAR
POR INSUFICIÊNCIA ECONÓMICA
UMA ANÁLISE À LUZ DA
JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO
TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS
HUMANOS CONTRA O ESTADO
PORTUGUÊS

Ana Rodrigues*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.3>

0. Nota prévia

O tema escolhido para este texto surgiu em conversa(s) com a Professora Doutora Benedita Mac Crorie, querida Colega, Professora, Regente e Amiga, por altura da prolação da última decisão que aqui se analisa, sobre o estado da arte nacional em matéria de direitos da criança. Trocámos impressões e eu acabei por a invectivar a escrever sobre esta perspectiva para um artigo que

* Escola de Direito da Universidade do Minho; Centro de Investigação em Justiça e Governação da Universidade do Minho (arodrigues@direito.uminho.pt).

tinha na calha. Como de costume, de lá veio uma palavra de agradecimento, primeiro, e de incentivo, depois. Que estava hesitante entre dois ou três temas, mas que eu não deixasse cair este, se outro fosse o escolhido por ela. A Benedita, infelizmente, já não foi a tempo de escrever esse artigo. Aqui o escrevo eu, em jeito de singela e sentida homenagem, à amizade generosa e ao exemplo académico e pessoal. Foi ela, afinal, quem primeiro me franqueou a entrada neste mundo do Conselho da Europa, num já longínquo Mestrado, e sem ela talvez estas linhas nunca se tivessem escrito.

1. Introdução

Nos últimos anos, o Estado português tem vindo a ser condenado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) por violação do direito à protecção da vida familiar, concretamente pela tomada de medidas de promoção e protecção que se consubstanciaram em retiradas de crianças a famílias em situação de insuficiência económica¹, e em que esta foi preponderante para a tomada de decisão.

Neste quadro, importa tentar perceber se às autoridades nacionais nestes casos se pode imputar uma actuação discriminatória, e – em caso afirmativo – por que não foi o TEDH mais explícito nessa avaliação. Ao contrário de qualquer direito da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), que pode ser invocado de forma autónoma, a proibição de discriminação é invocável apenas por referência a um daqueles direitos. A justiciabilidade de uma diferenciação de tratamento fica assim, na prática, muitas vezes reduzida à verificação da violação do direito substantivo em causa, optando o TEDH por não apreciar simultaneamente a violação da proibição de discriminação. Mas não só tem mandato normativo para o fazer, como muitas vezes, em casos com contornos diferentes, o faz.

Assim, começaremos por enquadrar a questão, convocando, numa perspectiva multinível, algumas das normas aplicáveis, que demandam uma

¹ É esta a expressão que nos parece reflectir de forma mais fiel e rigorosa o problema que pretendemos discutir neste texto, sem prejuízo de nos referirmos também, ocasionalmente, a pobreza, a condição social ou a condição sócio-económica.

interpretação e aplicação conjugada. Analisaremos também os principais traços da jurisprudência do TEDH em matéria de retiradas do ambiente familiar, incidindo particularmente sobre as três condenações mais recentes a Portugal neste contexto. Em seguida, discutiremos a relação de causa-efeito entre a vulnerabilidade decorrente da insuficiência económica e os impactos no direito à protecção da vida familiar, bem como se e em que medida esses impactos podem ser encarados como discriminatórios. Enunciado o problema, concluiremos com algumas pistas para aprofundamento desta reflexão.

2. Enquadramento

2.1. O artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança

A Convenção sobre os Direitos da Criança² (CDC), que consiste no parâmetro universalmente aplicável aos direitos da criança e à sua protecção, e que se aplica, com carácter vinculativo, a qualquer criança, é o instrumento internacional de direitos humanos mais amplamente ratificado.

Tem como um dos quatro princípios basilares o princípio do superior interesse da criança³, a par do princípio da não-discriminação, do direito à vida, sobrevivência e desenvolvimento, e do princípio da participação e respeito pelas opiniões da criança. Concretamente, o parágrafo 1 do artigo 3º da Convenção confere à criança o direito de ter o seu interesse superior avaliado e tido em conta de forma primacial em todas as acções ou decisões que lhe digam respeito, tanto na esfera pública como privada, referindo-se também a Convenção ao interesse superior da criança em diversos outros artigos.

O Comité dos Direitos da Criança das Nações Unidas, na sua veste de órgão interpretativo da Convenção⁴, interpreta, no Comentário Geral

² Adoptada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989.

³ Retomamos neste ponto algumas considerações feitas no nosso “O superior interesse da criança migrante e a parametrização da acção do Estado na gestão das migrações”, in Anabela Costa Leão *et al.* (coords.), *Actas do Seminário Nós e os Outros – Alteridade, Políticas Públicas e Direito*, Porto, FDUP, 2019.

⁴ Embora se trate de meros elementos de *soft law*, os Comentários Gerais proferidos pelo Comité dos Direitos da Criança oferecem a visão do órgão de controlo da CDC na compreensão, interpretação e aplicação dos princípios e direitos em causa.

nº 14⁵, o superior interesse da criança como um direito substantivo, um princípio interpretativo e uma regra processual/procedimental. Enquanto direito substantivo, trata-se do direito da criança a que o seu interesse superior seja avaliado e constitua uma consideração primacial quando estejam diferentes interesses em jogo e a garantia de que este direito se efective em quaisquer decisões que lhe digam respeito, estabelecendo uma obrigação para os Estados que é directamente aplicável e pode ser invocada perante um tribunal. Enquanto princípio interpretativo, o superior interesse conduz a que, se uma lei, política, norma ou qualquer disposição jurídica estiver aberta a mais do que uma interpretação, a interpretação acolhida deva ser a que efectivamente melhor satisfaça o interesse superior da criança, fornecendo-nos os direitos consagrados na Convenção e nos Protocolos Facultativos o quadro interpretativo. Enquanto regra processual/procedimental, pretende-se que o processo de tomada de decisão, quanto a qualquer decisão que afecte determinada criança, inclua a avaliação do possível impacto (positivo ou negativo) sobre ela, devendo a fundamentação indicar que direito(s) foi(foram) explicitamente tido(s) em conta, como é que esse(s) direito(s) foi(foram) respeitado(s) na decisão, e em que critérios se baseou a decisão, bem como explicitar de que modo se procedeu à ponderação do interesse superior da criança perante outro tipo de considerações.

O superior interesse da criança reveste-se, pois, de uma tal plasticidade e pluralidade de sentidos que tornam este princípio desafiante em termos de aplicação prática⁶, mas há alguns factores que contribuem para carrear alguma determinabilidade na sua interpretação e aplicação. Em primeiro lugar, a opinião da criança, em função da sua idade e do seu grau de maturidade, de acordo com o artigo 12º. Em segundo lugar, a situação e circunstâncias específicas da criança, designadamente os respectivos factores de vulnerabilidade. Finalmente, o catálogo de direitos protegidos pela própria CDC, que injecta conteúdo substantivo ao artigo 3º e anula assim o risco de decisões

⁵ Comité dos Direitos da Criança das Nações Unidas, *Comentário geral nº 14 sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja tido primacialmente em consideração*, adoptado pelo Comité na sua sexagésima-segunda sessão (14 de Janeiro – 1 de Fevereiro de 2013), edição portuguesa CNPCJP, 2017.

⁶ Assim, Patrícia JERÓNIMO e Nadine FINCH, *Judicial Implementation of Article 3 of the Convention on the Rights of the Child in Europe: the Case of Migrant Children Including Unaccompanied Children*, Bruxelas, UNICEF e OHCHR, 2012, p. 12, disponível em <http://hdl.handle.net/1822/21528> [29.07.2022].

aleatórias ou arbitrárias. Este último factor é particularmente relevante, na medida em que o artigo 9º, designadamente, consagra, à semelhança do artigo 36º da Constituição da República Portuguesa (CRP), o princípio da inseparabilidade entre pais e filhos, estabelecendo que cabe ao Estado e à sociedade garantir que a criança não seja separada dos seus pais contra a vontade destes, excepto nos casos em que as autoridades decidam que essa separação é necessária para o interesse superior da criança, como quando os pais inflijam maus tratos sobre a criança ou se verifique negligência. Mesmo nestes casos, quando se dê uma separação, o artigo 9º da Convenção estabelece o direito de a criança manter regularmente relações pessoais e contactos directos com os pais, enaltecendo ainda, logo no artigo 10º, a importância da reunificação familiar. Ainda na perspectiva do conteúdo substantivo que ajuda na densificação do superior interesse da criança, o artigo 27º da CDC estabelece que os pais têm primacialmente a responsabilidade de assegurar, dentro das suas possibilidades e disponibilidades económicas, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança, tomando os Estados-partes as medidas adequadas para os apoiar, tendo em conta as condições nacionais e na medida dos seus meios, e assegurando, em caso de necessidade, auxílio material e programas de apoio.

2.2. O artigo 8º da CEDH

O artigo 8º da CEDH é apontado como sendo o mais esgrimido em sede de direitos da criança e a jurisprudência a que dá origem tem implicações em diversas áreas do direito da família e das crianças⁷, incluindo a regulação das responsabilidades parentais ou os cuidados alternativos.

O principal propósito do artigo 8º, nesta óptica, é o de proteger a vida familiar de interferências arbitrárias por parte de uma autoridade pública, correspondendo portanto, numa primeira análise, a uma liberdade negativa clássica. De forma a determinar se a interferência por parte das autoridades com a vida privada e familiar é ou não necessária numa sociedade democrática e se foi encontrado um justo equilíbrio entre os diversos interesses, o

⁷ Neste sentido também Ursula KINKELLY, "Protecting children's rights under the ECHR: the role of positive obligations", *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 61, nº 3, 2010, pp. 245-262, p. 248.

Tribunal faz uma análise tripartida: se essa interferência estava prevista na lei, se a finalidade prosseguida era legítima e se a interferência era proporcional a essa finalidade⁸.

No entanto, este artigo não comporta apenas uma abstenção por parte do Estado, comportando igualmente uma camada adicional positiva: a obrigação que recai sobre os Estados de porem em prática todas as medidas necessárias de modo a efectivar o respeito pela vida familiar. As obrigações positivas que decorrem desta abordagem do Tribunal na construção da sua jurisprudência nesta matéria permitiram-lhe um avanço assinalável nos direitos da criança, mesmo se tivermos por referência a CDC⁹.

Por outro lado, o artigo 8º comporta ainda, implicitamente, uma vertente procedimental que, de certa forma, se pode considerar que entronca nos direitos e interesses protegidos pelo próprio artigo 6º da CEDH, o qual estabelece o direito a um processo equitativo¹⁰. Nem sempre, mesmo quando os requerentes assim o alegam, o Tribunal faz a associação entre o artigo 8º e o artigo 6º, entendendo que a mera invocação do artigo 8º é bastante. De acordo com o TEDH, na verdade, a vertente procedimental do artigo 8º implica que o processo decisório que leva às medidas decretadas que afectem a vida familiar seja justo e respeite os interesses protegidos pelo âmbito de protecção do direito, designadamente nas decisões sobre responsabilidades parentais e sobre medidas de colocação¹¹.

Tal como acontece em relação às obrigações negativas ou de abstenção, nas obrigações positivas requeridas pelo artigo 8º, os Estados gozam de uma razoável margem de apreciação, que é todavia afunilada quando haja limitações subsequentes.

⁸ Para uma análise desta “tríade de condições” por referência ao artigo 8º, concretamente quanto ao caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*, queixa nº 28443/19, acórdão de 13 de Julho de 2021, a que faremos referência *infra*, *vd.* Ana Rita GIL, “O caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*: (mais) um olhar do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre a aplicação de medidas de promoção e protecção a crianças em perigo”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 62, nº 2, 2021, pp. 765-790, p. 775 e ss.

⁹ Sobre as obrigações positivas e no mesmo sentido, cf. Ursula KINKELLY, “Protecting children's rights...”, *op. cit.*, p. 245.

¹⁰ Ver Tribunal Europeu Dos Direitos Humanos, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights – Right to respect for private and family life, home and correspondence*, Conselho da Europa, 2021, disponível em https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf [29.07.2022].

¹¹ Cf., a esse propósito, caso *W. c. Reino Unido*, queixa nº 9749/82, acórdão de 8 de Julho de 1987, ou caso *Strand Lobben e O. c. Noruega*, queixa nº 37283/13, acórdão de 10 de Setembro de 2019. Em sentido contrário, caso *Moser c. Austria*, queixa nº 12643/02, acórdão de 21 de Setembro de 2006.

O TEDH tem abraçado o princípio do superior interesse da criança plasmado na CDC, e é também nessa perspectiva que decide relativamente à manutenção dos laços e da convivência familiar – ou seja, não se trata apenas (ou principalmente) de direitos ou interesses dos pais, mas sim do caminho que, em princípio e desde que não haja o estabelecimento de um concreto perigo nessa manutenção, melhor favorece o interesse da própria criança.

Assim, há algumas linhas condutoras do *iter* decisório do Tribunal, que consistem nos seguintes pontos: a consideração do superior interesse da criança, a necessidade de facilitar a reunificação familiar assim que esta seja possível, o carácter meramente temporário de uma medida de protecção (designadamente se implicar retirada do ambiente familiar), a reverter mal as circunstâncias o permitam, e a necessidade de assegurar um processo adequado¹².

2.3. O quadro jurídico-constitucional: em especial, o artigo 36º

Quanto ao direito e o dever dos pais na manutenção dos filhos, consagrado no nº 5 do artigo 36º da CRP, cabe desde logo salientar que, de acordo com Gomes Canotilho e Vital Moreira¹³, este “envolve especialmente o dever de prover ao sustento dos filhos, *dentro das capacidades económicas dos pais*”¹⁴.

Já o nº 6 do artigo 36º da Constituição consagra o princípio da inseparabilidade entre pais e filhos, que já referimos, impondo-se ao Estado o dever de não interferir na vida familiar, excepto quando os pais não cumprem os seus deveres fundamentais para com os filhos, e sempre mediante decisão judicial. Nos casos em que exista perigo efectivo para o bem-estar e o desenvolvimento da criança, por negligência ou omissão dos pais, incumbe ao Estado, por via do artigo 69º CRP, um dever de protecção, que pode implicar restrições aos direitos daqueles.

¹² Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *Guide on Article 8...*, *op. cit.*, p. 85.

¹³ J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, 4ª edição revista, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 565.

¹⁴ Sublinhado nosso.

Mas há que sublinhar que, nas palavras do Tribunal Constitucional¹⁵, a “garantia, que consiste em os filhos não poderem, em princípio, ser separados dos pais, não constitui apenas um direito subjectivo dos próprios pais a não serem separados dos seus filhos, mas também um direito subjectivo dos filhos a não serem separados dos respectivos pais. [Esta] protecção constitucional dada à família, bem como a concedida à paternidade e à maternidade, nos termos dos artigos 67º e 68º da Lei Fundamental, permite compreender a importância de que se reveste, na nossa ordem constitucional, a específica norma de garantia estabelecida pelo artigo 36º, nº 6, que reflecte, afinal, em sede de direitos, liberdades e garantias, aquela protecção”.

2.4. A Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

O artigo 4º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP)¹⁶ estabelece, entre outros, os princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade e actualidade. Estes princípios indicam-nos que a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas entidades e instituições cuja acção seja indispensável à efectiva promoção dos direitos e à protecção da criança e do jovem em perigo, e que a intervenção deve ser a necessária e a adequada à situação de perigo em que a criança ou o jovem se encontram no momento em que a decisão é tomada¹⁷ e só pode interferir na sua vida e na da sua família na medida do que for estritamente necessário a essa finalidade.

Tal intervenção obedece, por norma, a uma estrutura piramidal quanto às medidas a tomar, cujo elenco consta do artigo 35º: apoio junto dos pais, junto de outro familiar, confiança a pessoa idónea, apoio para a autonomia de vida (medidas em meio natural de vida), acolhimento familiar e acolhimento residencial (medidas de colocação), confiança a pessoa seleccionada para a adopção, a família de acolhimento ou a instituição com vista à adopção.

Nada obsta, no entanto, a que as medidas não sejam tomadas em crescendo, numa via de sentido único, mas que sejam tomadas, por exemplo, em

¹⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 181/97, proc. Nº 402/96, de 5 de Março, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970181.html?impressao=1> [29.07.2022].

¹⁶ Lei nº 147/99, de 1 de Setembro, alterada e republicada pela Lei nº 142/2015, de 8 de Setembro e com alterações subsequentes introduzidas pela Lei nº 23/2017, de 23 de Maio, e pela Lei nº 26/2018, de 5 de Julho.

¹⁷ Isto é, deverá estar sujeita a adaptações de modo a ser consentânea com a situação que se verificar a cada momento.

simultâneo ou complementaridade¹⁸, exactamente à luz dos referidos princípios da proporcionalidade e actualidade. Será, assim, mais fácil compaginar a resposta a situações de perigo ainda existentes com a manutenção desejável dos laços familiares, com vista a uma reunificação assim que esta seja possível.

3. A jurisprudência do TEDH em matéria de retiradas do ambiente familiar

3.1. Traços gerais

O TEDH confere aos Estados-partes, em matéria de intervenções protectoras relativamente a crianças em perigo, designadamente quanto estas consistem em retiradas do ambiente familiar (ainda que compulsórias), uma ampla margem de apreciação¹⁹, na medida em que considera que as autoridades nacionais estão em melhor posição do que o Tribunal para decidir. A margem de apreciação varia todavia consoante o tipo (e o momento) da intervenção: se se tratar de uma medida inicial de retirada de uma criança do seu ambiente familiar, a margem será mais lata; caso se trate de restrições suplementares, como as relativas às restrições de visitas dos pais, ou que ponham em causa as garantias que assegurem uma protecção efectiva do respeito pela vida familiar, será mais limitada e sujeita a um mais apertado escrutínio²⁰.

¹⁸ José Pedro BARROS, “Uma terceira via? – a aplicação simultânea de medida em meio natural de vida e em regime de colocação”, in AAVV, *A criança em perigo e a promoção e protecção dos seus direitos - multiplicidade na intervenção*, Colecção Formação Contínua, CEJ, 2020, pp. 183-204, disponível em <https://cej.justica.gov.pt/E-Books/Direito-da-Fam%C3%ADlia-e-das-Crian%C3%A7as> [29.07.2022].

¹⁹ Para uma explicação dos critérios que governam as decisões do Tribunal quanto à margem de apreciação conferida aos Estados-partes da Convenção, *vd.* Benedita MAC CRORIE, “Margem de apreciação dos Estados”, in Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. 2, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019, pp. 2721-2737.

²⁰ “La Cour reconnaît que si les autorités jouissent d’une grande latitude pour apprécier la nécessité de prendre en charge un enfant, en revanche elle exerce un contrôle plus rigoureux sur les restrictions supplémentaires, comme celles apportées par les autorités au droit de visite des parents, et sur les garanties juridiques destinées à assurer la protection effective du droit des parents et des enfants au respect de leur vie familiale”. *Caso Neves Caratão Pinto c. Portugal*, § 114.

Uma das decisões incontornáveis²¹ a este propósito é a do caso *Strand Lobben e outros c. Noruega*²². O Tribunal afirma aí que o facto de uma criança poder ser colocada num ambiente mais benéfico para o seu desenvolvimento e educação não justifica uma medida compulsória de retirada à família, tendo sempre de concorrer outras circunstâncias que conduzam à necessidade de tal interferência no direito à vida privada e familiar, tal como configurada no artigo 8º CEDH. Diz também que quando as autoridades sejam responsáveis por uma situação de dissolução da família por incumprimento das obrigações positivas que lhe incumbem, não poderão basear a decisão de adoptabilidade na ausência de laços entre os pais e a criança.

Importa, a este propósito, realçar a ideia sustentada pelo Comité para os Direitos da Criança de que, para a definição do superior interesse da criança, que deve orientar a tomada de decisão, aquilo que pode aportar conteúdo substantivo é exactamente o elenco de direitos protegidos pela própria CDC. Refere, a este propósito, também a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, numa resolução de 2018 que vem, aliás, na linha de resoluções anteriores²³, que a aplicação do princípio do superior interesse da criança depende do contexto e das circunstâncias específicas, podendo por vezes a densificação ser mais fácil pela negativa, por exemplo na afirmação de que não é no superior interesse da criança a sua retirada do ambiente familiar que não assente em motivos particularmente relevantes.

3.2. A jurisprudência mais recente contra Portugal

O Estado português foi condenado diversas vezes por violação do artigo 8º, na sua vertente de protecção da vida familiar. No âmbito que nos ocupa neste artigo, pode dizer-se que se identifica uma tendência, nos últimos

²¹ A relevância da decisão advém, não só da riqueza argumentativa do acórdão, mas também do facto de se tratar de uma decisão do Tribunal Pleno (*Grand Chamber*), numa inflexão de decisão anterior, e de ter suscitado inúmeras intervenções de terceiros – quer de outros Estados-partes, quer de ONGs.

²² Sobre esta e outras decisões do TEDH em relação ao Estado norueguês, *vd.* Tomas ZDECHOVSKY *et al.*, “Norway and the right to respect family life from the perspective of the European Court of Human Rights”, *Drepturile Omului*, nº 2, 2021.

²³ Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, Resolução nº 2232 (2018): *Striking a balance between the best interest of the child and the need to keep families together*, adoptada a 28 de Junho de 2018, disponível em <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25014&lang=en> [29.07.2022].

anos e em crescendo, de condenação pela tomada de medidas de promoção e protecção que se consubstanciaram em retiradas de crianças à família, em que estão subjacentes contextos – e causas – que se podem reconduzir a insuficiência económica. Deixando de lado o caso *Pontes c. Portugal*²⁴, não só por ser mais antigo mas também por ser menos clara a preponderância do factor insuficiência económica para a tomada de decisão²⁵, a análise incidirá sobre os três casos²⁶ mais recentes: o caso *Soares de Melo c. Portugal*²⁷, o caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal* e o caso *Manteigas c. Portugal*²⁸.

3.2.1. Caso *Soares de Melo c. Portugal*

Na origem do caso está uma queixa dirigida contra Portugal através da qual uma cidadã cabo-verdiana se queixa de uma ofensa ao seu direito à vida privada e familiar, conforme garantido pelo artigo 8º da Convenção, em razão da aplicação de uma medida de colocação em instituição de sete dos seus filhos com vista à sua adopção.

Tratava-se da situação de uma família que teve intervenção da Comissão de Protecção de Crianças e Jovens (CPCJ) com fundamento em que a mãe (requerente junto do TEDH) estava sem emprego havia quatro anos e que o pai das crianças praticava poligamia e estava frequentes vezes ausente do lar familiar. Depois de feito acordo de promoção dos direitos e protecção, o processo passou para o Ministério Público por falta de colaboração da Requerente, tendo sido requerida a abertura de um processo junto do tribunal com fundamento em que aquela não dispunha de condições materiais adequadas e que negligenciava as crianças. Foi aplicada e depois renovada medida de apoio junto dos pais, que foram sendo considerados incumpridos.

O tribunal competente veio a decidir uma medida de colocação das sete crianças mais novas em instituição com vista à adopção, declarando o

²⁴ Caso *Pontes c. Portugal*, queixa nº 19554/09, acórdão de 10 de Abril de 2012.

²⁵ Veja-se, nesse sentido, a declaração de voto (parcialmente concordante e parcialmente dissidente) dos juízes Sájo e Pinto de Albuquerque no caso *Pontes c. Portugal*.

²⁶ A apresentação de cada um dos casos, cujos processos, factos, medidas, alegações e decisões são de uma complexidade inabarcável num artigo desta dimensão, será naturalmente perfunctória.

²⁷ Caso *Soares de Melo c. Portugal*, queixa nº 72850/14, acórdão de 16 de Fevereiro de 2016.

²⁸ Caso *Manteigas c. Portugal*, queixa nº 22179/15, acórdão de 22 de Fevereiro de 2022.

decaimento da autoridade parental da requerente e do seu cônjuge, bem como a proibição de qualquer contacto.

Chamado a pronunciar-se, ainda na pendência do processo junto do Tribunal Constitucional, o TEDH entendeu estarem em causa diversos pontos que constituíam violações do artigo 8º. Por um lado, considerou ser desnecessária a medida que levou à ruptura definitiva dos laços familiares. Considerou também, naquilo que nos parece ser um dos pontos mais expressivos do processo²⁹, que foi valorizada pelas diversas instâncias nacionais a omissão de um dos compromissos do acordo de promoção e protecção, que implicava a laqueação das trompas da Requerente, tendo por esse facto nascido, desde a instauração da acção, mais quatro crianças. Considerou ainda que não tinha sido justificada a proibição de contactos entre a Requerente e os seus filhos, na medida em que não se tinham verificado situações de abuso, violência ou maus-tratos e em que incumbia ao Estado a tomada de medidas que activamente promovessem a reunificação familiar. Considerou, por último, que não era admissível a circunstância de a Requerente não ter sido representada por advogado na primeira instância³⁰.

3.2.2. Caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*

Em 2012, foi aberto processo de promoção e protecção a duas crianças, em virtude de uma situação de violência doméstica do pai em relação à mãe daquelas, estando o casal em vias de se separar, e não dispondo a mãe de meios de subsistência próprios. Aos dois irmãos gémeos, nascidos quatro meses antes, foi aplicada pela CPCJ competente medida de apoio junto de outro familiar, tendo uma criança ficado aos cuidados da tia paterna e outra aos cuidados da meia-irmã mais velha, filha da Requerente junto do TEDH³¹, até que a mãe reunisse as condições para os voltar a receber.

Mesmo depois de dispor de casa e ter encontrado trabalho, e de a CPCJ ter concluído que as obrigações do acordo se encontravam integralmente

²⁹ E relevantes para a análise a fazer *infra*.

³⁰ Sobre o Caso *Soares de Melo c. Portugal*, veja-se súmula dos factos e da decisão em Jorge Duarte PINHEIRO, “Direito ao respeito pela vida familiar”, in Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. 2, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019, pp. 1511-1537, p. 1534.

³¹ Curiosamente, o TEDH abstém-se de apreciar a separação da fratria à luz do superior interesse de cada um dos gémeos.

cumpridas, as medidas foram sendo continuamente prorrogadas, vindo a Requerente de cada vez negados os pedidos para que as crianças voltassem a viver com ela e espaçadas e/ou dificultadas as autorizações para poder visitar os filhos. Numa das revisões da medida, pode destacar-se como argumento para a manutenção da decisão o entendimento nesse sentido dos familiares com os quais as crianças habitavam e do ex-companheiro, que os próprios e a CPCJ concediam não serem entendimentos isentos. Pode também destacar-se o argumento no sentido de que a Requerente manifestava um quadro de angústia, fragilidade e sentimento de injustiça pela mãe, embora tivesse resultado da avaliação psicológica a ausência de qualquer psicopatologia.

O TEDH entendeu que, embora a medida inicial se tivesse ancorado em motivos imperiosos, a primeira renovação da medida enferrou logo do facto de a Requerente ter cumprido com aquilo que lhe fora exigido, para além de ter sido tomada com base em testemunhos com claro conflito de interesses. Também as restrições aos direitos de visita não foram justificadas. Assim, as autoridades nacionais não cumpriram, de acordo com o Tribunal, com as obrigações positivas decorrentes do artigo 8º, no sentido de promover a reunificação familiar. Por outro lado, concluiu igualmente o TEDH que o processo de decisão não satisfaz as garantias de procedimento também decorrentes do mesmo artigo 8º, em virtude de os processos das duas crianças terem passado a ser seguidos por dois tribunais diferentes, da ausência de uma avaliação das crianças, e ainda dos atrasos relativos ao estabelecimento das visitas.

3.2.3. *Caso Manteigas c. Portugal*

Em 2007, três crianças de um, dois e três anos foram retiradas aos pais pela Segurança Social e foi-lhes decretada medida de colocação num centro de acolhimento em Évora, a uma distância de mais de 50 quilómetros da família, por se entender estarem verificadas situações de descuido no agregado familiar.

Os pais assinaram um acordo, mediante o qual passaram a beneficiar de habitação social e rendimento social de inserção (RSI). Passado algum tempo, o pai encontrou emprego e deixou de beneficiar de RSI. Nos anos seguintes, tinham direitos de visita um domingo por mês, no centro de acolhimento.

Nunca a medida foi revertida nem puderam as crianças fazer visitas, ainda que temporárias, a casa dos pais. Em 2012, foi decretada a adoptabilidade das crianças, por não se terem, segundo o tribunal de 1ª instância, verificado melhorias na situação familiar e por as crianças não quererem voltar a viver com os pais.

O Tribunal considerou, por um lado, que as autoridades internas não satisfizeram as obrigações positivas que lhes cabiam de modo a assegurar a preservação dos laços familiares entre a Requerente e os seus filhos. Por outro lado, entendeu que as decisões tomadas pelo Estado português se fundaram exclusivamente na indigência da Requerente e do seu companheiro e na sua dependência de apoios sociais.

4. Discriminação como *leitmotiv* nas decisões

4.1. Discriminação com base em insuficiência económica e em factores de vulnerabilidade adicionais, complementares ou interseccionais

No sistema de protecção de direitos humanos do Conselho da Europa, tem havido a demonstração de preocupação³² com a relação próxima entre pobreza e o direito à protecção da vida familiar – ou, se quisermos, com a relação de causa-efeito entre a vulnerabilidade decorrente da pobreza e os impactos nesse mesmo direito. Esses impactos correspondem muitas vezes a soluções tão extremas como a privação absoluta e permanente de responsabilidades parentais e a cessação de quaisquer laços entre membros da família³³.

A este propósito, as recomendações do Comité para os Direitos da Criança em relação a Portugal, em 2019, aludiam exactamente à necessidade de assegurar que a pobreza material e financeira (ou condições que daí directamente decorram) não constituam a razão exclusiva para justificar

³² Cf. Aoife NOLAN, *Protecting the Child from Poverty: The Role of Rights in the Council of Europe*, Conselho da Europa, 2019, p. 20.

³³ No caso *Soares de Melo*, a decisão de recurso refere que “[a] falta de empenhamento dos progenitores em proporcionar desafogo material aos menores é, por si próprio, uma grande violência que legitima a decisão tomada em 1ª instância”, que corresponde à colocação das crianças numa instituição com vista à adopção, declarando o decaimento da autoridade parental e a proibição de qualquer contacto.

a retirada de uma criança do seu ambiente familiar e a encaminhar para cuidados alternativos^{34 35}. Mas já mais de uma década antes esta questão era discutida a nível nacional, podendo, por exemplo, encontrar-se decisões judiciais destacando ser “óbvio que o regime de protecção em vigor não pretende diabolizar a pobreza, mas antes a ausência de afecto, sem embargo de acautelar igualmente as situações de pobreza com incidência sobre a saúde física ou moral do menor, enquanto se aguarda que os apoios de natureza psico-pedagógica, social ou económica conduzam à superação do perigo”³⁶.

Há, no entanto, uma certa consonância na doutrina quanto ao reconhecimento das dificuldades que pode suscitar ao TEDH a consideração da pobreza ou insuficiência económica enquanto factor autónomo de discriminação, *i.e.*, enquanto uma categoria suspeita³⁷. Isto porque, tradicionalmente, as categorias suspeitas se reconduzem a determinados tipos de factores³⁸; destes, as características pessoais³⁹, tidas como inatas ou imutáveis (o sexo, por exemplo) e as opções individuais sobre orientações e planos de vida (por exemplo a orientação sexual, ou as opiniões políticas) talvez se possam apontar como preponderantes⁴⁰. Ora, a insuficiência económica não cabe de forma evidente em nenhum destes grupos de factores, o que, não a excluindo do âmbito de classificações ou factores admitidos como discriminação, pode

³⁴ “[P]olicies and practices are guided by the principle that financial and material poverty — or conditions directly and uniquely attributable to such poverty — should never be the sole justification for removing a child from parental care, for receiving a child into alternative care or for preventing a child’s social reintegration”. Comité dos Direitos da Criança, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic report of Portugal*, Nações Unidas, 2019, § 31(a).

³⁵ Ver ainda (embora sobre um contexto substancialmente diferente – o dos Estados Unidos da América), com relação à conexão latente e persistente entre o conceito de negligência parental e pobreza, David PIMENTEL, “Punishing Families for Being Poor: How Child Protection Interventions Threaten the Right to Parent While Impoverished”, *Oklahoma Law Review*, vol. 71, nº 3, 2019, pp. 885-921, *passim*, em especial p. 897.

³⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 6 de Dezembro de 2007, proc. 2145/07-1 (relator Gouveia Barros), <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd55bc3e62cc1004c2dc0802573e500369153?OpenDocument> [29.07.2022].

³⁷ *Vd.*, por todos, Sarah GANTY, “Poverty as misrecognition: what role for anti-discrimination law in Europe?”, *Human Rights Law Review*, vol. 21, nº 4, 2021, pp. 962-1007, p. 966 e ss.

³⁸ Cf. Janneke GERARDS, “The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 1, 2013, pp. 99-124, p. 107 e ss., em especial p. 114.

³⁹ Entre nós, Jorge Reis NOVAIS, *Princípios Estruturantes do Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 77, introduz uma *nuance* que não é despicinda: o Autor fala, não em características pessoais imutáveis, mas em atributos sobre os quais as pessoas não têm qualquer possibilidade de controlo – o que mais facilmente acolhe uma categoria como a pobreza ou a insuficiência económica.

⁴⁰ Sobre a evolução dos fundamentos de discriminação e o progressivo acolhimento de categorias suspeitas, veja-se Michael P. FORAN, “Grounding unlawful discrimination”, *Legal Theory*, nº 28, 2022, pp. 3-34, p. 10 e ss.

ajudar a compreender alguma hesitação na consideração como tal da insuficiência económica, *per se*. Note-se que, se o nº 2 do artigo 13º CRP consagra a situação económica e a condição social como classificações suspeitas, o artigo 14º CEDH alude a “*social origin*” e a “*property*”⁴¹, o que é bastante mais equívoco.

Mas as crianças e/ou as famílias que pertencem a grupos que aliam à pobreza (que é em si mesma um factor de vulnerabilidade)⁴² uma situação de vulnerabilidade adicional, em virtude da origem étnica, da religião que professam, da pertença a uma minoria sexual, de problemas de saúde mental, de se tratar de uma família mono-parental, etc., vêem potenciar-se o risco de assunções com base em estereótipos e, conseqüentemente, de decisões com carácter duplamente discriminatório⁴³.

Se olharmos para estas condenações do Estado português pelo TEDH por violação do direito ao respeito pela vida familiar, em todas elas sobressai exactamente o factor da insuficiência económica. No entanto, pode ainda verificar-se em duas delas a existência de factores adicionais de vulnerabilidade: no caso *Soares de Melo c. Portugal*, a requerente é uma mulher de origem estrangeira, em situação irregular, que professa uma religião minoritária; no caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*, a requerente é uma mulher vítima de violência doméstica, dependente economicamente do companheiro, sendo a existência de violência doméstica um dos motivos que condicionaram, aliás, a constatação de perigo para as duas crianças gémeas que lhe foram retiradas e a necessidade de apoio psicológico e terapêutica adequada⁴⁴.

Não se trata de um problema exclusivamente português. Na jurisprudência do TEDH, há casos em que a desvantagem sofrida pelas famílias e

⁴¹ Ou “riqueza”, na tradução oficial da CEDH (“riqueza” também na tradução oficial da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, “fortuna” na tradução oficial da Declaração Universal dos Direitos Humanos).

⁴² Veja-se, para uma visão panorâmica da pobreza enquanto causa de discriminação, Sarah GANTY, “Poverty as misrecognition...”, *op. cit.*

⁴³ Aoife NOLAN, *Protecting the Child from Poverty...*, *op. cit.*, p. 21, chama a atenção para este risco acrescido.

⁴⁴ Não deixa de ser digno de nota que, no caso *Cinça c. Roménia*, queixa nº 3891/19, acórdão de 18 de Fevereiro de 2020, os tribunais nacionais romenos estabeleceram restrições aos contactos do requerente com a filha, tendo o TEDH entendido que se verificara uma violação conjugada dos artigos 8º e 14º na medida em que as decisões se tinham baseado nos problemas mentais do requerente, sem avaliar o impacto da doença mental na sua capacidade de prover cuidados parentais. Não tinham ainda os tribunais nacionais justificado devidamente a distinção com base na saúde mental, pelo que se entendeu ser uma situação de discriminação *prima facie*, que cabia às autoridades nacionais disputar – o que não aconteceu.

pelas crianças se alicerçou no estatuto sócio-económico aliado a outros factores⁴⁵, como a origem étnica ou racial, o género ou a deficiência, também contra a República Checa⁴⁶, a Áustria⁴⁷, Espanha⁴⁸ ou a Ucrânia⁴⁹. É por esse motivo que se vem chamando a atenção, a nível europeu⁵⁰, para o facto de ser imperativo promover políticas inclusivas de apoio à infância, *inclusive* de protecção, que evitem a estigmatização das famílias e a discriminação entre os diferentes tipos, estruturas e formas de família – das famílias mono-parentais aos casais do mesmo sexo, passando por aquelas que provêm de etnias minoritárias, migrantes ou refugiadas, etc.

No entanto, na maioria dos casos de retiradas do ambiente familiar em contexto de pobreza apreciados pelo TEDH, os requerentes alegaram uma violação da proibição de discriminação consagrada no artigo 14º CEDH – embora sem sucesso⁵¹. A proibição de discriminação do artigo 14º funciona de forma acessória, na medida em que terá sempre de ser invocado por referência a um dos direitos consagrados na Convenção, e muitas vezes o Tribunal basta-se assim com a verificação de violação do direito em causa, não aprofundando a discriminação (e respectivos motivos) que lhe está subjacente^{52 53}. Mas as retiradas de crianças de famílias pobres ou vistas como à margem podem muitas vezes, efectivamente, reconduzir-se a decisões que são tomadas com

⁴⁵ Nesse sentido, também *Valeska DAVID*, “ECTHR Condemns The Punishment Of Women Living In Poverty And The ‘Rescuing’ Of Their Children”, *Strasbourg Observers*, 2016, disponível em <https://strasbourgobservers.com/2016/03/17/ecthr-condemns-the-punishment-of-women-living-in-poverty-and-the-rescuing-of-their-children/> [29.07.2022].

⁴⁶ Caso *Wallová e Walla c. República Checa*, queixa nº 23848/04, acórdão de 26 de Outubro de 2006.

⁴⁷ Caso *Moser c. Austria*.

⁴⁸ Caso *R.M.S. c. Espanha*, queixa nº 28775/12, acórdão de 18 de Junho de 2013.

⁴⁹ Caso *Saviny c. Ucrânia*, queixa nº 39948/06, acórdão de 18 de Dezembro de 2008.

⁵⁰ Michela COSTA, *De-institutionalisation...*, *op. cit.*, p. 19.

⁵¹ Note-se que o Estado português já foi, em 1999, condenado por violação conjugada do artigo 8º e do artigo 14º, no Caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, queixa nº 33290/96, acórdão de 21 de Dezembro de 1999, que aliás foi pioneiro a estabelecer que a orientação sexual da figura parental não pode ser critério decisório quanto à figura parental que exerça as responsabilidades parentais, e por esse motivo se tornou famoso no seio das lutas e reivindicações LGBTQIA+.

⁵² Por exemplo no caso *Wallová e Walla c. República Checa*.

⁵³ Sobre o carácter acessório do artigo 14º CEDH e o seu tratamento por vezes errático na jurisprudência do TEDH, ver Janneke GERARDS, “The Discrimination Grounds of Article 14...”, *op. cit.*. Veja-se ainda, no mesmo sentido, Sarah GANTY, “Poverty as misrecognition...”, *op. cit.*, p. 972 e ss..

base em estereótipos, constituindo-se como decisões discriminatórias⁵⁴. Estes estereótipos podem dizer respeito à própria condição de pobreza, sem mais, e consistir numa assunção de irresponsabilidade e incapacidade que é em si mesma danosa de um juízo tendente a analisar os pressupostos da negligência parental. Mas muitas vezes essas assunções intersectam outras, baseadas nos papéis de género, na capacidade de integração na sociedade de acolhimento, na existência de deficiência, etc.⁵⁵. Valeska David⁵⁶ aponta mesmo para uma preponderância, nos casos em que houve retiradas de crianças às famílias por insuficiência económica submetidos ao TEDH, desta intersecção de factores discriminatórios, embora o Tribunal se venha mostrando bastante relutante em fazer uma análise a esta luz.

4.2. Algumas dificuldades na abordagem da questão sob uma perspectiva de não-discriminação

A aplicação da proibição de discriminação a situações de pobreza enfrenta algumas resistências e dificuldades, como atrás vimos.

Uma das dificuldades que se podem identificar prende-se com o facto de se poder tratar de uma discriminação indirecta, particularmente nas decisões de retirada das crianças do ambiente familiar. Falamos aqui de situações em que a intenção discriminatória não é relevante. Regras formuladas de forma aparentemente neutra ou situações de facto podem ter um impacto desproporcionado em determinados grupos. E é por isso que toda a construção do princípio da igualdade numa perspectiva material exige a consideração de situações de discriminação indirecta. No entanto, a demonstração do impacto desproporcionado é em si mesma um desafio. Assim, nestes casos, um levantamento estatístico, por exemplo, pode desempenhar um papel

⁵⁴ “Not only too many children still enter the system of institutional care: too often, they are separated from their families without appropriate reasons. Poverty, ethnic origin and disability are still important factors leading to the placement of children across Europe, proving the need to act upon the issue as a fundamental question of non-discrimination and equal opportunities”. Michela COSTA, *Deinstitutionalisation and quality alternative care for children in Europe: lessons learned and the way forward*, Eurochild/Hopes and Homes for Children, 2014, p. 12, disponível em <https://resourcecentre.savethechildren.net/document/deinstitutionalisation-and-quality-alternative-care-children-europe-lessons-learned-and-way/> [29.07.2022].

⁵⁵ Assim, Alexandra TIMMER, “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 11, nº 4, 2011, pp. 707-738.

⁵⁶ Valeska DAVID, “ECTHR Condemns The Punishment Of Women Living In Poverty...”, *op. cit.*

importante na construção do argumento por parte dos requerentes, dando lugar a uma presunção de tratamento discriminatório. Se um requerente puder demonstrar a existência de uma discriminação *prima facie* – por uma intervenção protectora afectar numa percentagem significativamente mais alta as pessoas com insuficiência de meios – caberá então depois às autoridades nacionais demonstrar que essa intervenção está alicerçada em factores objectivos que não decorrem da situação de insuficiência de meios. Como pista nesse sentido, deve assinalar-se que a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa⁵⁷, embora concedendo que faltam dados estatísticos relativos às crianças confiadas a cuidados alternativos e à sua distribuição por grupos minoritários ou situação sócio-económica, aponta indícios de que crianças de grupos vulneráveis estão claramente sobre-representadas para este efeito. Isto ao mesmo tempo que faltam indícios de que progenitores mais pobres, com menor literacia ou de grupos minoritários sejam mais propensos a cometer abusos ou negligenciar os seus filhos.

Por outro lado, verificar-se-á porventura o que entendemos ser mais uma resistência do que uma dificuldade objectiva, e que se prende com o facto de, se autonomizarmos a proibição de discriminação quando falamos no incumprimento das obrigações positivas do artigo 8º, a verificação de discriminação poder decorrer da ausência de medidas de discriminação positiva. Aqui, importa lembrar que a discussão à volta da diferença e do reconhecimento de grupos específicos⁵⁸, em função da sua vulnerabilidade ou opressão estrutural, como as pessoas em situação de pobreza, é muitas vezes confundida com a – ou então sobrelevada pela – discussão relativa à

⁵⁷ Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, Resolução 2049 (2015): *Social services in Europe: legislation and practice of the removal of children from their families in Council of Europe member States*, adoptada a 22 de Abril de 2015, disponível em <https://pace.coe.int/en/files/21737> [29.07.2022].

⁵⁸ Usamos aqui reconhecimento no sentido que lhe dá Iris Marion YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990, p. 11: “[t]he politics of difference sometimes implies overriding a principle of equal treatment with the principle that group differences should be acknowledged in public policy and in the policies and procedures of economic institutions, in order to reduce actual or potential oppression”. Ver ainda, *ibidem*, p. 54, sobre as formas como a dependência dos serviços sociais pode tolher a autonomia e o exercício de direitos das pessoas em situação de pobreza e exclusão social.

redistribuição económica⁵⁹. Esta dificuldade em distinguir os dois planos⁶⁰, que naturalmente estão interligados, muito especialmente se em causa estiver o factor pobreza, ajuda a compreender as hesitações que rodeiam a sua consideração como uma categoria autónoma a ser reconhecida para este efeito. A este propósito, Alexandra Timmer⁶¹ realça a ideia de que o Tribunal não pode permitir-se assumir posições demasiado à frente do seu tempo, na medida em que a sua legitimidade política depende do modo como gere a circunstância de ser uma instância supra-nacional. Ora, como é sabido, o TEDH faz depender a margem de apreciação que concede aos Estados de alguns critérios, sendo um desses critérios o do consenso, opção que é exactamente apontada pela doutrina como podendo pôr em causa os direitos humanos, particularmente os direitos dos grupos minoritários⁶².

5. Conclusões

Do ponto de vista das prioridades políticas ao nível europeu – designadamente na União Europeia e no Conselho da Europa –, tem havido um cada vez maior enfoque na prevenção da retirada das crianças do seu ambiente familiar, enfoque esse que também tem tido reflexos na legislação e nas políticas a nível nacional. Aponta-se, a esse propósito, que, para garantir que a colocação de crianças fora do seu ambiente familiar é verdadeiramente uma medida de último recurso, outras medidas que sirvam de barreira devem ser postas em prática. Uma delas é fazer das medidas sócio-económicas de apoio e combate à pobreza um pré-requisito essencial que terá necessária e

⁵⁹ Numa perspectiva mais jurídica e menos político-filosófica, e em traço muito grosso, a questão da redistribuição prende-se com o gozo dos direitos económicos, sociais e culturais e com a realocação em termos de recursos que daí advenha, de modo a corrigir ou a minorar a desigualdade sócio-económica.

⁶⁰ Cf. Valeska DAVID, “Caring, rescuing or punishing? Rewriting R.M.S v Spain (ECtHR) from an integrated approach to the rights of women and children in poverty”, in Eva Brems e Ellen Desmet (cords.), *Integrated Human Rights in Practice: Rewriting Human Rights Decisions*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 166.

⁶¹ Alexandra TIMMER, “Toward an Anti-Stereotyping Approach...”, *op. cit.*, p. 737.

⁶² Neste sentido, vd. Benedita MAC CRORIE, “Margem de apreciação...”, *op. cit.*, p. 2731 e ss.

formalmente de estar cumprido para que se verifique a legitimidade da colocação em cuidados alternativos⁶³.

De qualquer modo, resulta directamente da jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo que, na verificação da necessidade de intervenção protectora que implique afastamento da criança do seu ambiente familiar, a ideia orientadora é a de que uma criança poder ser colocada num ambiente mais benéfico para o seu desenvolvimento e educação nunca justificará, por si só, uma medida compulsória de retirada à família. Deve assim, haver adicionais cautelas no sentido de que essa verificação não resulte da assunção de que a privação material ou condições daí directamente decorrentes sejam a justificação exclusiva para a tomada da medida, devendo igualmente garantir-se que todos os esforços são envidados no sentido da reunificação familiar assim que possível.

Por outro lado, importa reflectir mais aprofundadamente – na doutrina e nas jurisdições nacionais – sobre a possibilidade de consideração das retiradas de crianças às suas famílias por insuficiência económica como, não só uma violação do princípio da inseparabilidade entre pais e filhos e do direito à protecção da vida familiar, mas também uma violação da proibição de discriminação. E porventura trazer o assunto para o debate por via daquilo a que se convencionou chamar contencioso estratégico, quer junto do TEDH, quer também a nível nacional.

⁶³ Michela COSTA, *De-institutionalisation... op. cit.*, p. 18 e ss.. Com a mesma preocupação preventiva, cf. Comité dos Direitos da Criança, *Concluding observations...*, *op. cit.*, § 31 (b).

A INCONSTITUCIONALIDADE DA “LEI DOS METADADOS” E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE REVISÃO. UMA CAIXA DE PANDORA?

Ana Teresa Carneiro*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.4>

“devagar, o tempo transforma tudo em tempo.
o ódio transforma-se em tempo, o amor
transforma-se em tempo, a dor transforma-se
em tempo.
os assuntos que julgámos mais profundos,
mais impossíveis, mais permanentes e imutáveis,
transformam-se devagar em tempo.
por si só, o tempo não é nada.
a idade de nada é nada.
a eternidade não existe.
no entanto, a eternidade existe.
os instantes dos teus olhos parados sobre mim eram eternos.
os instantes do teu sorriso eram eternos.
os instantes do teu corpo de luz eram eternos.
foste eterna até ao fim.”

José Luís Peixoto, *A Casa, A Escuridão*

0. Nota Prévia

Escrever numa obra de homenagem à Benedita é tarefa nobre, mas desafiante, bela, mas ingrata. Eternizar a Benedita numa das suas paixões é

*Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela (FDUSC) e Assistente Convidada na Universidade da Maia (UMaia) e na Faculdade de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa. Investigadora no IUSCRIM (FDUSC), na UICCC (UMaia) e no JusGov (Escola de Direito da Universidade do Minho).

uma manifestação de amor, ainda que sempre perdure a amargura de saber que não há texto que a traga de volta, nem palavra que preencha o vazio que a sua precoce partida deixou. Benedita, com um singelo texto celebro a tua vida, que com a minha se cruzou desde crianças, e tento marcar, neste breve momento, aquilo que sei ser a tua imortalidade.

1. Enquadramento

Pelo acórdão nº 268/2022, de 19 de abril de 2022¹, declarou o Tribunal Constitucional a inconstitucionalidade da Lei nº 32/2008, de 17 de julho (de ora em diante designada “Lei dos Metadados”), mais especificamente da conjugação dos respetivos artigos 4º e 6º e, ainda, do artigo 9º, por violação dos princípios constitucionais da proporcionalidade na restrição da reserva da intimidade da vida privada e à autodeterminação informativa e o direito a uma tutela jurisdicional efetiva.

A apreciação daquela Lei pelo Tribunal Constitucional foi requerida pela Exma. Senhora Provedora de Justiça no âmbito dum processo de fiscalização abstrata sucessiva [nos termos do artigo 281º, nº 2, al. d) da Constituição da República Portuguesa (CRP)]. E foi neste contexto que foi declarada a inconstitucionalidade da norma com força obrigatória geral, portanto, com a subsequente eliminação das normas em crise e o impedimento da sua aplicação, seja pelos tribunais, pela administração pública ou pelos particulares².

¹ Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220268.html> [01.09.2022].

² Na verdade, foi tardia esta iniciativa de levar ao Tribunal Constitucional a apreciação da Lei dos Metadados que, como se sabe, resultou da transposição para o direito português duma Diretiva Europeia (Diretiva 2006/24/CE), julgada inválida, já em 2014, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Assim, se para o futuro problemas não se levantam quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade³, todavia menos simples se afiguram os efeitos *ex tunc* da referida declaração de inconstitucionalidade⁴.

Ora, o artigo 282º da CRP estabelece que a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional (o que, neste caso, remonta a 2009), ficando apenas ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

Assim, face a este preceito constitucional, há, desde logo, que separar todas as situações não transitadas em julgado – a que se aplicarão, por força direta da Constituição (regime regra que resulta da conjugação dos artigos 282º, nº 1, e 282º, nº 3, 1ª parte da CRP), os efeitos retroativos da declaração da inconstitucionalidade (desde 2009, como referido), e que podem então vir a ser reapreciadas, em ordem a verem expurgada a prova obtida ao abrigo daquela lei inconstitucional⁵ – dos casos julgados *feridos* pela Lei dos Metadados.

Quanto aos casos julgados, e como já foi acima referido, preceitua o artigo 282º, nº 3, da CRP que se ressalvam os casos julgados dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade da norma. Esta é a regra. Na ponderação entre o princípio da constitucionalidade e a segurança jurídica, optou o legislador constituinte por fazer prevalecer a intangibilidade do caso julgado que, como se sabe, é um primado do Estado de Direito. E tanto é a

³ Pelo contrário, já muitas questões se levantaram quanto às consequências da declaração de inconstitucionalidade da Lei dos Metadados, em sede de investigação e prossecução penal. Daí que o Governo se tenha comprometido avançar em junho com uma nova proposta de lei sobre os metadados, depois do chumbo do Tribunal Constitucional, realçando a necessidade de “proceder à rápida elaboração de um novo dispositivo legal que respeite os limites da Constituição e do Tribunal de Justiça Europeu”, noticiado em <https://observador.pt/2022/05/16/costa-descarta-revisao-constitucional-e-avanca-com-nova-proposta-para-metadados/> [03.09.2022].

⁴ Um parêntese deve ser feito: a análise aqui operada ao acórdão nº 268/2022, de 19 de abril, é de natureza perfunctória e limitada ao cenário que serve de pano de fundo à eventual invocação de um recurso extraordinário de revisão nestes contextos. Isto não implica que se despreze ou não se reconheça o teor inovador e a extrema complexidade daquela decisão do Tribunal Constitucional (e no posterior acórdão 382/22, de 13 de maio, que abordaremos adiante), sobretudo no que toca à operacionalização conjunta do direito constitucional português e do direito da união europeia, com as imbricações que são reconhecidas nesta relação hierárquica, que ainda acrescem ao problema substantivo em apreciação.

⁵ Veja-se que, em momento algum, o Tribunal Constitucional usou da faculdade manipulativa dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade que lhe é conferida pelo nº 4 do artigo 282º da CRP, e que permite que o Tribunal Constitucional possa restringir os efeitos da inconstitucionalidade, quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excecional relevo assim o exigirem.

regra que, no mesmo nº 3 daquele artigo 282º, se prevê uma exceção a este regime sancionatório da inconstitucionalidade, admitindo-se a tangibilidade do caso julgado por decisão, neste sentido, do Tribunal Constitucional, apenas quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

Chegados aqui, cumpre analisar qual foi então a concreta posição do Tribunal Constitucional no acórdão nº 268/2022, no que concerne aos efeitos decorrentes da declaração da inconstitucionalidade da Lei dos Metadados.

A saber, foi esta a decisão:

“a) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do artigo 4º da Lei nº 32/2008, de 17 de julho, conjugada com o artigo 6º da mesma lei, por violação do disposto nos números 1 e 4 do artigo 35º e do nº 1 do artigo 26º, em conjugação com o nº 2 do artigo nº 18º, todos da Constituição;

b) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 9º da Lei nº 32/2008, de 17 de julho, relativa à transmissão de dados armazenados às autoridades competentes para investigação, deteção e repressão de crimes graves, na parte em que não prevê uma notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal, a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações nem a vida ou integridade física de terceiros, por violação do disposto no nº 1 do artigo 35º e do nº 1 do artigo 20º, em conjugação com o nº 2 do artigo 18º, todos da Constituição”.

Ora, apenas declarando a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, dos preceitos supra referidos, sem mais concretização de efeitos, para além dos legalmente recorrentes daquela declaração, parece ficar afastada a afetação dos casos julgados por aqueles efeitos, uma vez que o Tribunal Constitucional não lançou mão da faculdade que lhe cabe de derrogar o caso julgado, o que sempre terá que ser feito por decisão expressa.

Mas este entendimento, entre outros particularidades, não foi unânime (relembrem-se as consequências nocivas dos efeitos de inconstitucionalidade para milhares de processos e ainda a esperança renovada de alguns condenados em verem a sua situação reanalisada, agora sem a *intromissão* da Lei dos

Metadados). Aliás, logo o Governo, através do Exmo. Senhor Primeiro-Ministro, por anúncio seguido a uma reunião do Conselho Superior de Segurança Interna convocada para analisar o chumbo da Lei dos Metadados, reforçou que não houve declaração expressa que estenda os efeitos da declaração de inconstitucionalidade aos casos julgados e que a invocação do código de processo penal não pode suprir essa declaração^{6/7}.

Mais, já havia dado entrada no Tribunal Constitucional a arguição de nulidade do acórdão nº 268/2022, por parte da Procuradora-Geral da República, por requerimento fundado, sobretudo, em três argumentos: *i*) atentado contra a legalidade democrática e valores constitucionais do Estado de direito democrático e da boa administração; *ii*) contradição entre a fundamentação e a decisão do acórdão nº 268/2022, e *iii*) omissão de pronúncia, por não ter o Tribunal Constitucional fixado expressamente os efeitos da inconstitucionalidade, permitindo assim a aplicação retrospectiva e retroativa da sua doutrina, perigando interesses constitucionalmente protegidos.

Em resposta esta pretensão, decidiu o Tribunal Constitucional, no acórdão nº 382/2022, de 13 de maio⁸, não tomar conhecimento do requerimento apresentado, alegando a falta de legitimidade da Procuradora-Geral da República, nos termos da Lei do Tribunal Constitucional, sobretudo, e por exclusão de partes, do seu artigo 69º. Mas não sem antes se pronunciar concisamente sobre os fundamentos invocados para a nulidade do acórdão nº 268/2022, do que realçamos a resposta ao terceiro fundamento invocado, aquele que aponta para uma omissão de pronúncia do Tribunal Constitucional por não ter fixado expressamente os efeitos da inconstitucionalidade da Lei dos Metadados. E quanto a este, dispôs o Tribunal Constitucional não se verificar qualquer omissão de pronúncia, porque a “consequência jurídica da declaração de inconstitucionalidade de quaisquer normas é determinada pela

⁶ Que, como se faria prever, foi alvo de duras críticas por ingerência nas competências do Tribunal Constitucional. Veja-se o Comunicado da Ordem dos Advogados Portuguesa que considerou “que o Governo não se pode ingerir na actividade dos Tribunais, como inevitavelmente sucede se o Primeiro-Ministro intervém no espaço público a defender uma interpretação jurídica sobre as consequências de uma decisão judicial, desvalorizando as iniciativas dos advogados de defesa dos cidadãos nos diversos processos, como contrárias à interpretação jurídica que defende”. Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/comunicados/2022/comunicado-do-bastonario-acordao-do-tribunal-constitucional-sobre-metadados/> [01.07.2022].

⁷ Cf. <https://observador.pt/2022/05/16/costa-descarta-revisao-constitucional-e-avanca-com-nova-proposta-para-metadados/> [01.09.2022].

⁸ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220382.html> [01.09.2022].

Constituição e não pelo Tribunal Constitucional, consistindo na invalidade *ipso jure*, com produção de efeitos desde a sua entrada em vigor (nº 1 do artigo 282º da Constituição)”. E reforçou que é apenas quando o Tribunal Constitucional entender necessário lançar mão do condicionalismo do nº 4 do artigo 282º da Constituição, “que lhe cabe determinar os respetivos termos”.

Perante esta decisão ficaram esclarecidas as eventuais dúvidas quanto aos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade da Lei dos Metadados (e, obviamente, da eliminação da norma), mas apenas quanto aos casos não transitados em julgado. O Tribunal Constitucional nada referiu quanto à brecha do artigo 292º, nº 3, 2ª parte, da CRP, o que, salvo melhor opinião, reforçou tacitamente a obrigatoriedade de declaração expressa para a extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade aos casos julgados. O que, como vimos já, não se verificou no acórdão nº 268/2022º.

E quando parecia estar sanada a problemática da possibilidade de decisões transitadas em julgado virem a ser reanalisadas por força da desaplicação da Lei dos Metadados, algumas vozes – sobretudo por parte da advocacia – se ergueram, chegando a própria Ordem dos Advogados Portugueses, no mesmo comunicado em que lançou duras críticas ao Governo por ingerência abusiva na justiça (v. nota 6), a apelar ao ativismo dos advogados, ainda que não assumindo posição clara sobre a matéria. E a verdade é que, por declarações que ecoaram, sobretudo nos meios de comunicação social, tornou-se óbvia a pretensão de vários defensores (sobretudo aqueles relacionados a casos mediáticos¹⁰) de apresentarem, não apenas requerimentos para verificação da nulidade nos processos pendentes, mas também de interporem recurso de decisões já transitadas em julgado¹¹.

⁹ Muitíssimo pertinente e exatamente sobre esta problemática veja-se a conferência online “Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade”, promovida pelo Instituto do Acesso ao Direito da Ordem dos Advogados, e proferida por Raquel Brízida Castro, que afirmou que a regra quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral é a salvaguarda do caso julgado, mais uma vez realçando o princípio da segurança jurídica, a não ser se a norma que foi declarada inconstitucional for de âmbito penal e o respetivo conteúdo for menos favorável ao arguido, o que é o caso. E continua: “Mas, para tal, o Constitucional tinha de ter dito expressamente isso, o que não aconteceu”. Esta conferência está disponível, na íntegra, em <https://www.youtube.com/watch?v=nN1V18o-zil> [02.09.2022].

¹⁰ P. ex., no caso de Tancos, no caso do homicídio de Luís Grilo ou no homicídio do rapper Mota Jr.

¹¹ Algumas destas declarações foram proferidas, entre outros contextos, no programa “Em nome da Lei”, onde é possível ouvir o advogado Ricardo Serrano Vieira a afirmar que há lugar ao recurso de revisão e o constitucionalista Paulo Mota Pinto, a relembrar que, embora a Constituição ressalve a intangibilidade do caso julgado “o problema é que há no Código do Processo Penal um outro artigo, que é o 449, nº 1 alínea f, que diz que é fundamento de revisão

Perante estas reações, mesmo que se entenda não estarem os casos julgados cobertos pelos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, é legítimo esperar que os tribunais, e mais especificamente o Supremo Tribunal de Justiça, se vejam confrontados por recursos naquele sentido¹². E, por isto, importa agora analisar, não apenas, desta possibilidade, mas ainda todos os requisitos necessários a um pedido de revisão com tal fundamento.

2. O regime legal da revisão fundada na declaração de inconstitucionalidade de norma

2.1. Generalidades

Como se acabou de ver, o chumbo, pelo Tribunal Constitucional, da Lei nº 32/2008, de 17 de julho, alavancou a possibilidade de revisão de inúmeras decisões condenatórias já transitadas em julgado, ou seja, a possibilidade de se lançar mão do recurso de revisão, previsto constitucionalmente para situações de exceção, nas quais se permite a derrogação do caso julgado em situações de flagrante injustiça, por regra fomentadas pelo erro judicial.

O Código de Processo Penal (CPP) prevê, no seu artigo 449º, nº 1, um elenco taxativo composto por sete fundamentos para a revisão, de cariz extraordinário e, cada um deles, revestidos de várias exigências. São eles: a) dolo do julgador, b) falsidade da prova, c) inconciliabilidade de decisões, d) novos factos ou novos meios de prova, e) prova proibida, f) declaração da inconstitucionalidade de norma essencial à decisão (fundamento que analisaremos mais de perto), g) decisão de instância internacional vinculativa do Estado Português.

Note-se que os primeiros quatro fundamentos são os fundamentos originários do recurso de revisão, ao passo que os três últimos fundamentos foram introduzidos na profunda alteração sofrida pelo CPP em 2007, pela

a declaração de inconstitucionalidade de norma que tenha servido de fundamento à condenação”. Este programa está disponível em <https://rr.sapo.pt/artigo/em-nome-da-lei/2022/05/20/polemica-dos-metadados-pj-vai-passar-todos-os-processos-a-pente-fino/284991/> [01.09.2022].

¹² A este propósito, ver as declarações da ex-Procuradora-Geral da República Joana Marques Vidal em <https://www.dn.pt/sociedade/diretor-da-pj-diz-que-fim-do-acesso-aos-metadados-durante-um-ano-dificulta-trabalho-14894115.html> [01.09.2022].

Lei nº 48/2007, de 29 de agosto, que alargou substancialmente a possibilidade da revisão, sobretudo no seu âmbito, com a introdução daqueles três novos fundamentos e com a abertura do leque de possibilidade de revisões subsequentes.

E, atendendo ao carácter excepcional deste recurso, este alargamento não é assunto de menor importância. Efetivamente, a revisão foi desenhada para funcionar como uma última *ratio* da justiça, um último remédio contra as decisões injustas, quando mais nenhuma outra solução se vislumbra e apenas nas situações em que a muito provável e flagrante injustiça é, por si só, merecedora de força suficiente que motive a derrogação do caso julgado¹³ e, conseqüentemente, o primado constitucional da certeza e segurança jurídicas. Daí que a previsão deste recurso encontre guarida na própria Constituição, no artigo 29º, nº 6.

Mas ao contrário do que o texto constitucional possa fazer crer – “Os cidadãos *injustamente condenados* têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos” –, o CPP prevê duas situações de revisão de decisões absolutórias, nas alíneas a) e b) daquele artigo 449º, nº 1¹⁴.

O que é importante realçar neste contexto é que “o princípio da *res judicata pro veritate habetur* é um princípio de utilidade e não de justiça e por isso não pode obstar à revisão de sentença”¹⁵ quando haja fortes elementos de convicção de que a decisão proferida é injusta. Ou porque “a decisão proferida não corresponde em matéria de facto à verdade histórica que o processo penal quer e precisa em todos os casos alcançar”¹⁶ ou, excepcionalmente, porque

¹³ Consagrado, ainda que indiretamente, no artigo 29º, nº 5, da CRP, através da consagração direta do *ne bis in idem*.

¹⁴ Com todos os problemas de (in)constitucionalidade que estas duas alíneas suscitem, por tanto se distanciarem do texto constitucional. Problemática que, aliás já foi analisada pela autora, e que pode ser consultada em Ana Teresa CARNEIRO, “Entre as duas faces de *Janus*: o recurso extraordinário de revisão, em particular as alíneas a) e b) do nº 1 do artº 449º do Código de Processo Penal”, in Joaquim Freitas da Rocha (coord.), *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho*, tomo II, *Ética e Direito*, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho (Departamento de Ciências Jurídicas Públicas), 2013, pp. 7-18, disponível em https://issuu.com/eduminho/docs/final_anu_rio_2013_etica_e_direito [02.09.2022]. Ver ainda o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de setembro de 2007, proc. nº 07P2281, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/df4b9f9674b6909d80257378003031e0?OpenDocument> [02.09.2022].

¹⁵ António Henriques GASPARGAR *et al.*, *Código de Processo Penal Comentado*, 3ª edição revista, Coimbra, Almedina, 2021, p. 1436.

¹⁶ António Henriques GASPARGAR *et al.*, *Código de Processo Penal Comentado*, *op. cit.*, p. 1436.

há razões de direito que determinam a revisão [que será o caso da alínea f), aqui em apreço, e da alínea g), ambas introduzidas pela reforma de 2007].

Como se afirma no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proc. nº 344/15.7GDCNT-A.S1, de 24 de maio de 2017¹⁷, o recurso extraordinário de revisão, “constitui, pois, uma exceção ou restrição ao princípio da intangibilidade do caso julgado, que por sua vez deriva do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, que é um elemento integrante do próprio princípio do estado de direito [e] condição fundamental da paz jurídica que todo o sistema jurídico prossegue, como condição da própria paz social”. Todavia, “se a incerteza jurídica provoca um sentimento de insegurança intolerável para a comunidade, a intangibilidade, em obediência ao caso julgado, de uma decisão que vem a revelar-se claramente injusta perturbaria não menos o sentimento de confiança colectiva nas instituições”¹⁸. Claro está que, atendendo à excecionalidade da revisão, esta apenas é admissível dentro do elenco taxativo previsto no CPP e respeitados os apertados requisitos aí previstos¹⁹. No caso em concreto da alínea f), tal como em todas alíneas do artigo 449º, nº 1, qualquer requisito aí estabelecido deverá ser interpretado em conformidade com a CRP.

2.2. A alínea f) do nº 1 do artº 449º do Código de Processo Penal

No caso aqui em apreço, devemos analisar o fundamento contemplado na al. f) do nº 1 do artigo 449º²⁰, que diz respeito a situações em que o princípio do respeito pelo caso julgado cede perante a declaração da inconstitucionalidade com força obrigatória geral de norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tenha servido de fundamento à condenação.

Mas como já se pôde perceber da introdução feita neste artigo à problemática que nos trouxe novamente à análise da revisão fundamentada na

¹⁷ António Henriques GASPARG *et al.*, *Código de Processo Penal Comentado*, *op. cit.*, pp. 1441-1442.

¹⁸ O mesmo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proc. nº 344/15.7GDCNT-A.S1, de 24 de maio de 2017.

¹⁹ Sobre o caso julgado e o seu enfraquecimento perante a revisão veja-se Paulo Renato de Freitas BELO, “O recurso de revisão e a reforma penal”, *Julgar*, nº 23, 2014, pp. 83-85.

²⁰ Acompanhando, de perto, a análise da autora em *Dos Fundamentos do Recurso Extraordinário de Revisão*, Lisboa, Rei dos Livros, 2012, pp. 142-151.

declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, este fundamento apresenta algumas dificuldades²¹, podendo ser até questionada a sua constitucionalidade.

Na prática, a introdução no CPP deste fundamento, em 2007, teve por objetivo preencher a lacuna legal que existia até então, relativa a um mecanismo processual penal de execução das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional de inconstitucionalidade de norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tivesse servido de fundamento à sua condenação. Ao que parece, concretizando no processo penal o conteúdo do artigo 282º da CRP, especialmente no atinente ao seu nº 3, que, como já se viu, estabelece uma exceção aos efeitos *ex tunc* de inconstitucionalidade, ao estipular que “ficam ressalvados os casos julgados”. A este propósito, já se afirmou no acórdão do Tribunal Constitucional nº 232/04²², que “colocado entre dois campos de interesses opostos – de um lado a consideração do interesse da certeza e segurança jurídicas, a demandar o respeito pelo caso julgado, com a sua natureza definitiva, e do outro o interesse do respeito pela ‘legalidade’ constitucional, a solicitar a reconstituição da ordem jurídica constitucional mediante o afastamento da norma que a violava e de todos os efeitos jurídicos produzidos à sua sombra – o legislador constitucional sobrepôs o primeiro ao segundo, pondo como limite ao efeito *ex tunc* da inconstitucionalidade a existência de caso julgado formado relativamente a situação em que tenha ocorrido a aplicação da norma declarada inconstitucional”.

Contudo, a parte final do nº 3 do artigo 282º da CRP consagra uma “exceção de exceção”²³, ao dispor que o Tribunal Constitucional pode decidir pela atribuição dos efeitos retroativos aos casos julgados, nas situações em que a norma declarada inconstitucional respeitar a matéria penal,

²¹ Veja-se o referido nos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de dezembro de 2008 e 3 de março de 2010, proc. nº 08P2147 e proc. nº 714/01.8TAFVN.A.S1-3, respetivamente – acórdãos disponíveis no site www.dgsi.pt [13.07.2022].

²² Acórdão disponível no site www.tribunalconstitucional.pt [11.07.2022].

²³ J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotado*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 976.

disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social²⁴ e for de conteúdo menos favorável ao arguido²⁵.

Ora, esta solução legal, que sempre passará pela derrogação do caso julgado em homenagem ao respeito pela legalidade constitucional, compreende-se excecionalmente no âmbito penal, sobretudo se pensarmos na hipótese de existirem condenados no âmbito de decisões fundadas em norma inconstitucional. São razões de igualdade, de justiça e de coerência que se arrogam em situações como esta ou, melhor, o evitar de paradoxos judiciais, através do “reconhecimento de que, num Estado de Direito, não se justifica invocar o trânsito em julgado da decisão para obstar à aplicação de uma lei penal mais favorável e, conseqüentemente, obrigar o condenado a cumprir a pena fixada em norma inconstitucional”²⁶. Como bem se refere no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de julho de 2014, proc. nº 145/10.9JAPDL-B. S1, “o instituto da revisão da sentença, de matriz constitucional, enquanto mecanismo processual conflituante com o caso julgado material, também constitucionalmente consagrado através do princípio do *ne bis in idem*, consubstancia um incidente excepcional, em que só perante situações especiais, rigorosamente previstas na lei, é admissível a sua utilização, com vista a repor a verdade e a realização da justiça”²⁷.

Mas, voltando ao nó górdio da questão em análise, há que referir que, embora o artigo 449º, nº 1, alínea f) não o refira expressamente, os efeitos retroativos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade de norma respeitante a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e que seja menos favorável ao arguido não operam *ope juris*²⁸, sendo obrigatória a sua determinação por pronúncia do Tribunal Constitucional. Ou seja, o caso julgado só será tangível numa decisão de inconstitucionalidade com

²⁴ Portanto, matéria revestida de carácter sancionatório.

²⁵ O que, aliás, é coerente a toda uma sistemática penal fundada no princípio da aplicação da lei mais favorável ao arguido (v.g. em matéria de aplicação da lei no tempo). Neste caso, a norma será de conteúdo menos favorável ao arguido quando prevê como punível uma conduta anteriormente não punível e quando contempla diferenças relativas a outras matérias, nomeadamente, na própria pena (p. ex., uma pena mais severa, quer no respeitante à sua natureza, quer ao seu *quantum* ou uma norma que preveja menos circunstâncias atenuantes ou mais circunstâncias agravantes da pena.

²⁶ Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 836.

²⁷ Disponível em <http://www.dgsi.pt> [02.07.2022].

²⁸ Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, *op. cit.*, p. 837.

força obrigatória geral, quando o Tribunal Constitucional expressamente assim o decidir, declarando a sua opção pela não consolidação de situações derivadas da aplicação da norma declarada inconstitucional²⁹.

Veja-se, neste sentido, a posição clara do Tribunal Constitucional, no acórdão nº 232/2004³⁰: “[e]ssa quebra do respeito pelo caso julgado formado sobre a aplicação da lei declarada inconstitucional não opera *ope juris*: antes, o legislador constitucional cometeu-a à ponderação do Tribunal Constitucional[.] O afastamento do princípio do respeito pelo caso julgado, aqui previsto, funda-se em razões de justiça, igualdade e equidade que são especialmente sensíveis nos domínios contemplados – o penal, disciplinar e contraordenacional. Por outro lado, a atribuição, pela Constituição, ao Tribunal Constitucional do poder de afastar o princípio do respeito pelos casos julgados explica-se pelo facto de tal solução envolver sempre a formulação de um concreto juízo de ponderação, com referência à concreta norma jurídica em causa, daquelas razões de justiça, ao qual não poderão ser alheios os princípios da adequação e proporcionalidade”.

Argumentar, como se ouviu neste contexto, que a norma processual penal – a alínea f) do nº 1 do artigo 449º – não exige especificamente a declaração expressa do tribunal Constitucional no sentido da derrogação dos casos julgados feridos pela norma inconstitucional, parece-nos esquecer o primado da Constituição e a obrigatoriedade da conformidade das leis ordinárias com a Lei Fundamental.

Uma solução que viesse permitir ao Supremo Tribunal de Justiça, no âmbito do recurso de revisão, a definição, em todos os casos julgados, dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade da norma que serviu de fundamento à condenação, quando o nº 3 do artigo 282º da CRP expressamente reserva ao Tribunal Constitucional a definição desses efeitos retroativos a casos julgados, obrigaria realmente a considerar a inconstitucionalidade da alínea f) do nº 1 do artigo 449º, por desconformidade com a Lei Fundamental. Tem sido, aliás, neste sentido, que a jurisprudência do

²⁹ Ver acórdão do Tribunal Constitucional nº 232/04, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040232.html> Disponível [02.09.2022].

³⁰ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040232.html> Disponível [02.09.2022].

Supremo Tribunal de Justiça³¹ e alguma doutrina³² se têm pronunciado pela inconstitucionalidade da alínea f), quando interpretada literalmente e, assim, em desconformidade com a Constituição. Na verdade, a constitucionalidade da alínea f) do nº 1 do artigo 449º apenas estará assegurada se interpretada restritivamente “no sentido de só constituir fundamento de revisão a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral relativamente aos casos julgados determinados pelo TC”³³.

Mais complicado se torna, porém, a análise desta questão no mais alargado panorama europeu, que pode levantar já algumas dúvidas quanto à salvaguarda do caso julgado. Mesmo defendendo que sempre imperará o direito constitucional interno, acompanhamos aqui Raquel Brízida Castro³⁴, que propõe que o Supremo Tribunal de Justiça, no âmbito dum recurso de revisão, deverá solicitar esclarecimentos ao Tribunal de Justiça da União Europeia quanto a eventuais dúvidas que lhe surjam na interpretação conjunta do direito nacional e europeu, através do mecanismo do reenvio prejudicial para aquela instância europeia³⁵.

Aqui chegados, já se percebe que a questão de se saber se impera ou não a necessidade de declaração expressa do Tribunal Constitucional quanto ao sacrifício do caso julgado decorrente duma declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral proferida no âmbito dum processo de fiscalização abstrata sucessiva, não é a única problemática suscitada pela alínea f) do nº 1 do artigo 449º do CPP. Até porque há que suscitar ainda a relevância da data da declaração de inconstitucionalidade da norma, já que o artigo 449º, nº 1, alínea f) do CPP é omissivo neste ponto. A decisão de inconstitucionalidade terá de ser posterior ao trânsito em julgado da decisão a rever ou, antes, é aceitável a revisão nas situações em que a declaração de

³¹ Vejam-se, p. ex., os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de maio e de 10 de dezembro de 2008, proc. nº 08P1150 e proc. nº 08P2147, respetivamente disponíveis em www.dgsi.pt [01.07.2022].

³² Cf. Manuel Simas SANTOS e Manuel LEAL-HENRIQUES, *Recursos Penais*, Lisboa, Rei dos Livros, 2011, p. 231.

³³ Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, pp. 1213-1214.

³⁴ Novamente em <https://www.youtube.com/watch?v=nN1V18o-zil> [02.09.2022].

³⁵ Raquel Brízida Castro afirma que o direito da União Europeia não afasta a hipótese de uma invalidade desta natureza ter efeito mesmo em casos já transitados em julgado e que há mesmo quem defenda que, face ao princípio do primado do direito da União Europeia, o artigo da Constituição que restringe os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a casos ainda não transitados em julgado não deve ser aplicado. Daí a eventual necessidade do reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia.

inconstitucionalidade ocorreu anteriormente ao trânsito em julgado da decisão revidenda? Só a primeira hipótese será de aceitar, ou seja, a decisão do Tribunal Constitucional de inconstitucionalidade da norma deve ser posterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória³⁶, sob pena de, tal como em situações idênticas que se levantam em sede de revisão, termos o que se pode chamar de um novo grau de recurso encapotado (o condenado teve à sua disponibilidade recursos ordinários que lhe permitiam afastar a norma entretanto declarada inconstitucional, e, se não os aproveitou não poderá ser o carácter excepcional deste recurso a sofrer as respetivas consequências³⁷). Mais, enquanto não se formar o caso julgado, a decisão poderá ser reapreciada também pelo próprio tribunal da condenação, sempre que por força da eliminação da norma isso implicar a aplicação retroativa da lei anteriormente aplicável, à luz do artigo 2º, nº 2 (quando a repristinação da norma anterior à norma declarada inconstitucional implica a descriminalização da conduta) ou nº 4 do Código Penal (se a conduta se mantém punível, mas à luz de um regime mais favorável)³⁸.

Para além da declaração de inconstitucionalidade da norma, com todas as minudências acabadas de analisar, exige este preceito que tal norma tenha servido de fundamento à condenação, isto é, que tenha composto a *ratio decidendi* da decisão condenatória (e tão apenas desta, uma vez que aqui se

³⁶ Acompanhe-se Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, op. cit., p. 1213, e o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Novembro de 2010, proc. nº 347/06.2GBV LG-A.S1, disponível em www.dgsi.pt [11.07.2022].

³⁷ Efetivamente, o “recurso de revisão é estruturado na lei processual penal em termos que não fazem dele uma nova instância, surgida no prolongamento da ou das anteriores. O núcleo essencial da ideia que preside à instituição do recurso de revisão, precipitada na alínea d) do nº 1 do artigo 449º do CPP, reside na necessidade de apreciação de novos factos ou de novos meios de prova que não foram trazidos ao julgamento anterior. Trata-se aí de uma exigência de justiça que se sobrepõe ao valor de certeza do direito consubstanciado no caso julgado”. Cf. Víncio A. P. RIBEIRO, *Código de Processo Penal - Notas e Comentários*, 3ª edição, Lisboa, Quid Juris, 2020, p. 1114. Também Paulo Ferreira da CUNHA afirma que o recurso de revisão “apenas pode ser admitido excepcionalmente, em casos em que se evidencie ou, pelo menos, se indicie, com uma probabilidade muito séria, a injustiça da condenação. [Destarte], como vimos, só circunstâncias ‘substantivas e imperiosas’ devem permitir a quebra do caso julgado, de modo a que este recurso extraordinário não se transforme numa ‘apelação disfarçada’”. “*Diabolus ex machina*”? Do recurso extraordinário de revisão de sentença penal”, *Revista do Ministério Público*, nº 166, abril-junho 2021, p. 131.

³⁸ Não é aqui despidendo relembrar que o artigo 2º, nº 4, do Código Penal sofreu uma importante alteração, operada também pela Lei nº 59/2007, de 4 de Setembro, que apagou o limite que era imposto à retroatividade da lei penal mais favorável pelo caso julgado. O que implicou o novo artigo 371º-A do CPP, que atualmente regula a abertura da audiência para a aplicação retroativa de lei penal mais favorável que inicie a sua vigência posteriormente ao trânsito em julgado da condenação, nas situações em que esta nova lei não tenha determinado a cessação da execução da pena (com críticas bastante duras ao artigo 371º-A do CPP, veja-se Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, que considera este novo regime processual inconstitucional, como, aliás, considera também suceder com a atual redação do nº 4º do artigo 2º do Código Penal (*Comentário do Código de Processo Penal*, op. cit., pp. 939-940).

trata dum fundamento de revisão *pro reo*, portanto, apenas relativo a decisões condenatórias). Não exige o legislador que a norma declarada inconstitucional tenha sido a única norma a fundamentar a condenação, mas exige sim que essa norma, por si só ou conjuntamente com outras, tenha sido determinante para fundamentar e legitimar a decisão condenatória.

3. Considerações finais

A declaração da inconstitucionalidade da conjugação dos artigos 4º e 6º e, ainda, do artigo 9º da Lei nº 32/2008, de 17 de julho (Lei dos Metadados), por violação dos princípios constitucionais da proporcionalidade na restrição da reserva da intimidade da vida privada e à autodeterminação informativa e o direito a uma tutela jurisdicional efetiva, operada pelo acórdão do Tribunal Constitucional nº 268/2022, acarretou graves consequências práticas ao nível da investigação criminal, sobretudo quanto às alternativas que permitam colmatar as dificuldades agora surgidas com a eliminação das possibilidades que se dispunham naquela Lei, mas também suscitou questões difíceis sobre o estabelecimento dos efeitos *ex tunc* daquela declaração.

A questão central neste artigo prende-se com o eventual alcance desses efeitos aos casos julgados que, como se viu, mereceu o nosso posicionamento no sentido da obrigatoriedade duma declaração expressa do Tribunal Constitucional, portanto, do entendimento deste Tribunal que contrarie a exceção prevista para a aplicação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral aos casos julgados³⁹.

Intimamente relacionada com esta questão surgiu a interpretação, duvidosa, ainda que literal, do artigo 449º, nº 1, alínea f), com a hipótese de haver lugar a revisão de sentença sempre que uma norma, constatada essencial à condenação, tenha sido declarada inconstitucional, com força obrigatória geral, dispensando-se então aquela declaração expressa do Tribunal Constitucional. Esta interpretação não merece o nosso acolhimento, antes salvaguardando-se uma interpretação restritiva da alínea f), aliás, cremos que a única que não coloca em causa a própria constitucionalidade deste preceito,

³⁹ Com o mesmo entendimento v. Paulo Renato Freitas BELO, *O recurso de revisão e a reforma penal*, op. cit., pp. 102-103.

o que sempre implicará declaração expressa do Tribunal Constitucional que afaste a exceção de aplicação da decisão de inconstitucionalidade aos casos julgados, nos termos do artigo 282º, nº 3.

De qualquer forma, a verdade é que a mera existência de tantas dúvidas acerca deste fundamento de revisão sugere alguma imprecisão na redação da alínea f) do nº 1 do artigo 449º, como já tivemos oportunidade de criticar⁴⁰. Mais, relembramos também que este regime, para além de dúbio, nos parece “repetitivo” e “mais complexo e menos célere do que o regime de aplicação retroactiva de lei penal mais favorável previsto no artº 2º do CP e no artº 371º-A do CPP”⁴¹.

Concluídas estas breves considerações, a verdade é que, mesmo assim, se espera que vários pedidos de revisão, com fundamento na declaração de inconstitucionalidade da Lei dos Metadados, cheguem ao Supremo Tribunal de Justiça, pelo que urge dar resposta às inquietações aqui sumariamente elencadas e, sendo caso disso, fazer operar o reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia.

⁴⁰ Em Ana Teresa CARNEIRO, *Dos Fundamentos do Recurso Extraordinário de Revisão*, p. 151.

⁴¹ Ana Teresa CARNEIRO, *Dos Fundamentos do Recurso Extraordinário de Revisão*, *op. cit.*, p. 150.

HUMAN DIGNITY, PATERNALISM, AND RELIGIOUS SYMBOLS*

Anabela Costa Leão**
Benedita Mac Crorie***

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.5>

1. The Use of Religious Symbols: Coercion or Choice?

1.1. Western countries are today characterized by cultural diversity, stemming not only but also from migration. In a broad sense, cultural diversity encompasses religious diversity. Conflicts between dimensions of freedom of religion and other fundamental rights and/or constitutional principles, from equality and human dignity to neutrality and separation between Church and State (whose scope remains, somehow, uncertain), arise frequently.

The case law of the European Court of Human Rights (ECHR) provides several examples of cases concerning issues arising from the use

* Este artigo tem por base as comunicações em inglês que a Benedita Mac Crorie e eu preparámos em conjunto entre 2016 e 2017 para apresentar em seminários internacionais e que depois convertimos em artigo com vista à sua publicação. É a última versão desse texto (julho de 2021) – cujos aspetos formais estávamos precisamente a ultimar para a sua submissão a uma revista, que infelizmente já não veio a ocorrer – que agora se publica, com as adaptações mínimas necessárias ao respeito pelas regras de estilo deste *Liber Amicorum*. Que este diálogo, alimentado ao longo dos anos, possa contribuir para outros diálogos académicos e para a discussão científica em torno dos temas, como o da proteção jurídica da dignidade da pessoa humana, que a Benedita Mac Crorie sempre acarinhou.

** Faculdade de Direito da Universidade do Porto and CIJE-FDUP (aleao@direito.up.pt).

*** Escola de Direito da Universidade do Minho.

of religious symbols in public places¹, among which the well-known *Leyla Şahin v. Turkey* (2005)² and, more recently, cases concerning religious attire worn by women partially or totally covering the face such as *S.A.S. v. France* (2014)³ and *Belcacemi and others v. Belgium* (2017)⁴. These last cases concerned France and Belgium, whose constitutional jurisdictions had previously ruled on laws interdicting the use of clothing fully or substantially hiding the face in public places, the French *Conseil Constitutionnel* in 2010⁵ and the Belgian *Cour Constitutionnelle* in 2012⁶.

The prohibition of use of religious attire by adult women - namely headscarves, *hijabs*, *niqabs* or *burqas* – is generally grounded on a wide range of reasons (not completely independent from each other). These reasons encompass, among others, the protection of public order and collective security (the use of veils covering the face may difficult or preclude the possibility to identify its user), the State’s duty to protect a certain conception of “living together” (“*vivre ensemble*”⁷), the safeguard of religious neutrality and “*laïcité*” in specific places such as public schools, the need to safeguard gender equality and the protection of adult women’s autonomy and dignity. In this article, we suggest that this last type of arguments can lead to paternalistic measures, problematic from the point of view of autonomy and religious freedom (encompassing decisions on the use of religious clothing).

1.2. Underlying this discussion is the question of whether the State should interfere in the manifestation of religious beliefs by its citizens (or, more generally, by people submitted to its laws, even if not citizens), namely

¹ For ECHR case law overview on religious symbols and clothing, encompassing different religions and different domains, from school to court or workplaces, ECHR, *Religious Symbols and Clothing* (Dec. 2018), available at http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Religious_Symbols_ENG.pdf

² ECHR, *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98 (Nov. 10, 2005), available at <http://hudoc.echr.coe.int/>. On the jurisprudence of the ECHR about muslim religion, among others, Patrícia JERÓNIMO, *Intolerância religiosa e minorias islâmicas na Europa: a censura do "Islão visível" - os minaretes e o véu - e a jurisprudência conivente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem* (Jan. 08, 2013) available at <http://hdl.handle.net/1822/22352>

³ ECHR, *S.A.S. v. France*, App. No. 43835/11 (Jun. 26, 2014), available at <http://hudoc.echr.coe.int/>.

⁴ ECHR, *Belcacemi and others v. Belgium*, App. No. 37798/13 (Jul. 11, 2017), available at <http://hudoc.echr.coe.int/>.

⁵ Conseil Constitutionnel (CC), *Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010*, on the *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, available at <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

⁶ Cour Constitutionnel Belge (CCB), *Arrêt n° 145/2012* (Dec. 06, 2012), available at <http://www.const-court.be/public/f/2012/2012-145f.pdf>

⁷ ECHR, *S.A.S. v. France*, App. No. 43835/11, and CCB, *Arrêt n° 145/2012* (Dec. 06, 2012).

through the action of legislators approving acts concerning the use of religious symbols in public places or through the action of courts deciding disputes concerning them.

Even if we sustain that a State must not endorse a specific religion or must, at least, create effective conditions for free exercise of religion (which encompasses the respect for non-believers), it seems difficult to affirm that States are, from a factual point of view, completely neutral when it comes to religion and/or, more broadly, to culture⁸. The existence of Sunday closing rules in non-confessional States or the adoption of “official languages” serve as examples⁹.

The conception of State neutrality¹⁰, born in the liberal tradition, is complex and widely discussed. We suggest that State’s attitude towards culture should be *impartiality* in the sense of an obligation of “inclusion of reasons” in the argumentative process leading to a decision, not *prima facie* discriminating against some of those reasons¹¹. Following Carens and Parekh, the State does not have to be culturally neutral or indifferent, but equitable, giving all “cultural voices” the possibility to participate in a “common dialogue”¹².

The State must respect cultures and religious communities, not strictly by their intrinsic value, but mostly as a way of respecting dimensions that give meaning to the lives of the individuals and are, therefore, protected through individual rights such as the right to self-determination, the right to cultural identity and religious freedom. This recognition of the value of

⁸ Discussing the issue of State neutrality, Will KYMLICKA, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

⁹ As it is the case of Portugal, see Luísa NETO, “*De die ad diem*: os dias úteis ou a utilidade dos dias. Comentário ao Acórdão do TCAN (1ª secção) de 8.2.2007, P.1394/06.OBEPRT”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, 74, 2009, pp. 37 ff. Other examples can be found in Rossella BOTTONI, Rinaldo CRISTOFORI and Silvio FERRARI (eds.), *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism - A Comparative Overview*, Springer, 2016.

¹⁰ The relationship between religion and State, which offers different models not explored in this paper, is relevant to the broad conception of State neutrality, itself a contested concept of liberal origin. There are different understandings and meanings of political neutrality, focusing on the outcomes of State action or on the reasons underlying the action (which can be understood as neutrality of intent or justificatory neutrality), as discussed by János KIS, *State Neutrality*, in Michel Rosenfeld and Andrés Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 319 ff.

¹¹ Anabela Costa LEÃO, *Constituição e interculturalidade – da diferença à referência*, 2013, pp. 199-211 [PhD thesis presented in 2013 to Faculty of Law of the New University of Lisbon, approved in 2014]

¹² Bhikhu PAREKH, *Repensando el multiculturalismo*, Ediciones Istmo, 2005, p. 330. Translation by the authors.

cultural belonging in the process of identity shaping can also justify policies aiming at justice and equality among cultural groups (namely, compensating minority groups for inequalities)¹³.

One of the most controversial issues concerning the defense of multicultural approaches is whether the defense of the respect for cultural traditions, many of which patriarchal, help perpetuating the situation of discrimination and disrespect for women's rights¹⁴, turning the State into a *de facto* accomplice of gender inequality even though establishing equality as a basic legal principle. Also, as feminist literature shows, power dynamics inside the groups must not be forgotten, namely those concerning minorities within the groups ("internal minorities") or – using a perhaps more accurate terminology – *vulnerable groups* or *vulnerable members* inside the groups, among which are women¹⁵.

The respect for cultural groups shall not mean that State's interference in the face of certain cultural practices is always forbidden. In some cases, it is not only admitted but truly imposed to safeguard the basic rights (such as autonomy or physical integrity) of the group members affected by the cultural practices at stake (for example, women or children) or to achieve fundamental principles of the community considered to be non-negotiable, such as gender equality, human dignity, or principles imposed by the "democratic State based in the rule of Law"¹⁶.

Respect for human dignity, autonomy and development of personality all ground the *prima facie* respect for manifestations of cultural and religious identities. However, limits can be placed on the right to express one's cultural and religious identity to safeguard rights of others, fundamental principles of the community and even to protect the individual from itself, even though

¹³ On this, see for all the defense of differenced cultural rights sustained by Will KYMLICKA, *Multicultural Citizenship...*, *op. cit.*

¹⁴ See, for an example, Leti VOLPP, "Feminism vs. Multiculturalism", *Critical Law Review*, 101, 5, 2001, pp. 1181 ff. and Susan Möller OKIN, "Is multiculturalism bad for women?", *Boston Review*, 1997, available at <http://new.bostonreview.net/BR22.5/okin.html>

¹⁵ On this, see Ayelet SHACHAR, "Feminism and multiculturalism: mapping the terrain", in Anthony Simon Laden and David Owen (eds.), *Multiculturalism and Political Theory*, Cambridge University Press, 2007, pp. 115 ff. and "Religion, State, and the Problem of Gender: Reimagining Citizenship and Governance in Diverse Societies", *McGill Law Journal*, 50, 2005, pp. 49 ff.

¹⁶ On this, generally, Anabela Costa LEÃO, *Constituição...*, *op. cit.*, *passim*.

this last possibility is more problematic (see below 2)¹⁷. This renders the determination of limits and criteria governing State intervention crucial.

1.3. Although aiming to safeguard the autonomy of individuals, it can be discussed whether many of the bans on the use of religious symbols in public spaces are based on paternalistic grounds, because the use of these symbols may reflect, many times, a deliberate choice¹⁸. These bans can appear, therefore, to be hardly compatible with autonomy itself, given the fact that autonomy should include the possibility of adopting a behavior that appears in the eyes of others as an option (a free exercise of choice) for inequality or exclusion.

Autonomy is a highly contested concept¹⁹. In the words of Catriona Mackenzie, “[i]n liberal democratic societies, the principle of respect for personal autonomy is widely accepted – in theory, if not always in practice – as a fundamental normative principle, the importance of which is enshrined in a number of legal and political rights. Put simply, to respect autonomy is to respect each person’s entitlement and authority to lead a self-determining life. To lead a self-determining life is to be able to make important decisions about one’s life and to act on the basis of one’s deeply held values and commitments free from undue interference and domination by others. The presumption is that most adult citizens have the capacity and the right to exercise this authority, even if they do not always exercise it as wisely as they might.”²⁰

Catriona Mackenzie suggests two different concepts of autonomy, a liberal or more precisely libertarian understanding, and a relational

¹⁷ The case law of the ECHR on religious freedom and cultural identity and admissible restrictions provides for several examples, as demonstrated among others by Eva BREMS, “Human Rights as a framework for negotiating/protecting cultural differences – an exploration of the case-law of the European Court of Human Rights”, in Marie-Claire Foblets, Jean François Gaudreault-Desbiens and Alison Dundes Renteln (eds.), *Cultural Diversity and the Law. State Responses from around the world*, Bruylant, 2010, pp. 663 ff.

¹⁸ For the purposes of this paper, we do not dwell on the question whether religion is a matter of choice or chance. We assume that there is an element of choice in religious practice, based on autonomy considerations. For a brief discussion, see Lucy VICKERS, “ECJ headscarf series (2): the role of choice; and the margin of appreciation”, *Strasbourg Observers*, Sept. 08, 2016, available at <https://strasbourgobservers.com/2016/09/08/blog-series-the-role-of-choice-and-the-margin-of-appreciation/>

¹⁹ For a critical discussion, see Catriona MACKENZIE, “Feminist innovation in philosophy: relational autonomy and social justice”, *Women’s Justice International Forum*, 2018, available at <https://doi.org/10.1016/j.wsif.2018.05.003>, and Jill MARSHALL, *Personal Freedom through Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 57-68. See also *infra*, at 2.

²⁰ Catriona MACKENZIE, “Feminist innovation...”, *op. cit.*, p. 3.

understanding²¹. The first emphasizes negative freedom, the second takes into account “relational and social constitution of individual identity” and phenomena of social oppression, inequality and power relations²². According to the author, “a multidimensional analysis of the concept of autonomy is helpful for teasing apart the variable impacts of social oppression and inequality on autonomy”²³. Her concept of autonomy involves “three conceptually distinct, but causally interdependent dimensions or axes: self-determination, self-governance, and self-authorization”²⁴. Conditions for self-governance or “agency” can be particularly relevant considering the aim of this paper.

As feminist literature on adaptive preferences or oppressive socialization shows, recognizing the relevance of culture and communities can render problematic from the point of view of preserving self-determination and autonomy conditions of women in patriarchal societies²⁵. Highlighting the context where choices take place seems crucial to contest the abstract, individualistic and invulnerable liberal subject²⁶, in the sense that people are produced, not just limited, by contexts. However, it seems also crucial not to exclude the idea that people preserve some control over their lives and are, therefore, autonomous²⁷. Recognizing the value of cultural belonging shall not mean sacrificing individual cultural self-ascription dimensions and personal experiences of culture²⁸. Otherwise, we may fail to *recognize* women in their dignity as well²⁹.

1.4. All the cases listed above concern equality of sexes and rights and dignity of women and the legitimacy of public authorities to protect

²¹ Catriona MACKENZIE, “Feminist innovation...”, *op. cit.*, pp. 3-4.

²² Catriona MACKENZIE, “Feminist innovation...”, *op. cit.*, pp. 3-4.

²³ Catriona MACKENZIE, “Feminist innovation...”, *op. cit.*, p. 4.

²⁴ Catriona MACKENZIE, “Feminist innovation...”, *op. cit.*, p. 4.

²⁵ For a discussion of this topic, Jill MARSHALL, *Personal Freedom...*, *op. cit.*, pp. 57 ff.

²⁶ For a critique of the liberal subject from a vulnerability perspective, Martha Albertson FINEMAN, “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, *Yale Journal of Law & Feminism*, 20, 1, 2008, pp. 1 ff.

²⁷ See Jill MARSHALL, *Personal Freedom...*, *op. cit.*

²⁸ On this, see Seyla BENHABIB, *Las reivindicaciones de la cultura*, Katz, 2006, p. 216, and Sarah SONG, “Majority norms, multiculturalism and gender equality”, *American Political Science Review*, 99, 4, 2005, pp. 473 ff.

²⁹ Jill MARSHALL, “S.A.S. v France: Burqa Bans and the Control or Empowerment of Identities”, *Human Rights Law Review*, 15, 2015, pp. 377 ff., mainly p. 389.

those values through the interference on religious beliefs, encompassing religious attire.

In the *Leyla Şahin* case, the ECHR found that the Istanbul University regulations restricting the right to wear the Islamic headscarf and the measures adopted in accordance had interfered with the applicant's religious freedom, namely her right to manifest her religion, protected by Article 9 of the European Convention of Human Rights (hereinafter, Convention). However, the Strasbourg Court also noted that Article 9 "does not protect every act motivated or inspired by a religion or belief" and considered those restrictions an interference "prescribed by law", which pursued a legitimate aim and was "necessary in a democratic society" within the meaning of Article 9/2 of the Convention. The State was recognized a margin of appreciation, given the diversity of approaches of national authorities to the relationship between State and religions, especially when it comes to regulating the wearing of religious symbols in educational institutions, and a reasonable relationship of proportionality between the measures and the aims was found.

In the words of the Court, in universities "where the values of pluralism, respect for the rights of others and, in particular, equality before the law of men and women are being taught and applied in practice, it is understandable that the relevant authorities should wish to preserve the secular nature of the institution concerned and so consider it contrary to such values to allow religious attire, including, as in the present case, the Islamic headscarf, to be worn"³⁰.

However, considerations about the autonomy of the applicant and her human dignity played no role in the reasoning of the Court. The dissenting opinion of Judge Tulkens in the *Leyla Şahin* case (see § 11 and

³⁰ *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98 at para. 116. Also in *Dablab v. Switzerland*, App. No. 42393/98 (Feb. 15, 2001), available at <http://hudoc.echr.coe.int/>, the Court expressed as follows: "The Court accepts that it is very difficult to assess the impact that a powerful external symbol such as the wearing of a headscarf may have on the freedom of conscience and religion of very young children. The applicant's pupils were aged between four and eight, an age at which children wonder about many things and are also more easily influenced than older pupils. In those circumstances, it cannot be denied outright that the wearing of a headscarf might have some kind of proselytising effect, seeing that it appears to be imposed on women by a precept which is laid down in the Koran and which, as the Federal Court noted, is hard to square with the principle of gender equality. It therefore appears difficult to reconcile the wearing of an Islamic headscarf with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society must convey to their pupils".

12) is very expressive, namely when she affirms, on the use of the headscarf by Leyla, a young university student, that she fails to see “how the principle of sexual equality can justify prohibiting a woman from following a practice which, in the absence of proof to the contrary, she must be taken to have freely adopted. Equality and non-discrimination are subjective rights which must remain under the control of those who are entitled to benefit from them”³¹.

The issue arose again in *S.A.S v. France*, a case with many third-party interveners, in which a French Muslim woman argued that her rights under the Convention – specifically, her freedom of religion (Article 9), freedom of expression (Article 10) and right to respect to private life (Article 8), taken separately and in conjunction with Article 14 – were being violated by the French ban on the use of religious clothing imposed by the Law of 11 October 2010 prohibiting the concealment of one’s face in public places. According to the applicant, “she is a devout Muslim, and she wears the *burqa* and *niqab* in accordance with her religious faith, culture and personal convictions” and “neither her husband nor any other member of her family put pressure on her to dress in this manner”³². She added that she wore the *niqab* in public or private places, not systematically but according to her feelings, and that she would agree to uncover the face for identity checks³³. She sustained “that the Government’s assertion that for women to cover their faces was incompatible with the principle of gender equality was simplistic” once the veil could denote “emancipation, self-assertion and participation”. The ban exceeded the possibility of restrictions allowed by Article 9 /2 of the Convention and was not “necessary in a democratic society”, resting in an inappropriate understanding of female autonomy and gender equality³⁴.

Among other grounds, the French Government argued that considering that “women, solely on the ground that they were women, must conceal their faces in public places, amounted to denying them the right to exist as individuals and to reserving the expression of their individuality to the private

³¹ *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98 (Nov. 10, 2005), Dissenting Opinion by Judge Tulkens at para. 12. Referring to *Dablab* and *Leyla Şahin* cases, Eva BREMS, “Human Rights...”, *op. cit.*, at p. 720, discusses the concern of the Court with the protection of individuals from the freely chosen impact of their own religion or culture.

³² ECHR, *S.A.S v. France*, App. No. 43835/11 at para. 11.

³³ *Id.* at para. 12-13.

³⁴ *Id.* at para. 76-80.

family space or to an exclusively female space” and that “it was a matter of respect for human dignity, since the women who wore such clothing were therefore ‘effaced’ from public space. In the Government’s view, whether such ‘effacement’ was desired or suffered, it was necessarily dehumanizing and could hardly be regarded as consistent with human dignity”³⁵.

The Court examined the application under articles 8 and 9, but with emphasis on the second³⁶. The Court noticed that “personal choices as to an individual’s desired appearance, whether in public or in private places, relate to the expression of his or her personality and thus fall within the notion of private life”³⁷, therefore recognizing that personal identity dimensions protected by Article 8 were at stake³⁸, and also that the case concerned clothing that the practice of the appellant’s religion required her to wear, raising an issue with regard to the freedom to manifest one’s religion or beliefs³⁹.

The Strasbourg Court found no violation of Articles 8 and 9 of the Convention⁴⁰. Even if aware of the need to submit the prohibition to a proportionality test⁴¹ – considering, namely, that the Government failed to prove the existence of considerable risks to public safety arising from the concealing of the face, especially when confronted with the negative impact on the rights of women who wish to fully cover their faces⁴² – the Strasbourg Court considered that the margin of appreciation enjoyed by the State in this case allowed it to impose bans on the full concealing of the face in public. The Court stated they could be regarded as “necessary in a democratic society” and proportionate to the aim pursued, “namely the preservation of the conditions of ‘living together’ as an element of the “protection of the rights and freedoms of others”⁴³.

³⁵ *Id.* mainly at para. 82.

³⁶ *Id.* at para. 109.

³⁷ *Id.* at para. 107.

³⁸ Jill MARSHALL, “S.A.S. v France...”, *op. cit.*, pp. 380-381.

³⁹ ECHR, *S.A.S. v. France*, App. No. 43835/11, at para. 108.

⁴⁰ *Id.* at para. 106 onwards.

⁴¹ As noticed by Saïla Quald CHAIB and Lourdes PERONI, “S.A.S. v. France: Missed Opportunity to Do Full Justice to Women Wearing a Face Veil”, *Strasbourg Observers* (Jul.03, 2014) available at <https://strasbourgobservers.com/2014/07/03/s-a-s-v-france-missed-opportunity-to-do-full-justice-to-women-wearing-a-face-veil/>

⁴² ECHR, *S.A.S. v. France*, App. No. 43835/11, at para. 119.

⁴³ *Id.* at para. 159.

The Court took also the view that gender equality and dignity (*of others*) could not be invoked by States to justify the blanket ban on a practice endorsed and defended by women such as the applicant⁴⁴. According to the Court, the use of religious attire is expression of cultural diversity, which contributes to pluralism inherent to democracies, and could not be seen as seeking to express “a form of contempt against those they encounter or otherwise to offend against the dignity of others”⁴⁵. As noticed by Jill Marshall, even though there is no elaboration on the topic, the ECHR “seems to accept a version of gender equality that enables each woman equally to have the freedom to develop her personality or identify as she sees fit”⁴⁶.

More recently, in *Belcacemi and Oussar v. Belgium* (2017) concerning Belgian laws criminalizing the use of clothing full or substantially concealing the face in public, the Strasbourg Court maintained the approach adopted in *S. A. S.* It recognized the Belgian State a wide margin of appreciation to determine the conditions of “living together” and found no violation of Articles 8 and 9 of the Convention. The issue of gender equality was not discussed by the Court.

At this point, it is worth taking a close look at the Belgian and French discussions concerning the use of religious symbols in public. The Belgian and French Constitutional jurisdictions also faced the question of the use of religious symbols as a matter of choice and not of coercion, in cases in which covering the face was at stake.

In the words of the Belgian *Cour Constitutionnel* concerning the dignity of women, the fundamental values of a democratic society preclude the imposition on women by families or communities of an obligation to conceal their face against their will, depriving them of self-determination⁴⁷. The Court conceded that the wearing of the full-face veil may correspond to the expression of religious choice, but added⁴⁸: “[e]ven where the wearing of the full-face veil is the result of a deliberate choice on the part of the woman,

⁴⁴ *Id.* at para. 119.

⁴⁵ *Id.* at para. 120.

⁴⁶ Jill MARSHALL, “S.A.S. v France...”, *op. cit.*, p. 384.

⁴⁷ CCB, *Arrêt n° 145/2012*, at B. 22-23.

⁴⁸ *Id.* at B. 23. We use the translation of the decision provided in *S.A.S. v. France, cit.*, para. 42.

the principle of gender equality, which the legislature has rightly regarded as a fundamental value of democratic society, justifies the opposition by the State, in the public sphere, to the manifestation of a religious conviction by conduct that cannot be reconciled with this principle of gender equality. As the court has noted in point B.21, the wearing of a full-face veil deprives women – to whom this requirement is solely applicable – of a fundamental element of their individuality, which is indispensable for living in society and for the establishment of social contacts”.

As for the discussion in France, it is worth mentioning the *Étude* of the *Conseil d’État* of 2010 on the legal grounds for a general prohibition on the use of full veil⁴⁹. The *Conseil d’État* considered that the reasons provided were fragile and that the ban would violate several fundamental rights and freedoms, such as individual freedom, personal freedom, right to privacy, freedom of expression and freedom to manifest one’s beliefs, notably religious, and prohibition of discrimination. It underlined also that the fundamental principles of protection of human dignity and equality of men and women, whether taken separately or in combination, were not readily applicable in this area, giving a very fragile support in the case of persons who have deliberately chosen to wear the full veil. In the words of the *Conseil d’État*, “the assessment of what does or does not detract from the dignity of the person is, at least potentially, comparatively subjective, as shown by the fact that the wearing of the full veil is in most cases voluntary”⁵⁰.

In that decision, the *Conseil* also explored the possibility of grounding the ban on the “public policy clause”, understood in a *positive way*. In this sense, public policy is not meant to be a limit to the abusive exercise of rights, but a “minimum requirement for the reciprocal demands and essential guarantees of life in society”, among which the safeguard of pluralism and the principle of equality between men and women, likely to be imposed even in the absence of any evidence of coercion in the use of a face-covering

⁴⁹ Conseil d’État, *Study of possible legal grounds for banning the full veil* (2010), p. 27 ff., available at <http://www.conseil-etat.fr>

⁵⁰ *Id.* at 21 ff.

veil⁵¹. However, the *Conseil* considered this a risky solution given the current state of the law.

Later that year, the *Conseil Constitutionnel*, appreciating the law establishing the general ban of concealing the face in public space, did not consider it unconstitutional, as it pursued legitimate aims passing the proportionality test⁵². Among the reasons pointed by the legislator was the assumption that every woman concealing the face, whether on her own will or not, was placed in a situation of exclusion and inferiority incompatible with the constitutional principles of liberty and equality.

The use of religious attire falls within the scope of protection of freedom of religion. It is assumed that the control of measures which interfere with fundamental rights must not only establish whether the aims are legitimate but also whether the means are appropriate, using proportionality tests⁵³. Circumstances such as the specific situation of the women involved, the nature of the space where restrictions take place (here emerging the difficult question of determining what are private or public places) and the type of religious attire at stake (namely whether it partially or fully covers the face or the head, allowing or not for recognition) must be considered in the proportionality analysis⁵⁴. Also, the meaning ascribed to the use of religious symbols such as the veil varies, favoring the use of criteria based on individual self-understanding of the meaning of religious practices⁵⁵. This suggests the importance of contextual approaches.

⁵¹ According to the *Conseil*, at p. 30 of the mentioned *Report*, “Such a conception, if formalised, would thus provide an unprecedentedly “positive” definition of public policy: it would no longer be a mere rampart against abuse arising from the unrestrained exercise of freedoms but the basis of the fundamental conditions that guarantee their free exercise. It would therefore reflect a basic right and proceed from the principle of equal membership of society for all. It would thus constitute the one possible ground for justifying a prohibition of concealment of the face for the purpose of preventing personal recognition”.

⁵² CC, *Décision n° 2010-613 DC*, (Oct. 7, 2010). See also the *Commentaire* on the decision in *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, Cahier 30, available at http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2010613DCccc_613dc.pdf

⁵³ On this principle, originally from Germany but whose implementation is expanding, even though its interpretation varies, Moshe COHEN-ELIYA and Iddo PORAT, *Proportionality and constitutional culture*, Cambridge University Press, 2013.

⁵⁴ See Anabela Costa LEÃO, *Constituição...*, *op. cit.*, pp. 360 ff.

⁵⁵ See Anabela Costa LEÃO, *Constituição...*, *op. cit.*, p. 372.

Being a well-established principle of human and fundamental rights law⁵⁶, gender equality principle qualifies as a legitimate aim, originating protection and promotion duties for States and public powers. However, even if measures designed to ensure equality between women and men are considered admissible and necessary from the point of view of constitutional and international Law, a general ban on the use of a headscarf fully or partially covering the face and the establishment of sanctions (namely, penal sanctions) for women using it, seems highly debatable from a proportionality point of view⁵⁷. The *necessity* of a general ban on religious attire to promote gender equality seems controversial, given the existence of less restrictive measures from the point of view of religious self-determination. Before that, the very *adequacy* of such measures is debatable, given the possibility of reinforcing social exclusion of these women and lead to a double victimization⁵⁸. In the words of Cécile Laborde, “[i]t is, at best, hazardous to seek to promote individual autonomy directly through legal coercion”⁵⁹.

Measures aimed at determining whether or not there has been coercion forcing the use of religious attire may be legitimate to ensure freedom to decide. However, replacing those measures by an abstract and general assumption of incapacity to express free consent seems problematic on various grounds⁶⁰.

In particular, restrictions based in general abstract assumptions of danger to community values need to be scrutinized on proportionality grounds. This issue was precisely addressed in 2015 by the Federal Constitutional

⁵⁶ Among other instruments, at universal level, it results from Article 3 of the International Covenant on Civil and Political Rights (United Nations, 1966), Article 3 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (United Nations, 1966), Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (United Nations, 1979). At regional level, see Article 14 and Protocol 12 to the European Convention on Human Rights, Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Council of Europe, 2011), Article 23 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

⁵⁷ As defended in Anabela Costa LEÃO, *Constituição...*, *op. cit.*, p. 371-2. Also, dissenting opinion of Françoise Tulkens in ECHR, *Leyla Şahin vs. Turkey*, App. No. 44774.

⁵⁸ Anabela Costa LEÃO, *Constituição...*, *op. cit.*, p.372.

⁵⁹ Cécile LABORDE, “State paternalism and religious dress code”, *International Journal of Constitutional Law*, 10, 2, 2012, pp. 398 ff., p. 408.

⁶⁰ As defended in Anabela Costa LEÃO, *Constituição...*, *op. cit.*, p. 372. Jill MARSHALL, “S.A.S. v France...”, *op. cit.*, at p. 388 writes “Legally banning a woman from exercising a choice she says she freely makes as an adult does not respect her as an equal and does not give her recognition as a person capable of making her own choices as an adult. Such bans exclude, judge, disrespect, and thus do not safeguard her identity or personality rights”.

Court of Germany on the decision concerning the prohibition of use of Islamic headscarves by interdenominational State school teacher: “it is wrong to assume that the mere wearing of an Islamic headscarf or another head covering indicating affiliation with a belief is in itself already conduct that would readily create the impression among pupils or parents, [that] the person wearing it advocates against human dignity, the principle of equal treatment under Art. 3 GG, fundamental freedoms or the free democratic basic order. This generalization is impermissible”⁶¹.

2. Paternalism and Protection of the Individual from Himself

2.1. It is accepted that the State may reasonably limit the exercise of rights when it aims to safeguard the public interest or third parties. The same cannot be said, however, when the basis of the restriction is the defense of the individual from himself⁶².

The question to be posed is, therefore, if it is legitimate, in a plural society, for the State to limit the freedom of its citizens, protecting their fundamental rights against their own will, when they do not harm others or the community as a whole. Is the legal system entitled to protect the individual “against the risk of misuse of his freedom”⁶³? Are the bans on the use of religious attire legitimate, when they aim to protect women who use them because they chose to do so?

The idea of defending an individual from himself is closely linked with State paternalism⁶⁴, insofar we understand the term paternalism as “the withdrawal or reduction of the individual’s freedom of choice in order to ensure the protection of a person or category of persons from acts contrary to their

⁶¹ Bundesverfassungsgericht [BVerfG, Jan. 27, 2015, Case No. 1 BvR 471/10, paras. 1-31, available at http://www.bverfg.de/e/rs20150127_1bvr047110en.html

⁶² Carlos S. NINO, *The Ethics of Human Rights*, Clarendon Press, 1991, pp. 131-132.

⁶³ Olivier de SCHUTTER and Julie RINGELHEIM “La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l’échange”, in Hugues Dumont, François Ost and Sébastien Van Drooghenbroeck (coord.), *La Responsabilité, face cachée des droits de l’Homme*, BRUYLLANT, 2005, pp. 441 ff., p. 446. Translation by the authors.

⁶⁴ When the State acts paternalistically towards its citizens we can speak of state paternalism, or legal paternalism. Kai MÖLLER, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, Duncker & Humblot, 2005, p. 11.

own interests”⁶⁵. When the State acts paternalistically towards its citizens we can speak of state paternalism or legal paternalism. State paternalism can be distinguished from other restrictive state measures for a particular feature: the “specific purpose of the restriction”. Paternalist measures intend to protect the individuals against possible “bad choices” that they can make and not to defend third parties or public interests⁶⁶. According to this perspective, the State can prohibit or impose certain behaviors, where that prohibition or imposition is essential to avoid harm (physical, psychological or economic)⁶⁷. However, it may also be a purpose of such measures to prohibit certain actions that are considered “intrinsically immoral”⁶⁸.

Paternalism is, first of all, questionable from a fundamental rights perspective because it may undermine the autonomy protected by those rights, since it only allows autonomy to be exercised when it promotes the individual’s own good⁶⁹. It is, therefore, relevant to analyze whether there are “ethically defensible” types of legal paternalism⁷⁰.

2.2. We should, first of all, distinguish between “weak” and “strong” paternalism: the “weak” paternalist defends the legitimacy of the State’s interference with the means that agents choose for the accomplishment of their goals, when the means they elect put in question those same goals. On the

⁶⁵ Fabrizio COSENTINO, “Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell’autonomia dei privati”, *Quadrimestre*, 1, 1993, pp. 119 ff., p. 120. Translation by the authors.

⁶⁶ Kai MÖLLER, *Paternalismus...*, *op. cit.*, pp. 11-12.

⁶⁷ Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Kann Rechtspaternalismus ethisch gerechtfertigt werden?”, *Rechtstheorie*, 18, 1987, pp. 273 ff., pp. 273-274. According to the Author, that is the case of drug sale or consumption bans, interdiction of persons with disabilities, alcoholics or drug addicts, the mandatory use of helmets or seat belts, the prohibition of swimming in unguarded beaches and the laws that prohibit certain luck games.

⁶⁸ Examples of moral paternalism are the prohibition of homosexuality among adults, sex-shows or sado-masochistic sexual activities. On this, see Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Kann Rechtspaternalismus ...”, *op. cit.*, pp. 274 and 275. On the prohibition of homosexual relationships, see U. S. Supreme Court, *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), which overturned the decision of *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), in which the Court considered that laws prohibiting sodomy were not unconstitutional, since it was considered an immoral practice. On the prohibition of sado-masochistic activities, see ECHR, *Laskey, Jaggard and Brown v. UK*, App. No. 21627/93; 21628/93; 21974/93 (Feb. 19, 1997), available at <http://hudoc.echr.coe.int> and *K.A. and A.D. v. Belgium*, App. No. 42758/98; 45558/99 (Feb. 17, 2005), available at <http://hudoc.echr.coe.int>. While in the first case the Court considered that the State authorities acted within their margin of appreciation for health protection (although there was no irreversible and serious harm at stake), the second decision recognized that the right to have sex, even violently, is protected by Article 8 of the Convention.

⁶⁹ Joel FEINBERG, *Harm to Self: The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, 1986, p. 58.

⁷⁰ On this, see Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Kann Rechtspaternalismus ...”, *op. cit.*, pp. 273 - 289.

other hand, a “strong” paternalist questions the ends themselves and considers legitimate the State’s interference in order to prevent people from achieving what are considered to be irrational or mistaken ends⁷¹.

According to this distinction, for example Kai Möller can be considered a “weak” paternalist. This Author, following John Kleinig’s perspective⁷², argues that paternalistic measures can be justified when they aim to safeguard the integrity of the individual. The author advocates what he calls “the integrity solution” which is (in his perspective) not to be confused with the different variants of the theory of values. In the “integrity solution” the individual’s conceptions govern state action, since freedom of choice is not restricted in order to preserve objective values, but taking into account the subjective priorities of the individual⁷³. According to him, when the purpose of the lawmaker is to ensure the integrity of the individual, we are no longer facing an illegitimate freedom restriction. Paternalism should be “more acceptable the more the individual concerned, through his decisions, is in contradiction with his own integrity”⁷⁴.

However, he also holds that the State doesn’t have the right to protect the individual from himself, arguing that he does so in order to preserve his integrity, when it is enough to warn him about the dangerous nature of his behavior. Consequently, paternalistic measures are not to be accepted when it suffices to inform the individual in order to safeguard his integrity⁷⁵. Moreover, protection against paternalism should be all the more intense as more relevant to the personality the behavior in question is⁷⁶.

⁷¹ Gerald DWORKIN, “Paternalism”, in Eduard N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2017 Edition, available at <https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>

⁷² John KLEINIG, *Paternalism*, Manchester University Press, 1983.

⁷³ Kai MÖLLER, *Paternalismus...*, *op. cit.*, pp. 179- 183 and 197- 199, who exemplifies his position with the imposition of seat belt use. Similarly, Reinhard SINGER, “Vertragsfreiheit, Grundrechte und Schutz des Menschen vor sich selbst”, *Juristen Zeitung*, 23, 1995, pp.1133 ff., p. 1140, defends that it is doubtful to invoke self-determination to challenge the imposition of the use of seat belts or helmets because what is at stake is the psychological inability of many drivers or motorcyclists to foresee the dangers of their actions, which legitimizes the restriction.

⁷⁴ Kai MÖLLER, *Paternalismus...*, *op. cit.*, pp. 185 and 187. Carlos S. NINO, *The Ethics of Human Rights*, *op. cit.*, p. 148, defends that the autonomy principle leaves some room for legitimate paternalism. There is only a prohibition of imposing sacrifices to individuals without their consent when they don’t take any advantage of it.

⁷⁵ Kai MÖLLER, *Paternalismus...*, *op. cit.*, pp. 190 and 191.

⁷⁶ Kai MÖLLER, *Paternalismus...*, *op. cit.*, pp. 186 and 187.

For Kai Möller this perspective leads to solutions that are above suspicion since it doesn't impose a system of values with which the individual might not agree. This paternalism is not intended to impose values on individuals regardless of their acquiescence, but rather seeks to protect their "integrity", taking into account the choices they would make if they could anticipate the consequences of their actions. On the other hand, it assures "a greater protection at a relatively low price, i.e., the use of coercion in cases where the individual negligently acts in opposition to his own values"⁷⁷.

Even this weaker form of paternalism has been criticized for its assumption that it is possible to know what people really want, regardless of what they choose. Although people sometimes make mistakes or do things that they later regret, it is not possible to know their real intentions, lacking therefore the basis for paternalistic legislation. "For more convenient and tempting it is to derive from our own experience what others want or should want, we simply don't have access to their desires and beliefs". It is therefore not possible to "implement the people's real preferences", since we cannot know what these are⁷⁸.

Anyway, the ban on the use of religious attire is not an example of weak paternalism, since the reasoning that justifies these measures is not the protection of women's "integrity", taking into account the choices they would make if they could anticipate the consequences of their actions. These bans are justified in order to prevent women from following (what are considered to be) irrational or mistaken ends. Here we are in the presence of strong paternalism, which disrespects individual rights and unduly restricts freedom of choice.

But more than that, this kind of paternalism can also be considered "moral paternalism", that is, the imposition by public authorities of certain moral standards allegedly in the interest of the person, regardless of whether this is or is not in accordance with her convictions. "Moral paternalism" is present when the State imposes moral views in the interest of the person

⁷⁷ Kai MÖLLER, *Paternalismus...*, *op. cit.*, p. 212.

⁷⁸ Claire A. HILL, *Anti-anti-anti-paternalism*, 2 *NYU Journal of Law & Liberty*, 2, 2007, pp. 444 ff., p. 445 and 448, available at <http://ssrn.com/abstract=956153>.

concerned, that she doesn't share⁷⁹. And these kinds of issues are the ones where most of all the individual should be able to decide for himself.

We believe, however, that paternalistic measures may be legitimate in extreme situations, if future self-determination of the individuals is at stake⁸⁰. Since autonomy is a central value in our legal system and State has the responsibility to create autonomy conditions, it seems legitimate to require "that individuals abandon the freedom or the right to waive permanently autonomy itself"⁸¹. Therefore, the right holder should not be able to consent to an intervention that compromises his ability to self-determine freely in the future. However, that doesn't seem to be the case of the situations we are analyzing.

On the other hand, the Anglo-Saxon doctrine has established a distinction between "hard" and "soft" paternalism. "Hard" paternalism advocates that it is legitimate to protect competent individuals against their will whilst "soft" paternalism only admits the protection of the individual from himself when his decision is not voluntary⁸². For this perspective, paternalist measures are considered justified when rights or interests of minors, persons with disabilities or who are in a position of weakness or disfavor are at stake⁸³. In these cases, the State is legitimized to take certain paternalistic measures that in any other circumstances he could not. However, when establishing these measures public powers necessarily have to comply with the requirements of the principle of proportionality⁸⁴. What determines, for "soft" paternalism, the legitimacy of paternalistic measures is the existence or absence of true self-determination.

⁷⁹ Kai MÖLLER, *Paternalismus...*, *op. cit.*, pp. 189 and 203.

⁸⁰ Jorge Reis NOVAIS, "Renúncia a direitos fundamentais", in Jorge Miranda (org.), *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 Anos da Constituição*, pp. 263 ff., p. 318. Peter De MARNEFFE, "Avoiding Paternalism", *Philosophy & Public Affairs*, 34, 1, 2006, pp. 68 ff., p. 81, defends that personal autonomy presupposes control over one's own life as a whole. Slavery contracts are the typical case where individuals lose their future self-determination. On this, see, David ARCHARD, "Freedom not to be free: the case of the slavery contract in J. S. Mill's *On Liberty*", *The Philosophical Quarterly*, 40, 160, 1990, pp. 453 ff., pp. 461-462.

⁸¹ Jessica Wilen BERG, "Understanding waiver", *Houston Law Review*, 40, 2003, pp. 281 ff., pp. 290-291, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?Abstract_id=614522

⁸² Kai MÖLLER, *Paternalismus...*, *op. cit.*, pp. 16 and 17. On this, see also Joel FEINBERG, *Harm to Self...*, *op. cit.*, pp.12 ff. and Gerald DWORKIN, "Paternalism".

⁸³ Jorge Reis NOVAIS *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, 2003, p. 450, note 785.

⁸⁴ Christian HILLGRUBER, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, Verlag Franz Vahlen, 1992, pp. 121-122.

Although, as we have seen, the legislator or the courts sometimes presume the lack of self-determination in the use of religious attire, this assumption is in itself paternalistic. In the situations we referred, the women that opposed to the bans were adults and affirmed that they were not coerced to do so.

So, the duty to protect the individual from himself only exists in extreme situations or when he is not in a position to take care of himself. Besides these situations an imposed protection is not to be admitted, since that protection implies a serious violation “of the presumption of freedom deriving from the human dignity principle”⁸⁵.

1.3. Following this reasoning, we think that the possibility to make (what for the majority are considered to be bad decisions) is included in the individual’s life project, a project that must be freely chosen according to his personal beliefs, since in “plural societies” it is not “desirable an absolute standardization of individual behavior”⁸⁶. “A democratic and plural society must recognize ‘a right to make mistakes, to make bad decisions and to take risks,’ without which “the whole idea of self-determination would lose its meaning”⁸⁷.

The human dignity principle is very often invoked to justify this sort of paternalistic public policies. This principle is used as a “knock out”⁸⁸ argument or as a “conversation stopper”⁸⁹ which means that once a violation of dignity is invoked, it is no longer necessary to search for more arguments⁹⁰. It is in this sense that some authors refer to an “inflationary use” of the

⁸⁵ Carla Amado GOMES, “Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, *Scientia Iuridica*, LXLL, 315, 2008, pp. 409 ff., p. 423. Translation by the authors. Jean-Philippe FELDMAN, “Faut-il protéger l’homme contre lui-même? La dignité, l’individu et la personne humaine”, *Droits*, 48, 2009, pp. 87 ff., p. 99.

⁸⁶ Helena Pereira de MELO, “A Igualdade de Oportunidades para Quem Opta pela ‘Estrada do Tabaco’”, in Rui Nunes, Miguel Ricou and Cristina Nunes (org.), *Dependências Individuais e Valores Sociais*, 2004, pp. 157 ff., p. 163. Translation by the authors.

⁸⁷ Joel FEINBERG, *Harm to Self...*, *op. cit.*, p. 62.

⁸⁸ Hans Jörg SANDKÜHLER, “Menschenwürde und die Transformation moralischer Rechte in positives Recht”, in Hans Jörg Sandkühler (org.), *Menschenwürde. Philosophische, theologische und juristische Analysen*, 2007, pp. 57 ff., p. 62.

⁸⁹ Armin G. WILDFEUER, “Menschenwürde – Leerformel oder unverzichtbarer Gedanke?”, in Manfred Nicht and Armin G. Wildfeuer (eds.), *Person - Menschenwürde - Menschenrechte im Disput*, 2002, pp. 19 ff., p. 29.

⁹⁰ Hans Jörg SANDKÜHLER, “Menschenwürde...”, *op. cit.*, p. 62.

principle⁹¹, and, on the other hand, in order to avoid its trivialization, it has been defended a more “contained” use⁹², resisting to the “siren call” of dignity⁹³.

On the basis of the protection of the individual against himself lies a dignity conception as a principle that expresses the recognition of individual freedom but can also justify restrictions on the exercise of individual freedoms⁹⁴. One of the reasons for the State to compel its citizens to have a certain behavior in conformity with dignity is the assumption that he knows better than them what affects their dignity⁹⁵.

We referred previously that the French Government in the *S.A.S.* case, stated that “it was a matter of respect for human dignity, since the women who wore such clothing were therefore ‘effaced’ from public space. In the Government’s view, whether such ‘effacement’ was desired or suffered, it was necessarily dehumanizing and could hardly be regarded as consistent with human dignity”.

Therefore, it considered that irrespective of the use being voluntary or involuntary, it should anyway be forbidden, considering that it implies a human dignity violation. We do not, however, agree with this interpretation of the human dignity principle, since we think that the voluntariness or involuntariness of the use is a fundamental element to assess if the principle has been breached.

In fact, the way human dignity is applied in similar situations may vary significantly and it is possible to find it on “both sides of the argument”, “founding opposite conclusions”⁹⁶. The main difficulties in determining the meaning of the human dignity principle result from the “lack of agreement about what makes human life good both for individuals and for societies”⁹⁷.

⁹¹ On the “inflationary use” of the human dignity principle, see Paul TIEDEMANN, “Vom inflationären Gebrauch der Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *DöV*, 15, 2009, pp. 606. ff.; also Pedro SERNA, “La dignidad humana en la Constitución Europea”, *Persona y Derecho* 52, 2005, pp. 13 ff., pp. 41 and 42.

⁹² Jorge Reis NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana, Vol. II (Dignidade e Inconstitucionalidade)*, Coimbra Editora, 2016, pp. 65 ss.

⁹³ Susanne BAER, “Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism”, *University of Toronto Law Journal*, 59, 2009, pp. 417 ff., p. 420.

⁹⁴ Jean-Philippe FELDMAN, “Faut-il protéger...”, *op. cit.*, p. 88 and 89.

⁹⁵ Kai FISCHER, *Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung*, Peter Lang, 1997, p. 192.

⁹⁶ Christopher McCRUDDEN, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, *The European Journal of International Law*, 19, 4, 2008, pp. 655 ff., pp. 698-701.

⁹⁷ David FELDMAN, “Human Dignity as a Legal Value – Part II”, *Public Law*, 2000, pp. 61 ff., p.75.

So, the content of the principle will differ whether we adopt a more “liberal-individualist notion”, according to which dignity can be invoked against violations from third parties but cannot, in principle, serve to set limits to the individual’s autonomy, or a more “paternalistic notion”⁹⁸, that considers its use legitimate in order to justify limitations to that same autonomy⁹⁹.

As already stated, we believe that the individual should be allowed to determine the meaning and content of his dignity, as long as his future self-determination is not at stake, because otherwise it “smacks of paternalism”¹⁰⁰. Following this, dignity should not be understood as an objective value, that can be opposed to the individual’s own will, but rather as “subjectively protected liberty”¹⁰¹.

This means that, when we are assessing whether there has been a dignity violation, we must consider the particular circumstances of the case¹⁰², and the fact that the individual agrees with a certain practice must be taken into account in that assessment. That doesn’t mean that the dignity principle is relative and can be balanced with other rights or public goods. The principle itself is absolute, in the sense that it cannot be outweighed by other rights or public goods that may conflict with it, but the determination of its violation cannot fail to take into account the circumstances of the case, *i.e.*, presupposes a balancing process¹⁰³.

⁹⁸ Distinguishing between a “liberal-individualist notion” and a “paternalistic notion” of dignity, see David FELDMAN, “Human Dignity...”, *op. cit.*, p. 73. Giorgio RESTA, “La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (Note a margine della Carta dei Diritti)”, *Rivista di Diritto Civile*, 6, 2002, pp. 801 ff., p. 833, establishes a similar distinction between a “procedural/subjective model” and a “substantial/objective model” of dignity. Also acknowledging two different approaches to the concept: dignity as “empowerment” and dignity as “constraint”, see Deryck BEYLEVELD and Roger BROWNSWORD, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford University Press, 2001, p. 1. See also Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, “When Ambivalent Principles Prevail. Leads for Explaining Western Legal Orders’ Infatuation with the Human Dignity Principle”, *EUI Working Paper Law nr. 2007/37*, p.3, available at <http://www.eui.eu/WorkPapers/2007/37/HennetteVauchez%20-%20When%20Ambivalent%20Principles%20Prevail.pdf>, who distinguishes dignity as a “ground for rights” or a ground “for obligations of the individual”. The Author also refers to a third meaning, that derives from the ancient *dignitas*: dignity as a feature of the exercise of a public function. On this, see Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ and Charlotte GIRARD, *La Dignité de la Personne Humaine. Recherche sur un Processus de Juridicisation*, Presses Universitaires de France, 2005, pp. 24-33. Finally, Paolo G. CAROZZA, “Human dignity in Constitutional Adjudication”, in Tom Ginsburg and Rosalind Dixon (coord.), *Research Handbook in Comparative Constitutional Law*, 2011, pp. 460 ff., establishes a distinction between “autonomy-protecting and autonomy-limiting strands of human dignity analysis”.

⁹⁹ Giorgio RESTA, “La disponibilità...”, *op. cit.*, pp. 833-834, also footnote 80.

¹⁰⁰ Christopher McCrudden, “Human Dignity...”, *op. cit.*, p. 705.

¹⁰¹ Kai MÖLLER, *Paternalismus...*, *op. cit.*, p. 124. Translation by the authors.

¹⁰² Jorge Reis NOVAIS, “Renúncia...”, *op. cit.*, pp. 327-328.

¹⁰³ Benedita MAC CRORIE, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Almedina, 2013, pp. 243-245. On this, see also Jorge Reis NOVAIS, *A Dignidade...*, *op. cit.*, pp. 144-151.

So, it must be the individual himself who determines what is more or less worthy for him. A “paternalist approach”, that transfers to the state “the final decision about what people should or should not cherish in life”, regardless of their will, converts rights into duties¹⁰⁴. Only an understanding of the human dignity principle as the basis for autonomous decision is in accordance with a plural state, which embraces a diversity of ways of living.

Therefore, in a non-paternalist state, based on the human dignity principle, the protection of the individual from himself (excluding the exceptions we already referred to) should not be considered a legitimate ground for fundamental rights restriction¹⁰⁵.

3. Conclusions

The use of religious attire falls within the scope of protection of freedom of religion. The control of measures which interfere with fundamental rights must not only determine whether the aims are legitimate but also whether the means are appropriate, using proportionality tests.

Although aiming to safeguard the autonomy of individuals, many of the bans imposed on the use of religious symbols in public spaces seem to be based on paternalistic grounds.

Since the use of these symbols may reflect, many times, a deliberate choice, these bans seem, therefore, hardly compatible with autonomy itself, once autonomy should include the possibility of adopting a behavior that appears in the eyes of others as an option (a free exercise of choice) for inequality or exclusion.

Finally, the human dignity principle shall not be used as the basis of freedom restrictions, being, on the contrary, the fundament of liberty.

¹⁰⁴ Luísa NETO, “O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, I, 2004, pp. 221 ff., p. 226.

¹⁰⁵ Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, “Inconstitucionalidade do Artigo 6º da Lei sobre a Colheita e Transplante de Órgãos e Tecidos de Origem Humana”, *Scientia Iuridica*, 286-288, 2000, pp. 249 ff., pp. 260-261.

A PENA RELATIVAMENTE INDETERMINADA, SOBRETUDO EM PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E DE REGIME POSITIVADO

André Lamas Leite*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.6>

*[O] Direito Penal não quer fazer dos homens sábios, artistas,
heróis ou santos.*

Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*

1. Razão de ordem

Nos quadros de um Direito Penal de raiz (ainda) iluminista e fiel ao princípio do Estado de Direito democrático e social que os artigos 1º e 2º, da CRP impõem, é natural que um instituto de natureza especial como a pena relativamente indeterminada (doravante, PRI) – criação de Eduardo

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto; investigador integrado do *CJS – Centro de Investigação Interdisciplinar Crime, Justiça e Segurança (FDUP)*; aleite@direito.up.pt. Por expressa opção do autor, o artigo não segue as regras do Acordo Ortográfico de 1990.

Correia, no Projecto de Parte Geral (ProjPG) de 1963¹, a partir da crença num sistema fundamentalmente monista e justificado na culpa por referência à personalidade do agente: a “culpa pela não formação da personalidade”² – levante dúvidas e inquietações, desde logo do prisma da sua solvabilidade jusconstitucional.

Na verdade, nos termos do artigo 30º, nº 1, da Lei Fundamental, é um esteio de todo o nosso ramo de Direito que as penas e medidas de segurança tenham uma *duração certa e determinada no tempo*, ou seja, que após a prolação da decisão judicial, o ou os condenados saibam quanto tempo terão de cumprir para, em função das exigências do artigo 40º, nº 1, do Código Penal (CP³), adimplirem a sanção criminal. Ora, bastará uma simples leitura dos artigos 83º, ss., do CP para percebermos que tal assim não sucede com a figura jurídica que nos ocupa, *rectius*, pelo menos não é no momento da condenação *certo e liquido* (usando propositadamente linguagem com sabor civilista) quantos anos de reclusão serão exactamente cumpridos. E, note-se, tal assim sucede para todos os sujeitos e intervenientes processuais.

Donde, em primeiro lugar, é essencial aferir qual o conteúdo útil e as exigências decorrentes do já citado artigo 30º, nº 1, da CRP, para respondermos às inquietações *supra* mencionadas. Em segundo lugar, algumas questões concretas e práticas do regime da PRI devem ser analisadas, com antecedência lógica para aquelas que ainda mantêm uma maior ligação umbilical à Lei Fundamental. Seria também muito interessante abordar o tema de até que ponto a caracterização de um sistema sancionatório como monista, dualista ou «monista prático» é ou não, também ele, uma questão com reflexos constitucionais e, antes disso, se a *norma normarum* exige uma dada posição do legislador infraconstitucional. Porém, abalçararmo-nos a um estudo minimamente denso sobre a matéria ultrapassa o espaço que nos foi destinado.

¹ Inicialmente, no artigo 94º do ProjPG, abrangendo estados de pré e para-delinquência como a vadiagem e prostituição e alguns crimes contra o património, logo criticado – e bem, embora sem sucesso – por Guardado Lopes na Comissão Revisora (reunião de 20.04.1964 – cf. *Actas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Geral*, II vol., Lisboa, AAFDL, s/d, p. 172)

² Entre tantos outros textos, Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, reimp., Lisboa, Almedina, 1999, pp. 322-330 (também em *Actas...*, p. 177), em linha com a “culpa na condução da vida” de Mezger ou da “culpa na decisão da vida” de Bockelmann, entendendo manter-se ainda nos quadros de um “Direito Penal do facto”, o que se tem maioritariamente por incompreensível.

³ Doravante, qualquer referência legislativa desacompanhada do respectivo diploma legal deve entender-se por feita para o Código Penal.

Antes de avançarmos, e porque temos por essencial conhecer a realidade sobre a qual o jurista reflecte e actua, vejamos os seguintes gráficos que mostram a muito pouca utilização da PRI pelos nossos tribunais, o que, por si só, justificaria uma investigação criminológica.

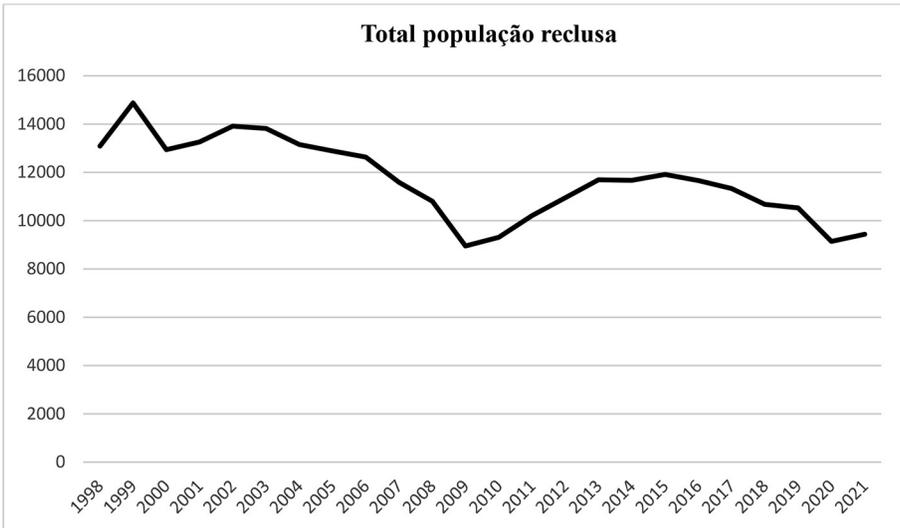


Gráfico 1 – Total de reclusos (em prisão preventiva, cumprimento de pena ou medida de segurança), a 31/12 de cada ano, de 1998 a 2021 (Fonte: DGRSP). Elaboração própria.

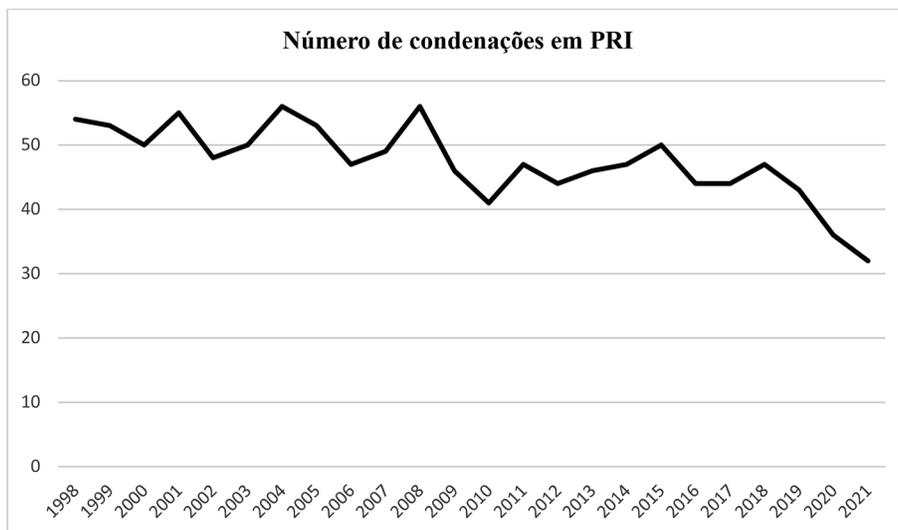


Gráfico 2 – Número de condenações em PRI, de 1998 a 2021 (Fonte: DGRSP). Elaboração própria.

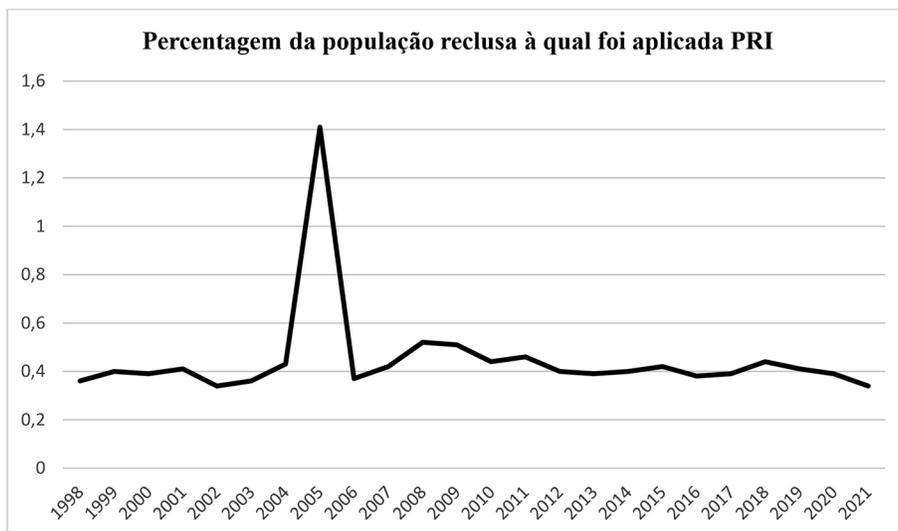


Gráfico 3 – Significado percentual das condenações em PRI, de 1998 a 2021, em função do número de reclusos existentes em cada ano (Fonte: DGRSP). Elaboração própria.

Dos gráficos acima resulta que a moda da percentagem de condenações em PRI ronda os 0,4% da população reclusa, com um pico em 2005, em que o valor ascendeu a 1,4%, sem que se conheçam as causas, não atribuíveis a qualquer alteração legislativa. A média do número de condenações nesta pena ronda as 50 por ano, na série temporal estudada (1998 a 2021), para uma população prisional que tem oscilado entre um mínimo de 8.958 indivíduos em 2009 e um máximo de 14.880 em 1999, num aumento entre ambos de cerca de 166%. A média de reclusos, no mesmo período, foi de 11.159.

2. As dúvidas de (in)constitucionalidade material

Sem prejuízo de ser hoje estável a jurisprudência de vários Estados⁴ e do próprio TEDH (Tribunal Europeu dos Direitos Humanos) no sentido de que as sanções de duração perpétua – entre nós (e bem) postergadas –, não violarem o artigo 3º da CEDH (Convenção Europeia dos Direitos Humanos) – desde que se preveja, com larga margem para o legislador, a possibilidade de reapreciação da situação do recluso⁵ –, o artigo 30º, nº 1, da CRP⁶ prescreve que: *[n]ão pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida.*

Esta redacção é contrária ao que, ao menos na prática, sucedia no Estado Novo⁷, abrangendo também as medidas de segurança, as quais não

⁴ É o caso do acórdão do Tribunal Constitucional espanhol de 06.10.2021, do acórdão de 02.07.1986 do OGH (Obersten Gerichtshof: Supremo Tribunal de Justiça austríaco), dos casos *Kafkaris c. Chipre*, de 12/2/2008 (queixa nº 21906/04) ou *Vinter et al. c. Reino Unido* (queixas nºs 66069/09, 130/10 e 3896/10), de 09.07.2013, decididos pelo TEDH. Todas as traduções são da nossa responsabilidade e os arestos estavam disponíveis em <https://hudoc.echr.coe.int>.

⁵ E daí a introdução da *prisión permanente revisable*, em Espanha, por via da *Ley Orgánica* 1/2015, de 30/3. Sobre ela e com mais informação em sede de Direito Comparado, Ángela CASALS FERNÁNDEZ, *La prisión permanente revisable*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2019.

⁶ Como se não ignora, a Constituição de 1822 admitia a existência de “prisão arbitrária” (artigo 4º), não se encontra referência expressa sobre o tema na Carta Constitucional de 1826 e na Constituição de 1838. Já na República, o artigo 3º, § 22º proclamava que “[e]m nenhum caso [poderão ser estabelecidas] penas [de] duração ilimitada” e, no Estado Novo, a Constituição de 1933 voltava ao silêncio sobre a matéria.

⁷ Sobre o tema e sua evolução, Maria João ANTUNES, *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 89-186. Da mesma forma, como se não ignora, a ideia de penas determinadas é relativamente recente no curso da História do Direito Penal. Entre nós, nas Ordenações, a regra era a arbitrariedade e inexistência de molduras abstractas (para um conspecto sobre este período, veja-se o nosso “Notas sobre os crimes omissivos no contexto do Direito Penal das Ordenações”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. I, 2004, pp. 79-104), o que passou a existir, mas apenas como

cedem a qualquer modelo de inspiração positivista, de base especial-preventiva negativa, de “Direito Penal médico” e no qual, porque encaradas como o melhor para o recluso, não teriam de ser determinadas no tempo, cessando somente quando a “doença” (o ilícito-típico) se não encontrasse no condenado. Trata-se de um passo de grande importância, desde logo para obviar aos perigos decorrentes de uma *administrativização do nosso ramo de Direito*. Não se esqueça, porém, que o nº 2 do inciso em causa admite que, se os pressupostos de perigosidade do agente⁸ se mantiverem, em casos graves, o internado pode manter-se nessa situação, no limite, até à sua morte, o que, na prática, acaba por ser uma *medida de segurança perpétua*. Donde, há aqui uma brecha importante numa afirmação que não conhece quaisquer exceções de que as sanções criminais são *sempre* limitadas no tempo. É seguro, pois, afirmar que nas hipóteses de prática de um *facto ilícito-típico*, atendendo substancialmente à urgência da protecção societal – embora se não negue o cumprimento dos fins do art. 40º, nº 1º –, a Constituição admite, no balanço entre os direitos do concreto agente e os bens supra-individuais, que devem prevalecer estes últimos (e bem)¹⁰. Destarte, um importante dado a reter é que a proibição

regra no CP de 1852 (cf. o seu artigo 46º, *in fine*). Já com o diploma de 1886, assumir-se-ia o princípio que ainda hoje vigora, o que não significa que não tenha havido retrocessos, como aconteceu com a Reforma Prisional de 1936, a qual concede ampla indeterminação às penas, na senda de uma visão de defesa social, depois melhorada pela Lei nº 2000, de 16/5/1944, com o Decreto-Lei nº 34.553, de 30.04.1945 (com a jurisdicionalização da declaração de habitualidade e sua cessação) e o Decreto-Lei nº 39.688, de 1954 (duração das medidas de segurança detentivas a três anos, limite diminuído pelo Decreto-Lei nº 40.550, de 12.03.1956). Com relevo, ainda, nesta evolução, o Decreto-Lei nº 35.007, de 13.10.1945.

⁸ Sobre o modo como a mesma se prova, por todos e entre nós, Cristina Líbano MONTEIRO, *Perigosidade de inimputáveis e “in dubio pro reo”*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 81-164.

⁹ O já citado Decreto-Lei nº 184/72, de 31 de maio, na alteração ao CP de 1886, proclamava, no artigo 58º, que “[n]a execução das penas privativas de liberdade ter-se-á em vista, sem prejuízo da sua natureza repressiva, a regeneração dos condenados e a sua readaptação social”, no que temos, com as devidas distâncias, como provavelmente o antecedente mais próximo do que é hoje o artigo 40º, nº 1 que, como se sabe, não constava da versão originária do CP de 1982, tendo sido introduzido pela mão de Figueiredo Dias na Reforma de 1995.

¹⁰ No mesmo sentido, podíamos citar jurisprudência de vários Tribunais Constitucionais, entre os quais o alemão, nos acórdãos 2 BvR 834/02 e 2 BvR 1588/02, ambos de 10.02.2004, nos quais defendeu que a determinação de pena de prisão por um tempo indefinido, ainda que renovável, após o agente ter cumprido por completo a pena constitui uma violação particularmente séria do direito do agente à liberdade, tal como protegida pelo artigo 2, § 2, da GG, o qual preceitua: “[t]odas as pessoas são titulares do direito à vida e integridade física. A liberdade pessoal é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos com base na lei”. Entre nós, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), já na jurisdição comum, é peremptório ao afirmar que “[a] aplicação da pena relativamente indeterminada não obedece a qualquer automatismo” (acórdão de 21.03.2018, proc. nº 133/14.6T9VIS.C2.S1, Vinício Ribeiro). Todos os arestos de tribunais nacionais foram consultados em www.dgsi.pt e foram acedidos em Setembro de 2022, tal como os demais sítios da internet.

que encerra o art. 30º, nº 1, da CRP *não é absoluta*, o que se revela como um importante elemento hermenêutico literal e teleológico.

Por outro lado, é ainda evidente que quaisquer que sejam as penas – principais, acessórias ou de substituição –, todas elas são *judicialmente determinadas* num *quantum* exacto e não são deixadas ao acaso, nem são, em concreto, fixadas entre um mínimo e um máximo. Este último aspecto – como já avançado – é o mais controvertido nesta secção. E veja-se que, p. ex., comparando a CRP com a GG (*Grundgesetz*: Lei Fundamental Alemã), esta não é tão clara na proibição de penas de duração indeterminada, garantindo o direito à liberdade de movimentos e a privação de liberdade apenas quando a lei formal o estabeleça, por ordem de autoridade judiciária, estabelecendo prazos máximos de apresentação do detido perante essa autoridade (artigos 11º e 104º). Nas palavras do *BVerfG* (*Bundesverfassungsgericht*: Tribunal Constitucional Federal alemão)¹¹, a Lei Básica “não se refere expressamente ao modo de execução da restrição de liberdade; [esta] é apenas limitada pela proibição de abuso mental ou físico”. Por outro lado, o instituto que no Direito Penal germânico mais dúvidas levanta nesta matéria – o § 66 do *StGB*: *Strafgesetzbuch*: Código Penal alemão (“custódia de segurança”) e que será *infra* objecto de desenvolvimento – de novo com o TC alemão, não visa “compensar os males cometidos, mas sim proteger o público em geral do agente depois deste ter cumprido uma pena” e tal só pode ser atingido se esta detenção tiver um regime de cumprimento similar ao da privação de liberdade. Ainda nas palavras daquele Tribunal, em outro aresto¹², “o princípio da culpa e a determinação das consequências jurídicas encontram-se num *estado tensional* em relação ao qual deve encontrar-se um equilíbrio constitucionalmente sustentável”.

Ora, a “duração ilimitada ou indefinida”, como regra, exige, no tocante ao primeiro adjectivo, que o juiz não possa sentenciar *ad aeternum*, no que seria uma admissão, em fraude à lei, à postergada prisão perpétua¹³. Quanto à

¹¹ *BVerfGE* 2, 118 (1 BvR 377/51), de 30/1/1953. No Direito alemão, neste ponto transplantável *in totum* para o nosso ordenamento jurídico, leia-se Gerhard DANNECKER, “Das Verbot unbestimmter Strafen Der Bestimmtheitsgrundsatz im Bereich der Deliktsfolgen”, in Manfred Heinrich *et al.* (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlin, New York, De Gruyter, 2011, pp. 285-304.

¹² De 20.03.2002, 2 BvR 794/95. Itálicos acrescentados.

¹³ Com razão defende Damião da CUNHA, “Anotação ao art. 30º”, in Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa anotada*, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 334 que à prisão perpétua, para este efeito,

“duração *indefinida*”, a mesma comporta um acrescido esforço hermenêutico. O que fica *prima facie* claro é que *indefinido* não pode ser sinónimo, aqui, de *ilimitado*, ou seja, com ausência de quaisquer limites mínimos ou máximos das sanções criminais. No entanto, a aproximação, ao nível do elemento literal, entre os dois conceitos parece apontar para tal similitude. Assim não é, dado que o artigo 9º, nº 3, do Código Civil nos obriga a concluir que o legislador constituinte se exprimiu da forma mais correcta, o que por certo não seria a utilização de dois lexemas sinónimos. Porventura até de um *jeito algo pleonástico*, foi desiderato que o intérprete apreendesse o sentido de que não podem existir sanções penais em que o tribunal diga *expressis verbis* que a respectiva duração é perene, até à morte do condenado (e, por isso, tratou-se da forma encontrada para proibir a prisão ou a medida de segurança perpétuas), por via da designação de «ilimitadas», mas também que soubesse que se não poderia abster de pronunciar uma sanção com um tempo específico, de preferência – e na grande generalidade dos casos – *exacto, i. e.*, 2 anos, 10 anos e 3 meses, p. ex., o que importa, assim, que a sanção não seja “indefinida”. Acresce que, para além do mais – e adiantando já a nossa resposta à questão que agora tratamos –, o legislador constituinte não pretendeu impedir, desde que o ordinário o entendesse proporcional (artigo 18º da CRP¹⁴) e justificado em face do âmbito aplicativo, que o tribunal possa condenar alguém a uma pena (ou medida de segurança) que oscile entre um mínimo e um máximo, *ponto é que*, de antemão, os *critérios* de acordo com os quais o lapso temporal exacto a cumprir *estejam objectivamente determinados na lei*, para respeitar o princípio da legalidade criminal (artigo 29º, nº 4, da CRP, e artigo 1º), de tal

equivalem as sanções que, pela largueza da sua duração (p. ex., 40 ou 50 anos, acrescentamos nós), na prática a tal correspondem. O fundamento encontra-se, para o autor, na “tradição portuguesa de humanitarismo no programa político-criminal” (*idem*), ao passo que, para Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 502, no que temos por mais correcto e palpável, tal prende-se com as exigências decorrentes dos artigos 25º, nº 2, e 27º e “da ideia de protecção da segurança, ínsita ao princípio do Estado de [D]ireito”.

¹⁴ Analisando o princípio e as suas principais implicações, Mariana CANOTILHO, “O princípio constitucional da proporcionalidade e o seu lugar na metódica constitucional – breves apontamentos a propósito da metáfora da balança”, in Dulce Lopes *et al.* (orgs.), *O princípio da proporcionalidade. XIII Encontro de Professores de Direito Público*, Coimbra, FDUC, 2021, pp. 11-24. No sentido do texto, bem andou o TRL (Tribunal da Relação de Lisboa), em acórdão de 17.11.2011, proc. nº 759/11.0YRLSB-3 (Jorge Raposo), decidindo, num processo de extradição, que “[u]ma pena de prisão de 15 a 30 anos é, dogmaticamente, uma pena de prisão relativamente indeterminada, sem o carácter de indefinição [que] é compatível com a CRP e existe no ordenamento jurídico-penal português [(]cf. artigos 83º a 87º, do CP). Daí que a natureza relativamente indeterminada da pena aplicada [pelo Estado requisitante] não obsta à extradição”.

modo que todos – e sobretudo o condenado – saibam o que terá de acontecer para que cesse a privação de liberdade. Mais: em nossa perspectiva, esses critérios definidores do *quantum* exacto terão de ser *factíveis*, ou seja, conhecida a máxima de que o Direito Penal só pode exigir aos seres humanos aquilo que eles são capazes de cumprir em obediência aos seus comandos, terá de ser *ab initio* claro que *qualquer condenado está em condições objectivas de atingir o termo da sanção a que foi sentenciado*, naturalmente que se podendo ou não exigir algum tipo de comportamento positivo ou negativo da sua parte, ou o mero decurso do tempo.

Para melhor compreensão do que vem de dizer-se bastará atentarmos numa modalidade autónoma da pena de suspensão de execução da pena de prisão que existiu na redacção originária do vigente CP – entre 1983 e 1995 – e que era um sistema que se aproximava em muito da *probation*¹⁵ anglo-americana, então previsto nos artigos 53º a 58º e, em especial, no artigo 57º, nº 2. De acordo com ele, a traço grosso, concluindo pela prática, pelo agente, do crime que lhe era imputado, o tribunal podia somente condenar, mas não fixar, desde logo, qualquer pena. Ao invés, o sentenciado cumpriria um período probatório, com deveres, regras de conduta e/ou regime de prova, por um certo tempo, findo o qual se avaliaria se o juízo de prognose do julgador estaria certo e o adimplemento tornava desnecessária qualquer determinação do *quantum* de pena e, mais ainda, havia o cumprimento da decisão judicial, com a libertação sem condições do agente, ou, pelo contrário, se se tinha passado o oposto – seja por incumprimento das obrigações judiciais, seja pela prática de um outro crime – e, aí sim, proceder-se-ia à determinação exacta da pena efectiva.

Repare-se que aqui as dúvidas de constitucionalidade eram ainda maiores do que aquelas que agora nos assaltam em função do regime da PRI e, tanto quanto sabemos, o Tribunal Constitucional (TC) não foi sequer chamado a apreciar a questão. De facto, não só existia a possibilidade de o tribunal não determinar logo qualquer pena – o que mais se aproximaria da «duração *indefinida*» do artigo 30º, nº 1, da CRP –, como a hipótese

¹⁵ Sobre o essencial do seu sentido, bem como das vantagens ou não da sua introdução no nosso ordenamento jurídico, entre muitos, veja-se o nosso “Pela elevação de penas de substituição ou acessórias a penas principais e por um verdadeiro sistema de *probation* em Portugal?”, *Sombras e Luzes*, nº 2, 2019, pp. 117-139.

de a mesma não ser nunca fixada, se o agente cumprisse as obrigações que lhe haviam sido impostas. Este último ponto é de explicação mais fácil, porquanto se diria que o sistema descrito em nada prejudicava o condenado, visto que a ausência de definição do *quantum* correspondia à sua libertação, se superado com sucesso o período probatório. Donde, somente uma visão exasperadamente positivista mancharia o comando legal de qualquer tipo de inconstitucionalidade material em face do artigo 30º, nº 1, da CRP. Mais: a existência de um verdadeiro sistema de *probation* até à reforma do CP de 1995 apostava fortemente na ressocialização do agente, formulando o tribunal, como houve ocasião de sublinhar, uma prognose favorável, sendo exacto que esta finalidade precípua de todas as sanções criminais é um pano de fundo da CRP em todo o nosso ramo de Direito. Se, ao invés, o falhanço do condenado importasse que o regime de prova fosse revogado, o juiz determinaria, de modo fixo, a sentença ou acórdão, em estrita obediência ao comando constitucional que vimos citando, pelo que nenhum problema de solvabilidade deste tipo se levantava.

Ora, quase que poderíamos dizer que *a fortiori* não se antevêem quaisquer escolhos ao actual regime da PRI, em face do instituto que, por mais de uma década, vigorou à luz da CRP de 1976 sem qualquer reparo (jus-constitucional, pois que outros se levantaram, de raiz político-criminal, e que conduziram a que, em 1995, o mesmo fosse revogado). Dizer apenas isto seria muito pouco. Desde logo, a natureza jurídica dos então artigos 53º a 58º, na redacção de 1982, era diversa da PRI (pena de substituição e instituto de natureza especial), bem como eram díspares as finalidades político-criminais, sendo ainda exacto notar que, desde a entrada em vigor do actual CP e a revisão de 1995, ambos coexistiram, conhecendo-se apenas pronunciamentos do TC sobre as eventuais inconstitucionalidades materiais da PRI. Antes mesmo de as apontarmos, foquemo-nos, *in abstracto*, nos pontos de regime desta última que são aptos a levantarem mais dúvidas em face do processo ordinário de determinação da medida concreta da pena.

Para tal, todavia, importa perscrutar os objectivos político-criminais que o legislador pretendeu atingir com a PRI, na medida em que se é certo que eventuais inconstitucionalidades existirão independentemente destas escolhas, em terrenos mais movediços e em que as dúvidas se adensem – até por via do princípio conciliador e que temos por verdadeiro fio-de-prumo de

toda a orgânica de uma Constituição típica de um Estado de Direito, como é a proporcionalidade –, pode um dado regime ou certos aspectos deste, quando submetidos ao teste desta última, importar uma resposta negativa à insolvabilidade constitucional. Ora, fruto de uma já larga tradição entre nós – que aqui não temos tempo de analisar¹⁶ –, a PRI foi pensada para os chamados «criminosos de etiologia endógena» ou por tendência e que, por isso, representam um maior perigo para a vida em sociedade, em si mesmos mais se sentindo as finalidades punitivas, independentemente da concepção de base que se perfilhe. Não se esqueça o relevo que o Positivismo jurídico desempenhou neste contexto, bastando lembrar Franz V. Liszt e a sua divisão entre os criminosos passíveis de correcção e os incorrigíveis¹⁷, para os quais, nessa fase da evolução histórica, estavam previstas medidas que durariam enquanto persistisse a perigosidade¹⁸. Note-se que não estamos a referir-nos ao conceito criminológico de “delinquente por tendência”, nem à discussão de saber se é mais relevante a protecção social contra aqueles que, de modo

¹⁶ A mesma pode ver-se em Maria da Conceção Ferreira da CUNHA, “Pena relativamente indeterminada: um instituto a ‘reanimar?’”, in Paulo Pinto de Albuquerque *et al.* (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Américo Taipa de Carvalho*, Porto, UCE, 2022, pp. 122-124, e Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Penal português. As consequências jurídicas do crime*, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 557-558 e 570-572. Também com interesse, José Pizarro BELEZA, “A pena de prisão, a reforma das cadeias e o *Ensayo sobre el plano más conveniente para a fundação das cadeias* (Notas para a História do Direito Penal vintista)”, pp. 365-431, e Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, “A consagração de um novo direito securitário na Reforma Prisional de 1936”, pp. 433-477, ambos in Manuel da Costa Andrade *et al.* (orgs.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003. Na jurisprudência, com interesse, o acórdão do STJ de 21.11.1984, proc. nº 037513 (Villa Nova), em que se aborda o essencial do modo de lidar com os delinquentes por tendência na transição do CP de 1886 para o actual: “I – As prorrogações a que se referia o artigo 67º do CP de 1886 tinham a natureza de pena. II – Essas prorrogações foram, no actual Código Penal, substituídas pela aplicação de uma pena relativamente indeterminada. III – A habitualidade passou a denominar-se tendência”. Quanto ao primeiro ponto do sumário do aresto, concluindo – e bem – em sentido diverso, de estarmos em face de uma verdadeira medida de segurança, com interessante referência histórica e filosófica atinente ao tema que nos ocupa, v. o acórdão relatado por Bernardo de Sá NOGUEIRA, do TRL e depois publicado como “O artº 67º do Código Penal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. I, nº 37, 1977, pp. 175-218.

¹⁷ “Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit. Vortrag gehalten am 4. August 1896 auf dem III. Internationalen Psychologenkongress”, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, vol. 17, 1897, pp. 70-84. Sobre o tema, em perspectiva histórica, Richard F. WETZEL, “Penal reform in Imperial Germany. Conflict and compromise”, in Michele Pifferi (ed.), *The Limits of Criminological Positivism. The Movement for Criminal Law Reform in the West, 1870-1940*, London, New York, Routledge, pp. 42-73.

¹⁸ Embora o CP napoleónico de 1810 seja anterior ao pleno da influência do Positivismo no Direito em geral, facto é que este, patrocinando uma teoria retributiva em sede dos fins das penas e apercebendo-se do aumento da reincidência, já previa a distinção clara entre “criminosos primários” e “reincidentes”, esforçando-se por evitar a prisão para os primeiros, por se saber já criminógena, prevendo para os reincidentes a privação de liberdade ou a incapacitação, não se fazendo rogado na sua eliminação física (Carl Ludwig von BAR *et al.*, *A History of Continental Criminal Law*, Boston, Little, Brown & Co., 1916, pp. 335-342).

reiterado, violam o mesmo bem jurídico ou bens jurídicos próximos¹⁹ (*tendência homótrona*) ou distintos (*polítropa*), não se ignorando que inexistente consenso na literatura da especialidade, havendo quem defenda que o fenómeno da especialização aconselha a maiores cuidados e outros que, pelo contrário, propendem para que se a paleta de bens jurídicos afectados é a mais larga possível, então tal significa que os valores essenciais que deviam constar da axiologia do indivíduo de todo existem ou apenas de um modo muito vago, o que torna os agentes ainda mais carecidos da intervenção penal. O facto de o legislador se ter desligado dos ensinamentos mais directos da Criminologia não significa que lhes tenha sido totalmente insensível, porquanto no preenchimento dos requisitos dos artigos 83º, ss., por certo foram tidos em conta dados das investigações empíricas levadas a efeito por aquela ciência. Para além desta categoria de criminosos – em que, como veremos, em nossa opinião, sobrelevam considerações de culpa e de perigosidade, no que é, de facto, *um misto de pena e medida de segurança*²⁰, *embora com maior prevalência desta última*²¹, e em que o objectivo central é garantir um mínimo de privação de liberdade capaz de satisfazer os mandatos do artigo 40º, nº 1, mas adscrevendo logo ao condenado a possibilidade de permanecer mais tempo encarcerado, em função do seu comportamento intra-prisional e do

¹⁹ Embora alguma literatura jurídica tenda a considerar estes delinquentes mais perigosos, como sucede com Reinhart MAURACH/Karl Heinz GÖSSEL/Heinz ZIPF, *Derecho Penal. Parte General*, vol. II, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 881, n. m. 32, citando jurisprudência do BGH (*Bundesgerichtshof*: Supremo Tribunal Federal alemão), não é este o sentido prevalecente em Portugal, em que se propende – e bem – para uma orientação polítropa: Figueiredo DIAS, *Direito Penal...*, op. cit., p. 572, Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª ed., Lisboa, UCE, p. 428, e Maria da Conceição Ferreira da CUNHA, *As reações criminais no Direito português*, Porto, UCE, 2022, p. 385.

²⁰ A caracterização, até aqui, que não já no que escrevemos logo de seguida em texto, parece-nos pacífica. Assim, veja-se Figueiredo DIAS, *Direito Penal...*, op. cit., pp. 562-563, embora antes, tal como nós, pareça reconhecer que a PRI é, no essencial, uma medida de segurança (*ibidem*, p. 561), Germano Marques da SILVA, *Direito Penal português. Parte Geral*, vol. III, Lisboa, Verbo, 1999, p. 158; Maria João ANTUNES, *Penas e medidas de segurança*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 128; e Conceição CUNHA, “A pena relativamente indeterminada: um instituto a ‘reanimar’?”, in Paulo Pinto de Albuquerque et al. (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Américo Taipa de Carvalho*, Porto, UCE, 2022, pp. 129-131 e *As reações...*, p. 380. Já no preâmbulo da proposta de lei nº 117/1, se escrevia que a PRI era uma “fórmula de compromisso entre o princípio de uma responsabilidade moral de tradição clássica e o princípio de uma responsabilidade legal ou social de inspiração positivista”, alicerçando-se a nossa opção no que vinha sendo defendido em congressos internacionais de associações de Direito Penal. Na jurisprudência, também aludindo à natureza híbrida do instituto, *inter alia*, cf. os acórdãos do STJ de 23.12.2015, proc. nº 154/15.1YFLSB.S1 (Armindo Monteiro), de 21.03.2018, proc. nº 2849/10.XPRT-T.S1 (Lopes da Mota) e de 06.08.2021, proc. nº 1558/10.1TXEVR-N.S1 (Margarida Blasco).

²¹ No sentido em texto, ao que cremos, já Victor Sá PEREIRA, *Código Penal*, Lisboa, Livros Horizonte, 1988, p. 134. E note-se que a existência do plano a que alude o artigo 89º, como se dirá mais de espaço, é também marca de uma maior importância da vertente de medida de segurança.

que dele se pode retirar, de tal forma que ele sinta que esta é uma sanção mais gravosa que uma simples pena de prisão –, a PRI também se aplica a “alcoólicos²² e equiparados²³”, como tal definidos no artigo 86º, e em relação aos quais o desiderato interventivo é já o de combater a adição, procurando que o tempo privativo de liberdade possa ser usado para algum tipo de tratamento nesse sentido.

Se é verdade que o artigo 87º aponta mais claramente para que a PRI aplicável a alcoólicos e equiparados se destina a combater a adição e, por isso, tem uma finalidade *pedagógica e ressocializadora*, temos para nós que ela é *comum* aos delinquentes por tendência. Em primeiro lugar, porque o artigo 89º é de aplicação comum e o *plano de readaptação (rectius, ressocialização)*, como se verifica deste artigo e, sobretudo, dos artigos 53º e 54º e respectivas disposições do CEPMPL (Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade²⁴), é a peça fundamental do instituto em estudo, para o qual se procura, sempre que possível, a aceitação e o concurso do condenado. Acresce que, ainda que formalmente pena ou – como julgamos – mais medida de segurança, o artigo 40º, nº 1, estabelece um programa comum para ambas as sanções criminais no qual está patente o intuito especial-preventivo de ressocialização. Ora, a vivificação da pena de prisão e a atribuição (a ela) de um “escopo pedagógico”²⁵ é patente no modo escolhido por Eduardo Correia para lidar com os “delinquentes perigosos e de difícil correcção”, não se limitando a um mero acréscimo de “custódia de segurança” – como veremos suceder em regimes tão avançados como o alemão – ou com a mera adição,

²² A distinção entre “alcoólico” e “pessoa com tendência para abusar de bebidas alcoólicas”, não sendo em tese e da perspectiva médica impossível de operar, é de tal modo evanescente que deveria ser substituída apenas pela primeira expressão, como já Figueiredo DIAS, *Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 577 admitia, tanto mais que a este preciosismo se não assiste no artigo 88º. O *distinção* também levantou dúvidas a Gomes da Silva, no seio da Comissão Revisora, embora se mantivesse, com a alteração, porém, da expressão inicial do então artigo 98º de “tendência para beber álcool em doses exageradas”, que o próprio autor do ProjPG classificou como “não muito bonita [...] embora sem dúvida exacta”, para “abusar de bebidas alcoólicas”, por sugestão de José Osório (*Actas...*, pp. 182-185).

²³ Na Comissão Revisora ainda se discutiu se o termo deveria ser entendido de forma restrita (as que “causam inibições nos centros nervosos”) ou ampla (“aquelas que se destinam a excitar, mas causam, como as primeiras, habitação”), tendo-se concluído por esta última, como não podia deixar de ser (*Actas...*, p. 186).

²⁴ Aprovado pela Lei nº 115/2009, de 12 de Outubro.

²⁵ Victor Sá PEREIRA, *Código Penal*, *op. cit.*, p. 135. É interessante notar que, antes da Revolução, como se sabe, ao menos na forma, tal era proclamado em diplomas penais, como sucede com o preâmbulo do Decreto-Lei nº 184/72, de 31 de Maio, em que se escreve que a prisão deve ser “sobretudo meio e instrumento de recuperação do homem, refazendo a sua dignidade moral, melhorando a sua capacidade profissional, facilitando a sua reintegração na família e na sociedade”.

sem mais, de uma pena e de uma medida de segurança. Donde, também pela PRI, é Portugal um dos Estados que mais longe leva a *prevenção geral de integração* e que confere mais expressa consagração legal à fórmula estafada de “reafirmação contrafáctica da norma” de Jakobs.

O nosso TC foi, por duas vezes, chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade do instituto com o artigo 30º, nº 1, da CRP: da primeira vez no acórdão nº 43/86, de 19.02.1986²⁶, no qual se questionou, directamente, a conformidade dos artigos 83º e 84º e, em segundo lugar, no acórdão nº 549/94, de 19.10.1994²⁷, tendo o tribunal *a quo* recusado a aplicação do artigo 88º com fundamento na violação do artigo 30º, nº 1, da CRP e que, no essencial, se limitou a reproduzir a argumentação do primeiro aresto. Neste último, depois de se afirmar que o CP de 1982 inaugurou um sistema monista, ao invés do CP de 1886 – o que merece a nossa frontal discordância – e apontando – erradamente – a Figueiredo Dias o patrocínio da culpa pela não formação da personalidade, defendida por Eduardo Correia, dado que o primeiro, de raiz existencialista, se pronuncia por uma “culpa da pessoa”, justifica-se a PRI com base nos princípios da culpa e da ressocialização, que desembocam na dignidade da pessoa humana, esteio do princípio do Estado de Direito. Por outro lado, o acórdão nº 43/86 entende que as penas não têm de ter uma “duração fixa”, acrescentando que “[o] que importa é que a sua aplicação não gere incerteza relativamente ao *quantum* da punição e ao modo da sua expressão. Pena certa, determinada, é a pena legal, a pena prevista pelo legislador, pois esse é o modo por que se elimina o arbítrio do julgador”, o que sucede na PRI ao determinar um mínimo e um máximo de duração²⁸. Por fim, argumenta o TC que *não há*, também, *risco de arbítrio na execução da pena*, por ela estar garantida pelo artigo 90º, admitindo até – quanto a nós mal, pois se tal assim fosse haveria inconstitucionalidade material – que

²⁶ Proc. nº 100/85, 2ª secção, sendo relator Mário Afonso, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

²⁷ Proc. nº 646/92, 2ª Secção, relatado por Alves Correia.

²⁸ Poderia ter igualmente citado a exposição de motivos da proposta de lei nº 117/L, na qual se escreveu, antecipando as dificuldades jusconstitucionais, que “é necessário que o efeito estimulante da indeterminação da pena se não converta para o recluso no mal de uma angústia provocada pela incerteza sobre os critérios que presidem à decisão. A esse risco se procurará obviar, em primeira linha, com a obrigatoriedade de traçar um plano individual de readaptação do delincente, em cuja elaboração ele deve intervir [e], depois com a obrigação imposta à autoridade competente de periodicamente emitir parecer fundamentado sobre o qual o tribunal possa decidir sobre a concessão da liberdade ao delincente”.

a PRI poder-se-ia limitar a fixar o limite máximo²⁹, em claro desrespeito pelas legítimas expectativas do condenado em saber o mínimo de punição que lhe cabe, o que parece – até atenta a data de 1986 – resultar de um entendimento precoce do que é uma medida de segurança e das exigências de legalidade a que ela deve estar sujeita.

O TEDH tem-se dedicado à problemática das condições prisionais dos criminosos mais perigosos, reconhecendo a necessidade de existirem estabelecimentos prisionais adaptados a tais exigências³⁰, bem como às condições jurídicas em que se baseia a aplicação de uma sanção do espectro da nossa PRI³¹, por referência ao artigo 3º da CEDH. Do mesmo modo, tem analisado decisões judiciais ao abrigo do artigo 5º, § 1º, da CEDH, merecendo especial sublinhado o que tem dito o Tribunal a propósito do § 66 do *StGB*, o qual, como veremos, admite que, para além da pena de prisão, o agente seja também condenado a uma “detenção preventiva”, baseada na perigosidade de comissão delitual grave no futuro³². No caso *M. c. Alemanha*³³, o TEDH, embora se tratasse de um condenado inimputável, o que é diverso do esquema da nossa PRI, entendeu que, no caso concreto, houve violação

²⁹ Porventura a interpretação venha do que a propósito escreveu Eduardo CORREIA, *Direito Criminal...*, *op. cit.*, pp. 327-328, mas mal lido, pois aquele autor aí defende a existência de um limite máximo e mínimo. No sentido em texto, *vide* a *BVerfGE* 2 BvR 794/95, de 20.03.2002.

³⁰ Acórdão *Van der Ven c. Netherlands*, de 04.02.2003, queixa nº 50901/99.

³¹ Deve assegurar-se “que uma pessoa é detida em condições compatíveis com o respeito pela sua dignidade humana, que a forma e o método de execução da medida não o submetem a sofrimento ou a uma dureza de uma intensidade tal que ultrapasse o inevitável nível de sofrimento inerente à reclusão e que, dadas as suas exigências práticas, a sua saúde e bem-estar são adequadamente garantidos” (caso *Kudla v. Poland*, de 26.10.2000, queixa nº 30210/96).

³² Adiante-se que, entre nós, o modelo foi também experimentado pela alteração que o Decreto-Lei nº 184/72, de 31 de Maio, introduziu ao CP de 1886: artigo 67º, o qual, para os “delinquentes de difícil correcção” admitia prorrogações por “períodos sucessivos de 3 anos, quando se mantenha o estado de perigosidade, verificando-se que o condenado não tem idoneidade para seguir vida honesta” e, antes dele, pelo Decreto-Lei nº 39.688, de 05.06.1954, que, para além da inoção – ainda hoje não conseguida – de impor a criação de “estabelecimentos especiais” para, de entre outros, “delinquentes de difícil correcção” (artigo 58º, § 3º), já apontava, no mesmo artigo 67º do CP de 1886, para o que seria determinado em 1972, definindo os “delinquentes de difícil correcção” como os “habituais” e “por tendência”. Sem preocupações de exaustividade, os primeiros eram aqueles que reincidiam homótopa ou politropicamente, desde que, nesta última hipótese se verificasse o requisito material de “atenta a sua [do crime] espécie e gravidade, os motivos determinantes, as circunstâncias em que foram cometidos e o comportamento ou género de vida do criminoso, revelando o hábito de delinquir”. Por seu turno, os “delinquentes por tendência” eram aqueles que, não cabendo na definição anterior, cometeram, no seu passado, pelo menos um crime doloso, tentado ou consumado, de homicídio ou de ofensas à integridade física a que correspondesse pena maior (e não correcional) e que “atentos o fim ou motivos determinantes, os meios empregados e mais circunstâncias e o seu comportamento anterior, contemporâneo ou posterior ao crime, revelem perversão e malvadez que os faça considerar gravemente perigosos”. Veja-se a absoluta indeterminabilidade penal – logo inoperacionalidade – dos conceitos usados e que vão em itálico.

³³ De 17.12.2009, queixa nº 19359/04.

do artigo 5º, § 1º, da CEDH, no essencial na medida em que a lei tem de ser clara e previsível, de modo a obviar ao risco de arbitrariedade e, *in casu*, teve “sérias dúvidas sobre se o requerente, no momento dos autos, poderia ter previsto com um grau de razoabilidade que as circunstâncias do ilícito cometido poderia implicar a aplicação de uma detenção preventiva por um período ilimitado de tempo” (§ 104 do acórdão). Mais tarde, no caso *Ilenseher c. Alemanha*³⁴, tratando-se de uma situação semelhante, relativa, de novo, a um inimputável, esse acréscimo de detenção cumpriu todos os requisitos legais e não violou nenhuma norma da CEDH. O contrário sucedeu já no caso *Haidn c. Alemanha*³⁵, fundamentalmente porque o condenado não foi colocado em instituição hospitalar adequada, mas num estabelecimento prisional comum, o que demonstra a preocupação do Tribunal também com as concretas condições de cumprimento da pena.

Para responder com mais propriedade à questão de investigação que ocupa este apartado, essencial se torna compreender como se determina o *quantum* exacto de privação de liberdade em sede de PRI, matéria sobejamente conhecida, pelo que, *hic et nunc*, a veremos em extremo esboço. Tendo o seu limite mínimo sempre em 2/3 da medida concreta da pena aplicada em caso de unidade ou pluralidade das infracções que cumprem os requisitos dos artigos 83º, ss. e o máximo num *quantitativo fixo* que se vai somando a essa medida concreta (de 6, 4 ou 2 anos), a previsibilidade analisada de se saber o campo de duração da pena está cumprida. Mais ainda, como se sublinhou, o condenado sabe que este é um instituto que vai conhecendo potenciais momentos de libertação *eliminatórios e sucessivos* – o primeiro coincide com o mínimo da PRI, em que o agente não pode sair em liberdade plena, mas sim condicional (o que é um dado relevante, como se verá, para a sua caracterização), pelo período de tempo que lhe faltar cumprir, mas nunca por mais de 5 anos (artigo 90º, nº 2). Se a prognose de exarcelação se não verificar, para o juízo da execução das penas (ou se o agente não consentir na libertação, o que é um requisito aplicável a qualquer modalidade da liberdade condicional – artigo 61º, nº 1), um novo momento equacionável, desde que a medida

³⁴ De 04.12.2018, queixas n.ºs 10211/12 e 27505/14.

³⁵ De 13.01.2011, queixa nº 6587/04. Vejam-se ainda, sem sermos exaustivos, os casos *Bergmann c. Alemanha*, de 07.01.2016, queixa nº 23279/14, *Schmitz c. Alemanha*, de 09.06.2011, queixa nº 30493/04, *Mork c. Alemanha*, de 09.06.2011, queixas nºs 31047/04 e 43386/08 e *Grosskopf c. Alemanha*, de 21.10.2010, queixa nº 24478/03.

concreta pela qual o agente tenha sido condenado for superior a 6 anos, seria a 5/6 (artigo 61º, nº 4). Pode suscitar alguma perplexidade a norma do artigo 180º, nº 2, do CEPMPL, a qual prevê a renovação da instância para efeitos de liberdade condicional anualmente, contada da data da última concessão, o que, *prima facie*, poderia conduzir à ideia de que existiriam outros momentos em que este incidente de execução da pena se aplicasse. Assim não é, desde logo por um argumento literal, dado que o referido inciso começa por excepcionar o preceituado no artigo 61º, ou seja, é este e não outro aquele comando que estabelece os momentos – e só esses – em que a liberdade condicional é de equacionar³⁶. Do mesmo passo, se a liberdade condicional a 2/3 for revogada, não há possibilidade de a mesma voltar a ser concedida, simplesmente porque se ultrapassaria o limite em que a lei prevê a faculdade de concessão deste incidente executivo, pelo que o artigo 64º, nº 3, é aqui de afastar³⁷. Voltando à questão da libertação a 5/6, não se trata, nunca, todavia, de um momento a ter em conta na PRI, sendo esta uma exceção à dita “liberdade condicional obrigatória”. Por um argumento literal – o artigo 90º, nº 1, não remete para o artigo 61º, nº 4 –, mas sobretudo *teleológico* – se estamos a lidar com os criminosos mais perigosos do ordenamento jurídico, admitir a sua libertação, ainda que condicional, por efeito do mero decurso do tempo, *implodiria as razões político-criminais* da própria PRI e importaria, na prática, que se restituísse a uma liberdade controlada alguém que ainda mostra ser perigoso, pois, como se sabe, nos casos do artigo 61º, nº 4, bem podem depor contra o condenado considerações gerais e especiais-preventivas e, mesmo assim, conceder-se o incidente de execução da pena de prisão. Pode

³⁶ Numa leitura que, em nosso juízo, pode ir no sentido oposto ao defendido em texto, Maria João ANTUNES, *Penas...*, *op. cit.*, p. 133, e, agora, Conceição CUNHA, “A pena...” , *op. cit.*, pp. 137-138 e *As reações...*, *op. cit.*, p. 391. No sentido que temos por correcto, cf. o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC) de 25.05.2011, proc. nº 1050/10.4TXCBR-A.C1 (Mouraz Lopes), ao qual se podem juntar vários outros arestos, pois não encontramos posição dissonante de que não há aplicação de liberdade condicional a 5/6 na PRI. Assim, os acórdãos do STJ de 23.12.2015, proc. nº 154/15.1YFLSB.S1 (Armando Monteiro) e de 28.05.2014, proc. nº 2849/10.7TXPRT-K.S1, destacando-se ainda que, atenta a natureza da medida sancionatória e da providência extraordinária processual, é muito comum que o Supremo tenha desenvolvido mais jurisprudência sobre o instituto que estudamos por via do *habeas corpus*. Também o acórdão do TRL de 24.01.2012, proc. nº 6187/10.7TXLSB-G.L1-5 (José Adriano) e os acórdãos do TRE (Tribunal da Relação de Évora) de 19.11.2015, proc. nº 1558/10.1TXEVR-T.E1 (Maria Isabel Duarte), e de 18.04.2017, proc. nº 1558/10.1TXEVR-G.E1 (António João Latas). Na doutrina, como em texto, Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *op. cit.*, p. 436.

³⁷ Ao invés, Conceição CUNHA, *As reações...*, *op. cit.*, pp. 391-392.

é suceder³⁸ que, no cumprimento da liberdade condicional a 2/3, em função da duração máxima de 5 anos (artigo 90º, nº 2), o condenado entre já em pleno momento em que a PRI é verdadeiramente medida de segurança, por se ter ultrapassado a medida concreta da pena, o que não levanta particulares dificuldades. Para nós – e o ponto não tem sido salientado –, através do artigo 90º, nºs 1 e 3 (*a pari*, este último), estando o agente em pleno cumprimento da libertação condicional, ultrapassada a dita medida concreta, *pode cessar a aplicação da PRI* se ele provar que a sua perigosidade inexistente já ou transitar para a liberdade para prova (artigos 92º, nº 1, e 94º, *ex vi* do artigo 90º, nº 3). Trata-se, ao fim e ao cabo, do reconhecimento de que as duas sanções que o nosso ordenamento conhece não são realidades estanques, mas relacionam-se através de *vasos comunicantes*.

Assim sendo, não tendo beneficiado da liberdade condicional a 2/3 da pena, simultaneamente mínimo da PRI, a execução prossegue até à medida concreta. Diga-se ainda que é nosso parecer que o *regime de prova* deveria ser aplicado a todas as modalidades de libertação condicional, por só ele estar mais próximo do pressuposto político-criminal de que bebe a PRI³⁹. Do mesmo passo, deveria estar ao dispor do juiz de execução das penas, *de iure condendo*, o cumprimento desta liberdade condicional em regime de permanência na habitação do artigo 43º, atenta a própria natureza dos delinquentes e a flexibilidade de contactos com o exterior que este inciso já encerra.

Aqui acaba o mundo da pena e começa o da medida de segurança, já anunciado por um acréscimo sempre igual e, por isso, não adaptado ao caso concreto, que pressupõe um *quantum* de perigosidade vazada em tempo para toda e qualquer concreta factualidade. Como estamos num outro reino, a execução da PRI pode cessar a qualquer momento, de forma completa, com a libertação plena, desde que o condenado alegue e prove que a perigosidade persistente na condenação deixou de existir. Se tal assim não suceder, mas – uma vez mais a proporcionalidade desempenha aqui um papel não despreciando – se revelar que as finalidades da PRI se podem atingir através da liberdade para prova (o correspondente nas medidas de segurança da

³⁸ Como o notam Maria João ANTUNES, *Penas...*, *op. cit.*, p. 133 e Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *op. cit.*, p. 436.

³⁹ Conceição CUNHA, *As reações...*, *op. cit.*, p. 390 defende-o claramente, ao que cremos, para as hipóteses dos artigos 83º e 84º, mas não sabemos se, como nós, mantém idêntico pensamento para os alcoólicos e equiparados, à semelhança do que defendemos.

liberdade condicional), então a mesma também pode ser requerida a qualquer momento, sendo apreciada em função dos requisitos já não do artigo 61º, mas do artigo 90º, garantindo-se ainda que, *ex officio*, a instância se renova de 2 e 2 anos para apreciação da eventual concessão da dita liberdade para prova. Se nenhum destes mecanismos tiver tido por efeito a libertação do condenado, chegados ao limite máximo da PRI, o mesmo é imediatamente restituído à liberdade plena, sem se cuidar de qualquer avaliação especial e/ou geral-preventiva. Este será também um aspecto a analisar na natureza jurídica do instituto.

Do prisma do Código de Processo Penal (CPP), o artigo 509º foi revogado pelo CEPMPL, pelo que somos remetidos para este último em sede das questões processuais relacionadas com a execução da PRI. No entanto, compulsado o último Código, verificamos que nele não existe um tratamento *ex professo* desta matéria. Donde, teremos de concluir que se aplicam as regras gerais da pena de prisão até à medida concreta fixada pelo tribunal (incluindo as atinentes ao processo especial de concessão de liberdade condicional apenas a 2/3 – cf. artigos 173º a 187º, do CEPMPL) e as dos artigos 126º a 132º a partir desse momento, em tudo o que contenda com internamento de *imputáveis*. Nas palavras do Supremo Tribunal de Justiça (STJ)⁴⁰, “[d]e acordo com o CEPMPL[,] o processo de internamento previsto nos artigos 156º, 164º, nº 2, 165º e 166º, aplica-se aos condenados em pena relativamente indeterminada a partir do momento em que lhe for recusada a liberdade condicional – art. 160º, nº 2, em conjugação com o art. 90º, nº 3. Até 2 meses antes de ser atingido o limite mínimo da pena relativamente indeterminada, os 2/3 referidos no art. 83º, o TEP (tribunal de execução das penas) verifica se se configuram os pressupostos da concessão da liberdade condicional (art. 90º, nº 1), e se não for concedida, a partir do momento em que se mostre cumprida a pena concreta aplicada, iniciam-se os procedimentos previstos no artigos 92º, nº 1, 93º, 94º e 95º, conforme o disposto no nº 3, do art. 90º, só findando o internamento quando se mostrar finda a perigosidade – art. 92º, nº 1, procedendo-se à avaliação sucessiva periódica daquele estado obrigatoriamente, decorrido o prazo previsto no art. 93º, nº 2, ou quando ocorrer

⁴⁰ Ac. de 23/12/2015, Proc. nº 154/15.1YFLSB.S1 (ARMINDO MONTEIRO).

causa justificativa” (cf. ainda, os artigos 158º, nº 2, al. *a*), nºs 3 e 4, *ex vi* do art. 159º, 160º, 164º, nº 2, todos do CEPMPPL).

Desta forma mais integrados no seu funcionamento, parece-nos de meridiana clareza que a PRI e o regime desenhado pelo legislador ordinário *não vulneram quaisquer regras ou princípios constitucionais*. De facto, afastada que foi a “duração indefinida” da pena, por de todo se aplicar *in casu*, analisámo-la à luz do limite da “duração indeterminada”. Em primeiro lugar, não o é porque sabe o condenado e todos os demais sujeitos e intervenientes processuais que a sanção oscila entre um mínimo e um máximo de pena privativa da liberdade, o que por si seria inconstitucional, por não ser conforme ao princípio da legalidade, na forma de taxatividade (artigo 29º, nº 4, da CRP), a qual se aplica também ao *quantum* exacto sancionatório, que aqui não existiria. Todavia, fruto de normas claras e anteriores, também não ignora o agente, *no momento da condenação*, que o valor exacto de privação de liberdade está dependente de dois factores: do funcionamento das regras próprias da *liberdade condicional* a 2/3 da medida concreta (artigo 61º, n.ºs 1 e 3) e da *perigosidade do agente*, conhecendo aqui duas submodalidades: *a*) libertação plena se o condenado deixar de ser perigoso, atestado por juiz; *b*) liberdade para prova nas restantes hipóteses em que, de novo obedecendo à proporcionalidade, se não justifica já uma total reclusão intra-muros, mas também não uma libertação plena. Conexionado com este ponto, poder-se-á ainda acrescentar que, em qualquer delas, em última análise, *é o condenado que controla a sua libertação*, no sentido em que é o modo como se comporta no estabelecimento prisional e que em si se identificam por sinais exteriores as exigências da ressocialização (*proposta*, nunca imposta⁴¹) que determinarão, a final, quando reganhará a sua liberdade (plena ou controlada). De outro modo: *as condições para a efectivação concreta do quantum são prévias, claras, objectivas, iguais para todos os condenados e conformes à proporcionalidade*, tudo razões depoentes no sentido da não inconstitucionalidade da nossa PRI em função do artigo 30º, nº 1, da CRP. O que vem de escrever-se seria, para nós, suficiente para manter o que está em estudo dentro das margens do que é conforme à Lei Fundamental. Em reforço contrafáctico, estamos em face

⁴¹ Claro, sobre este aspecto, *inter alia*, o nosso “Ressocializar, hoje? Entre o ‘mito’ e a realidade”, *Revista do Ministério Público*, nº 156, 2018, pp. 75-119.

dos criminosos mais perigosos que podem existir num Estado – atemo-nos aqui aos “por tendência”, os quais, sendo certamente titulares dos mesmos direitos e deveres de todos os demais condenados e reclusos, não podem deixar de merecer, até para o cumprimento das finalidades punitivas que se retiram da *norma normarum*, um tratamento com algumas *nuances* mais restritivas, ainda consentidas pelo artigo 18º da CRP –, aos quais, por via do artigo 40º, nº 2, se justifica a imposição de uma mais longa privação da liberdade, no que é sempre a resposta à *antinomia genética do Direito entre justiça e segurança*.

Em terceiro lugar – e adivinhando já mais obstáculos –, não se diga que quando a condenação é superior a 6 anos e não há aplicação do artigo 61º, nº 4, estamos em face de uma inconstitucionalidade, até por violação do princípio da igualdade do artigo 13º da CRP, visto que não há qualquer igualdade de facto entre as regiões normativas a tratar: uma coisa é uma pena de prisão pura e simples e outra é uma PRI, que exige um conjunto de pressupostos mais apertados – formais e um material – para ser judicialmente determinada e é a resposta encontrada pelo ordenamento para os mais graves delinquentes, tendo-a, por isso, configurado de modo diverso e, como vimos, a libertação a 5/6 seria totalmente contrária às finalidades político-criminais que estiveram na base da PRI. Junte-se a isto que em lado algum da Constituição se garante aos condenados uma libertação condicional cumprida que esteja uma parte da pena e em que (implícito o consentimento do artigo 61º, nº 1), se prescindia de qualquer análise judicativa especial e/ou geral-preventiva, comportando-se o juiz como um mero tabelião (*accertamento*, na doutrina italiana). Aliás, são poucos os Estados em que um regime como este é previsto, provando, como já escalpelizámos noutra local⁴², um enorme comprometimento (formal) do nosso legislador com a ressocialização, elevando-a a princípio com um grande rendimento de aplicação prática.

Em quarto lugar, poder-se-ia obter-se com o modo rígido através do qual os limites mínimo e máximo da PRI são fixados, em especial não sendo eles minimamente adaptáveis às circunstâncias do agente e do caso concretos. Ora, sabemos que a *individualização da pena* é também uma exigência

⁴² André Lamas LEITE, “Considerações em torno da Lei nº 94/2021, de 22 de Dezembro e algumas propostas de revisão do Código Penal”, in André Lamas Leite (org.), *Contributos para uma (urgente) reforma da Justiça*, Braga, Nova Causa, 2022, p. 67.

constitucional, desde logo ancorada no princípio da culpa, igualmente sob guardada da CRP, pelo que, à primeira vista, detectaríamos alguma possibilidade de irritação intra-sistemática. Porém, bem vistas as coisas, esses valores fixos e inalterados servem exactamente só para a imposição dos limites mínimos e máximos *e não para a determinação concreta* do tempo de privação de liberdade a coberto da PRI, ou melhor, podem ser dois dos muitos pontos específicos de tal fixação, seja por via do funcionamento da liberdade condicional (no limite mínimo de 2/3), seja por não ter o condenado beneficiado de nenhuma das formas já aludidas de libertação (total ou condicionada) antes do limite máximo⁴³ (fixado por mera adição de certos anos de prisão). Ora, o *quantum* exacto não resulta necessariamente – e diríamos, na maior parte dos casos – de tais limites, mas do funcionamento das regras típicas das medidas de segurança, ultrapassado que esteja a medida concreta da pena que espoletou a PRI.

3. Alguns aspectos controvertidos do regime da PRI

Vencida a dificuldade constitucional, passemos agora a alguns aspectos de regime que desejamos salientar, começando pela natureza jurídica da PRI. Sabemos que o habitual é dizer-se que ela é um *misto de pena e de medida de segurança*, o que recolhe a nossa concordância, mas desde que se sublinhe que *ela é mais esta última que a primeira*. E isto, logo ao nível do Direito positivo, fica claro em uma série de aspectos. Em primeiro lugar, como já se aflorou, a partir do momento em que o legislador parte do princípio que quer o limite mínimo, quer o máximo, são determinados sempre da mesma forma, então não são razões de culpa que, no essencial o ditam, pois a mesma teria de poder ser adequada ao caso concreto. São sim razões de *perigosidade* que justificam este esquema rígido, ou seja, existem duas formas de determinação da moldura penal abstracta intocáveis e que correspondem àquilo que é essencial para que as finalidades do artigo 40º, nº 1, se cumpram, sem sequer olhar para

⁴³ Ponto em que há sempre libertação do condenado, ainda que se mantenha o estado de perigosidade, subsistindo dúvidas se deve ser o juízo de execução das penas ou o tribunal da condenação a declarar a PRI extinta pelo cumprimento, como pode ver-se em Joaquim BOAVIDA, “Alguns nós górdios da jurisdição de execução das penas”, *Julgar*, nº 33, 2017, p. 243.

o caso concreto – como é típico na pena *aplicável* –, mas já o não é quando se lhe segue uma fase de determinação da moldura penal concreta que, bem vistas as coisas, não existe na PRI. E não existe porque *ambas as molduras coincidem nos mesmos pontos de tempo de privação de liberdade*, o qual é pré-dado pelo legislador. Daí que seja, também, tecnicamente, um instituto de natureza especial, por escapar ao normal processo determinativo da medida concreta. Por outro lado, não admite a aplicação de qualquer pena substitutiva⁴⁴ – ainda que esta tenha sido revogada⁴⁵ –, o que, para nós, se baseia em um juízo para o qual concorrem não só aspectos atinentes à prevenção, mas também à culpa, entendida de uma dada forma, como já escrevemos noutra local⁴⁶. A impossibilidade de sequer cogitar a liberdade condicional a 5/6 da pena, já explicada, é mais um aspecto a depor no sentido do maior pendor da PRI como medida de segurança. Em terceiro lugar, a partir da medida concreta da pena, tudo são regras desta última reacção criminal que se aplicam – assim como do seu incidente executivo (artigo 94º) –, pelo que seria ocioso estar aqui a repetir o regime do artigo 90º (ver, ainda, o artigo 21º, nº 2, do CEPMP). Numa palavra, as únicas coisas que mantêm a PRI também (mas *muito menos*) no domínio da pena são a circunstância de se lhe poder aplicar a liberdade condicional no mesmo ponto correspondente ao seu limiar mínimo e o facto de a culpa ser tida em conta na determinação da sanção a aplicar ao crime ou crimes que estão na base e motivam que se desencadeie o instituto em estudo (artigo 71º, nº 1). Nem sequer se pode dizer que o dito processo determinativo anterior da medida concreta particulariza a PRI, pois tal serve como mero ponto de partida destinado à efectiva fixação da moldura aplicável, razão pela qual ela *não é tecnicamente uma forma especial de determinação da pena*. Outro aspecto contende com o elemento

⁴⁴ Em sentido contrário, numa diferente concepção de pena de substituição que parece atribuir efeitos diferentes à única detentiva vigente (a do artigo 43º), ao invés do mesmo substracto político-criminal e dogmático, Maria João ANTUNES, *Penas...*, *op. cit.*, p. 130 e, na sua senda, Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *op. cit.*, p. 427, e Conceição CUNHA, “A pena...”, *op. cit.*, p. 132 e *As reacções...*, *op. cit.*, p. 383. E não se diga, como a última autora, que o artigo 43º é apenas uma forma de execução da prisão, pois ele é, sobretudo, uma *pena substitutiva*, como se disse, de momento, a única que existe detentiva, sendo que este posicionamento parece regressar a um passado em que se entendia que só as sanções de substituição não detentivas o eram verdadeiramente, o que de todo corresponde à verdade e ao que os próprios autores defendem.

⁴⁵ Ao invés, Maria João ANTUNES, *Penas...*, *op. cit.*, p. 130 e Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *op. cit.*, p. 427.

⁴⁶ André Lamas LEITE, “Especificidades do juízo que preside às sanções substitutivas e o substracto da atenuação especial da pena”, in José Lobo Moutinho *et al.* (coords.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Lisboa, UCE, 2020, pp. 167-218.

material da existência, no momento da condenação, de perigosidade do agente que ainda persista. Dúvidas inexistem que o juízo a elaborar é o mesmo que fundamenta uma medida de segurança, sendo que a «acentuada inclinação» tem de existir já no momento da comissão delituosa e *surgir como uma solução de continuidade até à condenação* (e respectivo trânsito), tudo nos termos do artigo 83º, nº 1, *in fine*. Algo de similar se diga quanto aos alcoólicos e equiparados⁴⁷ (artigo 86º, nº 1, parte final). Parafraseando Cristina Líbano Monteiro⁴⁸, “[a] perigosidade [antecede], acompanha e segue o facto: tem passado, presente e futuro, sob pena de não ser tal perigosidade”, o que a faz concluir por uma ideia de “*continuidade perigosa*”. Por fim, tal como sucede com a reincidência, também na PRI se não exige – ao menos é o que quase unanimemente se diz, como veremos – o efectivo cumprimento das penas a que o agente foi condenado, o que depõe no sentido de que pode não se ter conseguido qualquer efeito útil derivado da privação de liberdade e, mesmo assim, *manterem-se as necessidades de contenção da perigosidade*. De igual passo, a exigência de um certo limiar de gravidade das condenações (em medida superior a 2 anos e efectiva, nos casos do artigo 83º, ou prisão efectiva, nos do 84º, ambos com aplicação adaptada ao artigo 85º, também se exigindo a condenação em prisão efectiva nos artigos 86º e 88º) e, sobretudo, que a mesma não possa ser substituída – em reforço do que se deixou dito – é um índice claro de perigosidade do agente que a lei positivou. Veja-se ainda que, em todos os casos de PRI, o plano de *readaptação* (*rectius*, *ressocialização*, como deveria ser) do artigo 90º é uma *peça central*⁴⁹, a qual, não sendo monopólio das medidas de segurança, se enquadra perfeitamente nos objectivos precípuos de prevenção especial e nos secundários geral-preventivos que, como regra, a doutrina vem assinalando a esta forma sancionatória.

Uma palavra ainda para o artigo 274º-A, nº 4, o qual prevê uma *forma especial de PRI* aplicável somente ao tipo legal de crime de incêndio florestal doloso, por forma a evitar a “reincidência homótopa”, traduzindo-se num

⁴⁷ Cujo tratamento penal relacionado com a habitualidade, nos alvares da democracia, já merecia a atenção do Decreto-Lei nº 184/72, de 31 de maio (artigo 71º do CP de 1886).

⁴⁸ *Perigosidade...*, *op. cit.*, p. 121. Itálico também no original. “[O] maior grau de autonomia que na perigosidade se verifica relativamente ao facto faz com que este mesmo facto, ao ser provado, se constitua igualmente prova dessa perigosidade que se manifestou nele, mas do mesmo passo, o transcende” (*idem*).

⁴⁹ Assim, logo Eduardo Correia, em *Actas...*, p. 195.

regime combinado entre os delinquentes por tendência, por exigir esta última (apenas em relação àquele particular tipo legal e não a uma multiplicidade deles, como pode acontecer nos artigos 83º e 84º) e o dos alcoólicos e equiparados, dado que se demanda apenas a prática anterior de um único delito da mesmíssima natureza (não se podendo defender a sua aplicação para outros que tutelem bens jurídicos próximos), pelo que há razões preventivas-gerais e especiais na sua base. Poder-se-ia pensar somente em razões especiais-preventivas, face à aplicação subsidiária expressa do artigo 87º, mas cremos que seria farisaico, na concreta realidade portuguesa, negar-lhe também uma finalidade de acção societal no seu conjunto, o que, em resumo, constitui esta numa *modalidade autónoma da PRI*, de tal modo que é incompleto limitá-la aos delinquentes por tendência e aos alcoólicos e aos toxicodependentes. Daí também que a determinação do *quantum* da PRI seja decalcado do artigo 84º, nº 2, *ex vi* do artigo 274º-A, nº 5.

O *direito de graça* como forma de extinção ou modificação da sanção criminal tem, entre nós, na prática legislativa, deixado de fora os “delinquentes habituais, por tendência, reincidentes ou condenado em PRI”⁵⁰, o que se entende face ao escopo do instituto. Não obstante, *em tese*, nada impede que qualquer das suas manifestações opere, até pelo lugar paralelo do artigo 75º, nº 4, ou seja, ainda que amnistiado ou perdoado genericamente um dado facto criminoso, ele não deixa de contar para o preenchimento dos requisitos do instituto sob escrutínio⁵¹. Porém, assiste razão a Figueiredo Dias⁵² ao defender que, na falta de lei expressa – para nós, devia existir no plano do Direito a constituir disposição similar ao artigo 75º, nº 4, para a PRI –, ter-se-á de concluir que o *direito de clemência impede o funcionamento do instituto*, pois

⁵⁰ Artigo 3º, nº 1, do Decreto-Lei nº 259/74, de 15 de Junho (embora, pouco depois, o artigo 1º, nº 1, al. b), do Decreto-Lei nº 271/74, de 21 de Junho tenha vindo clarificar que os “delinquentes de difícil correcção” também se achavam abrangido por aquele perdão de penas, artigo 9º, nº 2, al. a), da Lei nº 15/94, de 11 de Maio (reconhecendo o obstáculo em texto, o acórdão do TRL de 12.10.1994, proc. nº 0334783, Serra e Lima), e artigo 2º, nº 1, al. a), da Lei nº 29/99, de 12 de Maio. Corrigindo uma flagrante aplicação errada da Lei nº 15/94, o acórdão do STJ de 19.04.1995, proc. nº 047346 (Vaz dos Santos).

⁵¹ Já Victor Sá PEREIRA, *Código Penal*, *op. cit.*, p. 136. Embora sobre a reincidência, o assento do STJ de 29.01.1969, proc. nº 32623, propendeu – e bem – para o sentido de que, se uma lei de amnistia relativa a certos delitos e que conhecia um limite máximo aplicável aos mesmos fosse, por via da reincidência, aumentada na sua moldura abstracta, nem por isso afastava a manifestação de clemência, pois, em síntese, “[o] que se amnistia é o crime e nos elementos que o configuram não cabe a reincidência”, referindo-se também aos “delinquentes de difícil correcção”, de idêntico modo não os afastando da amnistia, sendo que a lei em causa nada dizia sobre o tema.

⁵² *Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 703 e, concordante, Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *op. cit.*, p. 428.

estariamos perante uma verdadeira lacuna que se preencheria *contra reum*, em violação do princípio da legalidade (artigo 29º da CRP, e artigo 1º, nº 3).

Verificando agora da *aplicação das formas especiais de determinação da pena* (claríssimo que a PRI é um instituto privativo da prisão e nunca da multa principal, bem assim de qualquer sanção acessória ou substitutiva), o concurso (artigos 30º, nº 1, e 77º) ou a punição por via da exasperação do crime continuado (artigos 30º, nº 2, e 79º) – e, *ça va sans dire*, o conhecimento superveniente de qualquer uma destas hipóteses, previsto nos artigos 78º e 79º, nº 2 – é perfeitamente equacionável à medida concreta da pena, o mesmo se passando – embora pelas suas próprias características de diminuição extraordinária da ilicitude, da culpa ou das exigências preventivas tal não seja habitual – com a atenuação especial da pena (artigos 72º e 73º), com o desconto (artigos 80º a 82º), mas *já não com a dispensa de pena* (artigo 74º), uma vez mais pelo substracto político-criminal e dogmático que lhe subjaz, bem como pela consequência prático-jurídica que encerra: ao não se aplicar qualquer pena, nunca pode existir a mutação da moldura aplicável ínsita à PRI. Por fim, como sabemos, por via do artigo 76º, nº 2, entre esta última e a reincidência intercede uma *relação de mútua exclusão*⁵³. Previamente a tudo isso, como houve já oportunidade de sublinhar, as circunstâncias modificativas (atenuantes ou agravantes, comuns ou nominadas, gerais ou específicas)⁵⁴, exceptuando a reincidência, logram todas elas aplicação no tema em estudo, por se situarem ao nível da moldura penal abstracta de cada delito, a qual não é objecto de qualquer modificação em sede de PRI. Por fim, de novo *natura rerum*, por ser *substancialmente uma medida de segurança*, é de todo impensável aplicar o instituto sob escrutínio às pessoas colectivas e entidades equiparadas.

Passemos, neste momento, a uma análise mais filigrânica de alguns aspectos de regime que concitam dúvidas. Pelo exposto até aqui, bem se

⁵³ Desde logo sob pena de, assim não sendo, se violar o artigo 29º, nº 5, da CRP, ou seja, o princípio da proibição do *ne bis in idem*, como bem refere o acórdão do TRL de 09.05.2002, proc. nº 009869 (Silveira Ventura).

⁵⁴ Sobre elas, propondo um novo entendimento, veja-se o nosso “A reincidência: reflexões em torno da noção de ‘circunstância modificativa’ e propostas de *iure condendo*”, in Paulo Pinto de Albuquerque *et al.* (coords.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Américo Taipa de Carvalho*, *op. cit.*, pp. 299-328. Entendimento este que encontra no assento de 29.01.1969, proc. nº 32623, do STJ, uma bela forma sobre o que é a reincidência: “[i]ndiferente à ilicitude, não fundamenta a culpabilidade. Apenas a gradua. Sem afectar a essência do crime, circunda-o alterando a sua quantidade”.

percebe que a PRI só opere entre crimes dolosos, do mesmo passo que, tal como na reincidência, se exija somente que as condenações anteriores tenham existido e transitado em julgado, mesmo que, por qualquer motivo – fuga do agente, prescrição da pena, direito de graça –, a mesma não tenha sido efectivamente cumprida, o que acaba por abranger mais situações fácticas. Ao que sabemos, a opinião unânime entre nós *basta-se com a prática do ou dos crimes anteriores*⁵⁵. Discordamos desta perspectiva, uma vez que a mera comissão, se não passar pelo crivo de um processo judicial com condenação transitada em julgado, não existe no mundo do Direito, pelo que não vislumbramos como se pode bastar com a mera prática qualquer instituto penal e, por maioria de razão, aquele que é o mais grave para os delinquentes. *A simples prática sem certificação judicial de nada vale*, pelo que o requisito deve ser lido como fazemos em texto⁵⁶. *A única hipótese* em que o defendido é verdade contende com as hipóteses em que a PRI se aplica como sanção de cúmulo jurídico por vários crimes cometidos e – aí sim – basta a sua mera prática, que depois será objecto de condenação e trânsito.

No artigo 83º, nº 1, a exigência da comissão de dois ou mais crimes basta-se, p. ex., com uma única condenação em pena de concurso, ou seja, se o tribunal aplica 3 anos de prisão efectiva resultante do cúmulo entre duas sanções parcelares de *v.g.*, 3 e 2 anos, o pressuposto formal está verificado, dado que o grau de agressão à norma jurídico-penal se consubstancia já com os dois juízos valorativos em que se baseou cada uma das penas parcelares; exigir, ademais desta condenação, uma outra, seria violar a própria *ratio legis* do concurso enquanto forma especial de determinação da pena, a circunstância de o nosso legislador ter optado por um sistema de pena conjunta (em que cada uma das parcelares não perde autonomia) e, por fim, exigir-se-ia desproporcionalmente mais a este condenado que a outro que não fosse objecto das regras do concurso. Se é assim, todavia, então temos de ser consequentes com a medida punitiva de cada um dos crimes, ou seja, no exemplo acima propositadamente dado, *não se verificaria*, na verdade, o requisito formal das duas condenações em pena efectiva superior a 2 anos, uma vez que uma

⁵⁵ Maria João ANTUNES, *Penas...*, *op. cit.*, p. 130 e Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *op. cit.*, p. 427.

⁵⁶ Não será por acaso que no acórdão do TRL de 19.11.1989, *in CJ (Colectânea de Jurisprudência)*, vol. IX, nº 5, p. 194, se exigem as *certidões das anteriores condenações do arguido*. O mesmo sucede no aresto do STJ de 04.12.1991, *in BMJ (Boletim do Ministério da Justiça)*, nº 412, 1992, p. 154.

delas é exactamente nesse *quantum*. Apenas e tão-só quando as penas parcelares em concurso são, *ao menos duas, superiores a 2 anos* de duração está o requisito cumprido. Assim não sendo, na primeira hipótese do concurso figurada, exigir-se-ia a comissão delituosa de, pelo menos, mais um crime com privação de liberdade por mais de 2 anos para que se equacionasse a PRI⁵⁷. O mesmo raciocínio serve para os casos menos graves do artigo 84º, nº 1. Acresce que bem pode suceder – como na reincidência – que o requisito material do instituto se verifique apenas em relação a um ou alguns dos delitos em concurso, o que, de igual modo, em nada impede a aplicação da PRI, ponto é que os demais requisitos estejam preenchidos.

Outro problema em sede de conhecimento superveniente do concurso (artigo 78º, nº 1), consiste em saber como operar a decisão cumulatória (artigos 471º e 172º, do CPP) nas hipóteses em que uma das penas parcelares é uma PRI e as demais o não são. Vamos imaginar que, no processo em que se operará o cúmulo, o agente foi condenado a 1 ano de prisão efectiva e ainda se acha em cumprimento de uma PRI que oscila entre 6 e 15 anos (artigo 83º, nº 1), por relação a uma pena concreta de 9 anos de prisão. Partindo do sistema de pena conjunta, na modalidade de cúmulo jurídico (artigo 77º), o tribunal, tendo já fixadas as penas parcelares (1 e 9 anos), limitar-se-á a aplicar o último inciso, construindo a moldura do concurso, a qual oscilará entre 9 e 10 anos, determinando, de seguida, a pena única, p. ex., de 9 anos e 6 meses. Só aqui – e nunca em relação às penas parcelares, como bem entende a nossa jurisprudência de forma que se crê unânime⁵⁸ – o tribunal decidirá se os pressupostos da PRI se mantêm, mas com a dispensa dos pressupostos formais, no caso de um dos crimes parcelares não cumprir algum deles (no nosso exemplo, a condenação em 1 ano), sendo sim de aferir se, também em face da ou das penas parcelares em concurso, se verifica – ou até reforça, como normalmente sucederá – o pressuposto material da acentuada tendência ou

⁵⁷ Em sentido que temos por oposto, cf. o acórdão do TRE de 15.12.2015, proc. nº 134/12.9GDEVR.E2 (José Proença da Costa): “[d]eve, em caso de concurso de penas, construir-se a partir da pena de concurso e não sobre as parcelares, devendo fixar-se em primeiro lugar, as penas parcelares e só depois a de conjunto, seguindo-se a agravação em função da dosimetria à luz das regras previstas para a pena relativamente indeterminada”.

⁵⁸ Entre muitos, cf. os acórdãos do STJ de 21.11.1984, *BMJ*, 341, p. 247, de 28.01.1987, *CJ*, XIII, I, p. 157, de 19.04.1995, proc. nº 047346 (Vaz dos Santos), de 22.01.2003, proc. nº 0068279 (Santos Monteiro) e de 20.03.2019, proc. nº 114/14.0JACBR.S1 (Vinício Ribeiro), o acórdão do TRE de 15.12.2015, proc. nº 134/12.9GDEVR.E2 (José Proença da Costa) e os acórdãos do TRL de 28.01.1987, proc. nº 0003055 (Sá Nogueira) e de 22.01.2003, proc. nº 0068273 (Santos Monteiro).

do abuso de álcool ou estupefacientes (consoante os casos). Apenas e tão-só se poderia admitir, *em tese*, o afastamento da PRI na pena final de concurso se e na medida em que a ou as demais penas parcelares depusessem contra o preenchimento do *requisito material*, o que não acontecerá, pela própria natureza das coisas, dado tratar-se de mais uma condenação, que não tem de ser homótopa e sabendo-se que, na apreciação das tendências (delinquente ou de abuso de substâncias), a entidade judicativa deve atender a todo o registo criminoso existente, no sentido de toda a informação de contactos com o sistema formal de controlo social, pois só assim se poderá ter uma clara percepção dos factos projectados na personalidade do agente⁵⁹. Não há, neste modo de proceder, qualquer vulneração de princípios constitucionais como a proibição do *non bis in idem*, a proporcionalidade ou a igualdade, porquanto se trata, na decisão cumulatória dos artigos 471º e 472º, do CPP de trabalhar com *factos distintos* e em que a proporcionalidade e igualdade já foram adequadamente considerados pelos respectivos tribunais das condenações. Se, ao invés, estivermos perante a aplicação do artigo 78º a duas ou mais PRI, operar-se-á de igual modo, partindo da medida concreta que motivou cada uma das penas, construindo a moldura do concurso e o seu *quantum exacto*, tudo, aliás, de acordo com o artigo 77º. Resulta evidente que nestas duas hipóteses configuradas, como é obrigação expressa da parte *in fine* do nº 1 do artigo 78º, haverá lugar ao desconto do tempo de reclusão já cumprido.

Destarte, não patrocínamos as posições defendidas por Maria João Antunes⁶⁰ e Dá Mesquita, no sentido de considerarem que – em hipóteses, como referimos, mais «de escola» que da vida prática – apenas se aplicará a PRI se todas as medidas concretas reunirem todos os requisitos formais e material; tal não sucedendo, haveria execução sucessiva de penas. Não nos impressiona o argumento – verdadeiro – de que esta hermenêutica seria desfavorável ao arguido, pois inexistente uma obrigação interpretativa *pro reo*, mas sobretudo o contrassenso em que se cairia se depois de uma PRI se cumprisse uma nova pena, pelas próprias expectativas do agente e pela

⁵⁹ Assim, o acórdão do STJ de 05.02.2003, proc. nº 03P1233 (Pereira Madeira).

⁶⁰ “Concurso de crimes e pena relativamente indeterminada: determinação da medida da pena”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 5, 1996, pp. 307-321.

finalidade político-criminal que subjaz ao instituto. Mais: a ser assim, para o funcionamento da liberdade condicional teria de se aplicar o artigo 64º, o que implicaria que o agente poderia dela beneficiar a ½ da pena, o que, em vários casos concretos poderia estar abaixo dos 2/3 da PRI que, no mínimo, deveria cumprir. É inaceitável, violador dos artigos 83º, ss. e do ponto mínimo de defesa do ordenamento jurídico. Não compreendemos, do mesmo modo, os argumentos de Pinto de Albuquerque⁶¹, ao defender que nos problemas que vimos de analisar, se deve aplicar o *princípio da absorção pura* e, deste modo, seria com base na medida concretamente aplicada mais grave dos delitos particulares em concurso superveniente que se acharia a medida concreta a partir da qual se determinaria a duração da PRI. Tal esquece que estamos perante uma hipótese de concurso efectivo de crimes do artigo 30º, nº 1, e, por isso, punível nos termos do artigo 77º e que a absorção pura foi rejeitada no nosso modelo de sancionamento concursal, existindo apenas uma sua concessão no limite mínimo da moldura abstracta do concurso, prova de que esta não é suficiente, em regra, para a fixação do *quantum* final. Esta proposta viola, portanto, o sistema de pena conjunta, correndo-se o risco de a medida final não cumprir as finalidades punitivas, em especial as gerais-preventivas. Esquece ainda que, nos termos dos artigos 471º e 472º, do CPP, o arguido é sempre ouvido e, por isso, *não há uma aplicação automática do elemento material da PRI*.

Ultrapassada esta questão, mister é concretizar o que se deve entender por “sempre que a avaliação conjunta dos factos praticados e da personalidade do agente revelar uma *acentuada inclinação para o crime, que no momento da condenação ainda persista*”. A Recomendação R 2014(3), de 19/2/2014, do Conselho da Europa, define um “a) ‘agente perigoso’ como ‘aquele que foi condenado por um crime sexual grave ou muito grave contra as pessoas e que apresenta uma alta probabilidade de reincidir, praticando mais crimes do mesmo tipo; b) a *violência* pode ser definida como o uso intencional da força, seja sob a forma de ameaça ou sua concretização, contra pessoas, a qual resulte em ou tenha a probabilidade de causar ferimento, sofrimento psicológico ou morte. Nesta definição cabem quatro formas através das suas a violência pode ser infligida: física, sexual, psicológica e privação de liberdade;

⁶¹ *Comentário...*, p. 429, citando ainda, em seu apoio, o defendido por Miguez Garcia/Castela Río.

c) o *risco* é definido como a alta probabilidade de reincidência quanto a crimes sexuais graves ou muito graves contra pessoas”. A “acentuada inclinação para o crime” tem, de um ponto de vista numérico dos delitos praticados, a sua resposta nos respectivos requisito formais que abordam este ponto. É verdade que o juiz pode considerar que só a partir de um limite mais elevado desse número é que se convence da existência da “*acentuada* inclinação”. Não se trata de uma inclinação simples, mas *qualificada, notória, evidente* e, por isso, operando apenas *ope judicis* e nunca *ope legis*⁶², ou seja, “o decisivo é que o conjunto dos crimes implique um perigo insuportável para a colectividade”⁶³.

José Beleza dos Santos⁶⁴, na sequência da sua escolha para presidir à sub-comissão que, em 1948, apresentou um relatório à *Commission Internationale Pénale et Pénitentiaire*, acaba por assumir uma *posição equívoca* e de grande dificuldade de aplicação prática, pois propende para a existência de “uma *presunção de delinquência* habitual depois de um certo número de reincidências, apenas no caso em que a lei preveja a possibilidade de corrigir essa presunção segundo a realidade”, a qual terá de ser judicialmente declarada e extinta. Defende ainda que a libertação definitiva dos delinquentes por tendência deve ser precedida de “uma liberdade condicional próxima do regime de prova”, a separação destes delinquentes dos demais – o que não podia estar mais certo –, orientando-se estas medidas para “a reeducação e readaptação social”, vendo o condenado a sanção revista periodicamente, sendo que o efeito de intimidação se consegue através do cariz relativamente determinado da sanção. Por fim – no que, para nós, contraria o instituto e felizmente não nos parece ter feito curso legislativo –, defende ainda Beleza dos Santos a possibilidade de “encarar a aplicação de medidas especiais para as pessoas que hajam cometido muitas infracções por negligência habitual perigosa” (o que seriam “*muitas*” e em se traduziria o requisito final?).

Voltando à questão do que é a “acentuada inclinação” e dito de outra forma, com o auxiliar precioso do texto da lei – em que a *natureza dos*

⁶² Assim, o acórdão do STJ de 21.03.2018, proc. nº 133/14.6T9VIS.C2.S1 (Vincício Ribeiro).

⁶³ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 883, n. m. 35. Como nos dão conta os autores (*idem*), a jurisprudência alemã vem considerando ainda o efeito dos delitos sobre as vítimas, devendo usar-se “um critério concreto-objectivo”.

⁶⁴ “Tratamiento de delinquentes habituales”, *Revista Penal y Penitenciaria*, XIII, nº 47/50, 1948, pp. 3-9. Nossos tradução e itálicos.

“*factos praticados*” e a “*personalidade do agente*” funcionam como “*factores de medida da inclinação*”, à semelhança do que sucede com o artigo 71º no processo determinativo geral da medida concreta sancionatória –, é essencial que o tribunal, na sua íntima convicção (artigo 127º do CPP), considere que os crimes agora em julgamento e os anteriores *não surgem como episódios isolados e sem relação entre si na vida do agente*, mas que se inserem numa *linha de continuidade* em que o crime, não sendo um “modo de vida”, mas sim um *minus* em relação a este conceito técnico-jurídico, dele não se afasta consideravelmente. O agente revela que não deseja ou é incapaz (embora ainda imputável) de se conformar com o dever-ser jurídico-penal e que a prática criminosa surge na sua vida como algo “*natural*”, como se houvesse uma espécie de *efeito anestésiante* quanto àquilo que a comunidade no seu conjunto lhe exige. Do mesmo modo que aquilo que sucede na reincidência, pode aqui introduzir-se a questão da homotropia ou da politropia. Já nos pronunciámos⁶⁵, nesta última hipótese, pela existência de um *sistema de politropia (ou homotropia, se se preferir) mitigada* e não polítrpo puro, como cremos ser unanimemente considerado. Pelos motivos que lá deixámos enunciados e para onde remetemos o leitor, a proximidade dos bens jurídicos violados é um auxiliar para preencher o elemento material da PRI do artigo 83º, nº 1, *in fine*. No entanto, a sua força é aqui menor: tanto pode revelar uma acentuada inclinação criminal aquele que reitera a vulneração de interesses juridicamente protegidos com frequência e que são próximos entre si, como aquele que, ao invés, se destaca pelo cariz plúrimo desse ataque. Por outras palavras, como se viu, não é consensual na Criminologia se a “*inclinação*” é mais grave nas hipóteses de homotropia ou de politropia, dado que, se por um lado a homotropia revela uma carreira criminal “*especializada*”, a politropia aponta para uma capacidade multifacetada de comissão delitual apta a traduzir um maior desrespeito pelo Direito. Sabe-se que durante a primeira metade do séc. XX se procuraram explicações nas teorias biológicas, o que foi seriamente abalado pelo trabalho de criminólogos como Marvin Wolfgang⁶⁶, na década de 1950, o qual provou que apenas um pequeno número de delinquentes

⁶⁵ “A reincidência...”, *op. cit.*, pp. 313-319.

⁶⁶ Entre tantas outras obras, veja-se *Patterns in Criminal Homicide*, reimpr., Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2016.

se transformava em perigoso ou altamente perigoso e que a maior parte dos crimes eram contra a propriedade e não contra as pessoas.

O ordenamento jurídico-criminal germânico encontra no § 66 do *StGB* o instrumento que mais se aproxima da nossa PRI⁶⁷ – “a medida mais gravosa do Direito Penal”⁶⁸ ou a “última medida de emergência da política criminal”⁶⁹ –, fornecendo ainda aquilo que é considerado como “uma quase definição de criminoso de alto risco”⁷⁰. Trata-se, em muito largo esboço, de o juiz poder aplicar, para além da prisão, uma *Unterbringung in der Sicherungsverwahrung* (*detenção preventiva*, literalmente⁷¹), desde que o crime em causa seja doloso e punido com prisão efectiva de, pelo menos, 2 anos, abranja determinados bens jurídicos, de entre eles, “a vida, integridade física, liberdade pessoal ou auto-determinação sexual”, tenha sido anteriormente condenado a duas penas de, no mínimo, 1 ou 2 anos cada, dependendo dos casos, e “uma avaliação geral do agente e do facto cometido leve à conclusão que, devido à propensão para cometer crimes graves, em particular do tipo dos que resultam em traumas emocionais ou lesões físicas, o agente represente um perigo para o público em geral no momento da sua condenação”⁷². Essa detenção pode durar até 2 anos no máximo (§ 67d, 1, do *StGB*). Sucede que o *BVerfG*, no seu aresto 2 BvR 2365/09, de 04.05.2011, declarou o § 66 do *StGB* inconstitucional,

⁶⁷ Introduzido em 1933 e usado pelo *III Reich* como instrumento de contenção de inimigos políticos ou de qualquer pessoa que ousasse pensar diferentemente, o que também justifica as dúvidas que ainda hoje se lhe assinalam, embora o § 66 do *StGB* já encerre, em conjugação com a *StVollzG* (*Strafvollzugsgesetz*: “Lei da Execução Penal”, a correspondente ao nosso CEPMP), uma finalidade não apenas detentiva, mas também ressocializadora, ao invés do que vimos *supra* na *BVerfGE* 2, 118 que – não nos esqueçamos – é de 1953.

⁶⁸ Assim a caracterizam MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 877, n. m. 21.

⁶⁹ Nas palavras dos trabalhos preliminares do *StGB*, que encontramos em Hans-Heinrich JESCHECK/Thomas WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Granada, Comares, 2002, p. 876.

⁷⁰ Frieder DÜNKEL *et al.*, “Introduction”, in Frieder Dünkel *et al.* (eds.), *European Treatment, Transition Management, and Re-Integration of High-Risk Offenders*, Mönchengladbach, Forum Verlag Godesberg 2016, p. 256.

⁷¹ Já julgada conforme à *GG* pela *BVerfGE* 2, 118 (1 BvR 377/51), de 30.01.1953.

⁷² No original, apenas na parte citada em texto, “(1) Das Gericht ordnet neben der Strafe die Sicherungsverwahrung an, wenn 1. jemand zu Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren wegen einer vorsätzlichen Straftat verurteilt wird, die a) sich gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung richtet, [2]. der Täter wegen Straftaten der in Nummer 1 genannten Art, die er vor der neuen Tat begangen hat, schon zweimal jeweils zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist, 3. er wegen einer oder mehrerer dieser Taten vor der neuen Tat für die Zeit von mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe verbüßt oder sich im Vollzug einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung befunden hat und 4. die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten, namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist”.

por violação do artigo 2, 2, da *GG*, em conjugação com o artigo 104, 1⁷³, pelo que é exigido um “estrito teste de proporcionalidade” antes da sua determinação judicial. Como regra, de novo citando o acórdão, “a medida só será proporcionada se existir um risco de crimes violentos ou sexuais que resultem de concretas circunstâncias da pessoa ou do seu comportamento”. Exige-se, portanto, um alto grau de fundamentação no que tange à prognose de reincidência do agente e sua concatenação com a natureza muito importante dos bens jurídicos protegidos⁷⁴, sendo exacto que os tipos legais referidos que devem pesar na decisão judicial são um mero ponto de partida, podendo o tribunal exigir maior gravidade⁷⁵.

No que tange ao artigo 85º, como já referimos em outro local⁷⁶, carece de sentido a restrição aos jovens delinquentes ter como índice formal os 25 anos⁷⁷, o qual é único no ordenamento jurídico-penal, devendo passar a ser de 21 anos, desde logo tendo em conta o regime dos ditos “jovens adultos” (Decreto-Lei nº 401/82, de 23 de Setembro). Por outro lado, tendo em conta a em tese maior probabilidade de se conseguir a ressocialização de alguém que tem menos idade, o regime é mais exigente no preenchimento dos requisitos para que se aplique a PRI. Assim, exige-se – o que é único no instituto – que o agente tenha já efectivamente cumprido pena de prisão de, no mínimo, um ano (artigo 85º, nº 1), o que acaba também por reforçar a “acentuada inclinação para o crime”. Diminui-se ainda o “prazo de prescrição da tendência” de 5 para 3 anos (artigo 85º, nº 3), abrangendo-se assim menos factos criminosos eventualmente cometidos e a adição ao limite máximo da moldura aplicável passa de 6 para 4 anos nas hipóteses do artigo 83º e de 4 para 2 nas do artigo 84º (artigo 85º, nº 2).

⁷³ “A liberdade pessoal só pode ser restringida com base em lei formal e apenas de acordo com as formas nela previstas. Os reclusos não podem ser sujeitos a abuso psicológico ou físico”.

⁷⁴ *Inter alia*, as decisões do *BGH* de 19.10.2011 – 2 StR 305/11, n. m. 10; de 28.03.2012 – 5 StR 525/11; de 23.04.2013 – 5 StR 610/12.

⁷⁵ Acórdão do *BGH* de 24.01.2012 – 5 StR 535/11.

⁷⁶ “Considerações...”, *op. cit.*, p. 94.

⁷⁷ Pelo contrário, Conceição CUNHA, *As reações...*, *op. cit.*, p. 439. Na Comissão Revisora do ProjPG, Maia Gonçalves (*Actas...*, pp. 180-181) defendeu que se passasse de 25 para 26 anos, “por ser esta a idade que vale para diversos efeitos penais, *v. g.*, para limite máximo do internamento em prisão-escola”, o que foi rejeitado, mantendo-se os 25 anos.

Quanto ao referido prazo de “*prescrição da tendência*”, há quem considere⁷⁸ que o eventual período em que o agente beneficie de liberdade condicional ou para prova deve ser descontado, atendo-se à sua hermenêutica como incidentes de execução da pena privativa, ou, ao invés, quem, como nós, mas somente nas hipóteses de revogação de alguma delas, propenda para a sua não consideração. Uma vez mais, já nos pronunciámos sobre a questão e, por isso, para lá remetemos o leitor⁷⁹.

Finalmente, quanto aos *alcoólicos e equiparados*, o art. 86º, ao invés dos delinquentes por tendência, não prevê qualquer «prescrição da tendência» (art. 83º, nº 3, igualmente aplicável ao art. 84º, *ex vi* do seu nº 3 e ao art. 85º, também por força do mesmo número), o que não temos por qualquer esquecimento legislativo⁸⁰, mas como uma *opção político-criminalmente sustentada*. Se o objectivo é combater a adição, só assim se permite uma *intervenção mais precoce* – visto que os delitos só relevam se praticados sob o efeito da adição ou com ela relacionados, o que torna, também por aqui, esta uma modalidade distinta dos delinquentes por tendência – e, em regra, mais eficaz na problemática; se se exigisse um dado período de tempo entre os crimes, era o próprio delincente que seria prejudicado, exactamente o oposto do pretendido. Daí também que baste uma única comissão de um delito punido com prisão efectiva agora julgado e outro anterior, sendo que a efectividade se justifica por exigências de proporcionalidade, do mesmo passo que a soma que vai constituir o limite máximo da moldura aplicável é, no máximo, de 4 anos e nunca de 6, como sucede com o art. 83º, nº 2. Adequado é, por fim, que o regime executivo desta modalidade de PRI seja igual ao da dos artigos 83º a 85º

⁷⁸ Maria João ANTUNES, *Penas...*, *op. cit.*, p. 130. Concordante, Conceição CUNHA, “A pena...”, *op. cit.*, p. 132 e *As reações...*, *op. cit.*, p. 384.

⁷⁹ “Considerações...”, *op. cit.*, pp. 65-68. No mesmo sentido, já Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *op. cit.*, p. 428.

⁸⁰ Conceição CUNHA, *As Reações Criminais...*, *op. cit.*, pp. 386-387 levanta esta hipótese.

4. In memoriam

Este foi, porventura, o mais difícil artigo jurídico que escrevi numa vida académica já com mais de duas décadas. Depois da Cátia e do Filipe, a BENEDITA MACCRORIE foi chamada demasiado cedo para a Grande Viagem, o que nos interpela profundamente sobre a vida de quem parte e dos que ficam. À cabeça, da belíssima família que a Benedita soube contruir, mas também daqueles que, como eu, tivemos a honra de com ela partilharmos os bancos da Faculdade e de nos tornarmos amigos. A vida – ou a nossa inabilidade para a conduzir – fez com que não nos falássemos muito depois de entrarmos no mercado de trabalho, mas sempre que nos víamos, a Benedita era a mesma pessoa doce, afável, educada, meiga e de sorriso fácil. Daquelas pessoas que nos fazem bem, pois a sua companhia era sempre um raio de luz. As toscas linhas que escrevi não são uma homenagem, mas um pretexto para um encontro que cada vez mais lamento não ter sido presencial. Como acredito – e a Benedita também – rezo para que o Bom Pastor te tenha em lugar de paz e felicidade eternas, olhando serena, mas determinadamente, pelo teu marido, filhos, demais família e amigos. Oro também para que as tuas qualidades tenham deixado perenes frutos nesta passagem mundana, de modo a que possamos aspirar, utopicamente, a uma Jerusalém celeste tornada dia-a-dia.

O DIREITO DE CONSUMO E O DEVER DE “DESCONSUMO” – ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO

Andreia Barbosa*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.7>

0. Nota prévia

Fui aluna da Professora Doutora Benedita Mac Croire em dois momentos diferentes da minha vida académica: num primeiro momento, enquanto estudante de Direito na Escola de Direito da Universidade do Minho, no primeiro ano da licenciatura – ensinou-me, arrisco dizer, a matéria mais estruturante, basilar e transversal para os juristas: o Direito Constitucional; num segundo momento, enquanto docente na mesma instituição, quando me confiaram as aulas teórico-práticas daquela mesma unidade curricular – ensinou-me o que de mais estruturante, basilar e transversal há para os Professores: o sentido de dedicação séria e comprometida para com os alunos.

Com o presente texto procuro, de uma forma modesta, mas em sentida homenagem à Professora Doutora Benedita Mac Croire, ir ao encontro de

* Professora convidada equipara a professora auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho e na Faculdade de Economia da Universidade do Porto | abarbosa@direito.uminho.pt | abarbosa@fep.up.pt

ambos aqueles momentos que vivi enquanto sua aluna, partindo daquele que foi o domínio que nos cruzou – o Direito Constitucional – e escrevendo de forma direcionada a um grupo em particular de leitores – os meus alunos.

1. Enquadramento da abordagem

O propósito é o de contribuir para a teorização da tributação sobre o consumo, partindo do respetivo plano constitucional até chegar ao enquadramento tributário, ainda que sem propósitos de densificação do específico/tecnicista regime jurídico.

Não constitui, este, um tema que represente uma “questão difícil”, não sendo particularmente desafiante pelo seu carácter sensível, como as questões que tantas vezes Benedita Mac Croire corajosamente tratou¹. Porém, ainda assim, parece-nos haver espaço para sobre ele nos debruçarmos, sobretudo considerando que os tributos sobre o consumo representam, no essencial, uma expressão histórica de justiça, de liberdade e de universalidade, tendo surgido, mais do que expressão de um poder predatório, como medidas contrárias ao privilégio que marcava uma sociedade estamental².

O fundamento da tributação sobre o consumo é tido, recorrente e essencialmente, como assente no princípio da capacidade contributiva (que encontra a sua raiz no princípio da igualdade), capacidade essa manifestada através da despesa. Os consumidores suportam o pagamento dos impostos *porque* consomem. Os atos de consumo revelam a capacidade de suportar o pagamento dos impostos, num reflexo de riqueza que, ainda assim, é meramente objetivo e pontual, não sendo possível, a partir dele, aferir a efetiva, subjetiva e global capacidade que o consumidor terá. Porém, o fundamento dos impostos sobre o consumo também poderá ser encontrado nas restrições à liberdade de consumo, o que justifica o diferente enquadramento

¹ Vide, por exemplo, Benedita MAC CROIRE, “Deve o Estado ser neutro? As questões difíceis do aborto e da eutanásia”, in Nuno Manuel Pinto Oliveira e Benedita Mac Croire (coords.), *Pessoa, Direito e Direitos - Colóquios 2014/2015*, Braga, Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, 2016, pp. 25 e ss.; IDEM, “A Eutanásia e o Auxílio ao Suicídio na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, *Scientia Iuridica*, tomo LII, nº 297, 2003, pp. 447 e ss.

² Para uma exposição histórica associada aos impostos sobre o consumo, vide Sérgio VASQUES e Tânia Carvalhais PEREIRA, *Os impostos especiais de consumo*, Coimbra, Almedina, 2016.

jurídico-constitucional que aqui se procurará concretizar. Esta é, também, uma forma de alterarmos o caminho normalmente trilhado a propósito das matérias do *consumo*, situado no campo do Direito privado. Na verdade, e a título de exemplo, os regimes dos vícios de vontade no negócio jurídico (artigos 140º e seguintes do Código Civil), do cumprimento e do não cumprimento das obrigações (artigos 153º e seguintes do Código Civil), da venda de coisas defeituosas (artigos 913º e seguintes do Código Civil), ou das cláusulas contratuais gerais (na versão atualizada no Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro) são eminentemente jus-privatísticos. Mas a relevância jurídica do tema aqui não se esgota, tratando-se, ao invés, de um domínio com relevância constitucional e tributária, o que justifica, de resto, a natureza híbrida, público-privada, destas questões.

2. O direito à liberdade de consumo constitucionalmente consagrado

2.1. Evolução do enquadramento constitucional

Os consumidores são titulares de direitos constitucionais, à luz do disposto no artigo 60º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

O legislador constituinte não define *consumidores*, mas entende-se que a referência é feita aos consumidores finais enquanto tais, que adquirem a fornecedores, (públicos ou privados) bens e serviços para uso e fruição própria ou alheia e não para uso profissional, sendo nestes termos que a Lei nº 24/96, de 21 de julho (“lei de defesa do consumidor”) e o Decreto-Lei nº 57/2008, de 26 de março (atinentes às práticas comerciais desleais) definem o conceito.

Atendendo à inserção no texto constitucional do artigo 60º – integrado no capítulo I (direitos e deveres económicos), no título III (direitos e deveres económicos, sociais e culturais, surgindo depois dos direitos dos trabalhadores e antes das normas atinentes à garantia de iniciativa económica e do direito de propriedade) – da parte I (direitos e deveres fundamentais) – constata-se que aos direitos dos consumidores é constitucionalmente conferido um âmbito de proteção que subiu de nível em comparação com aquele que inicialmente existia.

Em 1976 Portugal encontrava-se, ainda, longe de ser uma “sociedade consumo”, mas terá sido a Lei Fundamental de então a primeira Constituição

européia a considerar esta dimensão explicitamente³. No texto originário da Constituição portuguesa de 1976, a proteção dos consumidores encontrava-se inserida na *Constituição económica* (parte II da CRP), estabelecendo-se, na primeira das redações, a incumbência do Estado de “proteção do consumidor, designadamente através do apoio à criação de cooperativas e de associações de consumidores” [artigo 81º, alínea m)] e a proibição de publicidade dolosa (artigo 109º, nº 2). Com a revisão de 1982, o artigo 110º, sob a epígrafe “comércio e proteção do consumidor”, ainda inserido na parte II e, em concreto, na constituição económica, foi autonomizado e passou a integrar os direitos dos consumidores e das suas associações, estabelecendo-se a reserva de lei quanto à publicidade.

É na dogmática alemã – Walter Eucken (1891-1950), Wilhelm Röpke (1899-1966), Ludwig Erhard (1897-1977) e Alfred Müller-Armack (1901-1978) – que se cunhou o conceito *Constituição económica*, podendo ser entendida como o “conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema económico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem económica”⁴. A constituição económica não representa um compartimento isolado dentro da Constituição, sendo antes parte integrante e integrada da ordem constitucional global, pelo que uma revisão que atinja a “ordem constitucional da economia” atinge também o cerne da ordem constitucional global⁵. E foi precisamente a revisão de 1989 que integrou esta matéria na parte I, dedicada aos direitos fundamentais, tendo, então, surgido o aludido artigo 60º. A Constituição económica trazida em 1976 acabou por ser transfigurada, numa metamorfose localizável, em primeiro lugar, no período entre 1976 e 1989, quando se tornou inaplicável a opção económica socialista adotada e, em segundo lugar, após a adesão de Portugal à (então) Comunidade Europeia⁶,

³ Cf. Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição portuguesa anotada*, volume I, 2ª edição revista, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, p. 847.

⁴ Cf. Vital MOREIRA, *Economia e Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1979, p. 41.

⁵ Cf. Vital MOREIRA, *Constituição e revisão constitucional*, Lisboa, Editorial Caminho, 1980, pp. 110-111.

⁶ Cf. Paulo OTERO, *Direito constitucional português*, volume I, *Identidade constitucional*, 3ª reimpressão da edição de abril de 2010, Coimbra, Almedina, 2017, p. 221. Contrariando os fundamentos subjacentes à revisão, e particularmente no que concerne à adesão à Comunidade Europeia, vide Vital MOREIRA, *Constituição e revisão constitucional*, *op. cit.*, pp. 119 e ss.

que implicou, para além do mais, adaptações constitucionais significativas no domínio fiscal, no âmbito da liberdade de decisão orçamental do Estado e das restantes entidades públicas infra-estaduais e ainda no que à política monetária concerne.

Indo ao encontro de um propósito de consagração de um catálogo de direitos fundamenais mais ambicioso, assegurando a proteção formal do bem-estar dos cidadãos e conferindo-lhes garantias de conteúdo mais concreto e de alcance mais vasto, a proteção dos consumidores passou a ser feita pela consagração constitucional de direitos que lhes assistem, enquanto expressão jurídica de um sistema de valores que, por decisão do legislador constituinte, dão forma à organização jurídica e política. Trata-se de uma “promoção” que se justifica pela crescente relevância dos “direitos de terceira geração”. A Organização das Nações Unidas, na Resolução nº 39/248, de 16 de abril de 1985, havia recomendado aos Estados a adoção de um quadro jurídico adequado à realidade do mercado, tendo como propósito a proteção do consumidor pelo desenvolvimento e pela codificação do direito ao consumo. A referida reconfiguração constitucional deve-se, também, à forte intervenção do Direito da União Europeia nestas e noutras matérias: a “defesa dos consumidores” encontra-se consagrada no artigo 38º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ali se prevendo que as políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores, no seguimento do previsto no artigo 169º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia.

2.2. A liberdade de consumir – proteção e limitação de base constitucional

Do disposto no artigo 60º da CRP decorre, então, um elenco considerável de direitos dos consumidores – o direito à qualidade de bens e serviços consumidos e a segurança dos produtos; o direito à formação e informação do consumidor; o direito à proteção da saúde; o direito à proteção da segurança; o direito à proteção dos interesses económicos e o direito à reparação de danos – surgindo, numa economia de mercado, como direitos em face de privados, simultaneamente exigindo-se do Estado que atue de forma a que os consumidores usufruam destes direitos. Em causa estão, portanto, deveres

de proteção do Estado a que corresponde um direito geral de proteção dos cidadãos⁷.

Não se assume, aqui, o propósito de densificar cada um dos direitos dos consumidores em particular, mas sim o de aferir os termos de compatibilização dos mesmos com uma política tributária direcionada a incentivar ou, mais relevantemente, a desincentivar o consumo, por via da limitação que da tributação pode resultar. Esta compatibilização ganha sentido quando os direitos dos consumidores se reconduzem, essencialmente, àquele que era o seu cerne inicial: à liberdade de consumo. O direito à liberdade de consumo surge como uma liberdade de escolha (ou de não escolha) de um determinado bem ou serviço, podendo ser entendido como corolário do direito ao desenvolvimento da personalidade⁸.

É certo que a redação do artigo 60º da CRP não consagra expressamente a liberdade de consumir. Porém, é também à luz da sua redação que se constata que este preceito a pressupõe. É ao abrigo da autonomia que os atores jurídicos têm a liberdade de definir os efeitos dos atos por si praticados, vinculando-se aos mesmos⁹. De entre todos os limites impostos ao poder do Estado, considera-se que o mais eficaz corresponde ao reconhecimento jurídico (neste caso, jurídico-constitucional) de determinados âmbitos de autodeterminação individual¹⁰. No entendimento liberal, a liberdade de consumo traduz-se, precisamente, na livre escolha dos bens disponíveis e das necessidades pessoais a satisfazer¹¹. Sendo assim, a tributação – em particular, aquela que onera especialmente o consumo, não porque este representa, por si só, uma manifestação da capacidade contributiva, mas porque também gera externalidades negativas (designadamente, para o ambiente e para a saúde) – é potencialmente vista como uma restrição a essa liberdade, o que permite melhor compreender o motivo pelo qual, inicialmente, esta matéria se encontrava integrada na Constituição económica. Isto porque a Constituição económica

⁷ Cf. Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição portuguesa anotada, op. cit.*, p. 848.

⁸ Cf. Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição portuguesa anotada, op. cit.*, p. 848.

⁹ “O princípio da autonomia privada traduz a ideia de liberdade” – cf. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 52.

¹⁰ Cf. Karl LOEWENSTEIN, *Teoria de la Constitución*, Alfredo Gallego Anabitarte (trad.), Coleccion Demos, Barcelona, Editorial Ariel, 1976, p. 390.

¹¹ Cf. António L. Sousa FRANCO e Guilherme D’Oliveira MARTINS, *A Constituição Económica Portuguesa – Ensaio interpretativo*, Coimbra, Almedina, 1993, p. 216.

encerra em si uma ideia de equilíbrio entre os princípios em contradição, apesar de complementares, de *liberdade* e de *vinculação*¹².

A conexão da liberdade de consumo com o direito à liberdade, constitucionalmente consagrado no artigo 27º, justificar-se-á, essencialmente, de acordo com aquele que é o efeito do círculo hermenêutico de iluminação recíproca subjacente ao texto da constituição: o sistema social é um sistema geral de liberdade, no sentido em que tudo o que não for legalmente proibido é permitido¹³, inclusivamente no domínio do consumo.

De resto, a garantia da defesa dos interesses e dos direitos dos consumidores surge, na alínea i) do artigo 81º da CRP, como uma incumbência prioritária do Estado (ainda que, à semelhança de outras dimensões, e perante a livre circulação de bens e serviços, seja incumbência necessariamente concretizada em exercício comum com outros Estados Membros). A proteção dos consumidores que daqui decorre consiste, precisamente (mas não exclusivamente), na garantia dos direitos dos consumidores enunciados no artigo 60º, no sentido, nomeadamente, de os defender em matéria de preços, qualidade, abastecimento, publicidade enganosa, oculta, indireta. Por outro lado, constitui ainda um meio de controlar o poder económico.

A alínea e) do artigo 99º da CRP constitui apenas uma repetição do que daqueles preceitos [artigos 60º e 81º, alínea i), da CRP] já decorre, ao estabelecer que a proteção dos consumidores é um dos objetivos da política comercial, particularmente no que respeita a prevenir os perigos e defeitos dos produtos e visando garantir que será assegurada a reparação dos danos por eles causados. Trata-se de uma norma programática, impondo ao Estado – ao legislador ordinário – o dever de criar a disciplina jurídica capaz de dar concretização à imposição constitucional, sob pena de inconstitucionalidade por omissão¹⁴.

¹² Cf. Álvaro RODRÍGUEZ BEREIJO, *La Constitución fiscal de España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, p. 28.

¹³ Cf. António L. Sousa FRANCO e Guilherme D'Oliveira MARTINS, *A Constituição Económica Portuguesa...*, *op. cit.*, p. 216.

¹⁴ Cf. J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume I, 4ª edição revista (reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 1073.

3. O dever de “desconsumo” e o dever de pagar impostos

A CRP encontra-se repleta de disposições que assumem como propósito condicionar a atuação dos cidadãos/consumidores. A título de exemplo, o Estado está obrigado a promover a investigação científica e a inovação tecnológica (artigo 73º); a estimular a cultura física e o desporto (artigo 79º); a conceder às cooperativas benefícios fiscais e financeiros (artigo 85º, nº 2); e a apoiar as pequenas e médias empresas [artigos 86º, nº 1, e 100º, alínea d)]. Também a própria forma como a Constituição exige que o consumo seja tributado é expressão dessa intervenção.

Deparando-nos com uma oneração fiscal que incida sobre o consumo de determinados bens ou serviços, a abordagem jurídica poderá partir de diferentes perspetivas, em função da lente que estiver a ser usada. O pagamento de impostos sobre o consumo poderá, então, ser entendido, pelo menos, e em abstrato:

- (i) enquanto violação dos direitos fundamentais dos consumidores (do direito à liberdade, à autodeterminação, ao consumo);
- (ii) enquanto cumprimento dos deveres fundamentais dos consumidores (o dever de “desconsumo”);
- (iii) enquanto cumprimento dos deveres fundamentais dos contribuintes (o dever de pagar impostos).

A primeira das hipóteses convoca a relação entre *tributação e direitos fundamentais*. A articulação entre estes domínios oscila frequentemente entre uma abordagem utilitarista, que concebe os tributos como instrumentos ao serviço da concretização de direitos fundamentais; e uma perspetiva ablativa, que vê os tributos como uma ameaça a esses mesmos direitos. Os termos de concretização da aludida articulação encontram-se numa fase promissora, servindo os direitos fundamentais de pressuposto à tributação, enquanto limites lhe são imanentes. A legislação fiscal, para além de os promover, procura igualmente ser, pelo menos, neutra no impacto que sobre eles tem. O legislador não poderá justificar as suas opções de política tributária exclusivamente com base em argumentos creditícios, alheios a vinculações normativas reconduzidas à proteção dos direitos fundamentais,

antes se impondo a devida calibração¹⁵. Aliás, as opções de política tributária devem reconhecer o direito à livre conformação tributária dos contribuintes, traduzida na liberdade destes para a planificação da sua vida económica sem atender às necessidades financeiras da comunidade estadual. Aqui se inclui, precisamente, o direito a livremente se escolher o que consumir. Ainda assim, a tributação que condicione, total ou parcialmente, o exercício desse direito dificilmente poderá ser tida como uma violação constitucionalmente insuportável do mesmo, considerando que não é um direito absoluto.

As segunda e terceira hipóteses colocadas assentam na consideração de deveres fundamentais, cuja relevância ética parece ser inquestionável: o ser humano não existe isoladamente, a sua liberdade não é absoluta e os indivíduos são responsáveis no campo político, económico, social e cultural pelo progresso da comunidade. A própria imagem antropológica de uma pessoa não se compreende sem deveres, enquanto ser capaz de superar interesses egoísticos. A própria vida jurídica não seria possível sem a imposição de deveres individuais, já que se encontram intimamente associados à interdependência social¹⁶. E o certo é que, palavras de Benedita Mac Croire, “[a] Constituição não atribui ao Estado a função de ser o «guardião dos cidadãos», antes se realçando a importância da auto-responsabilidade individual”¹⁷. E os cidadãos são, na lógica que aqui se segue, responsáveis pelas suas próprias escolhas de consumo, atentos os efeitos que delas podem advir para a geração presente e para aquela que haverá de vir, à luz daquela que é a *autonomia da pessoa humana*, imediatamente decorrente da sua dignidade.

Ora, os direitos dos consumidores andam ligados aos deveres fundamentais dos consumidores, devendo ser compatibilizados com o dever de proteção do ambiente e da qualidade de vida. Cabendo ao Estado não lesar a esfera individual (ou institucional) protegida pelos direitos fundamentais, também existe uma obrigação positiva de contribuir para a efetividade de

¹⁵ A propósito, vide João Sérgio RIBEIRO e Andreia BARBOSA, “A ambivalência da relação entre tributação e direitos humanos”, in Vital Moreira *et al.* (orgs.), *Temas de Direitos Humanos do VI CIDH Coimbra 2021*, Campinas, Edições Brasil, 2021.

¹⁶ Cf. Jorge Reis NOVAIS, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 150, 156 e 157.

¹⁷ Cf. Benedita MAC CRORIE, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 186.

tais direitos e dos valores que representam. Gomes Canotilho e Vital Moreira referem-se, a este propósito, a um “dever de desconsumo”¹⁸, perante o dever que sobre os consumidores impende de observarem um elevado nível de proteção ecológica, limitando as suas escolhas do consumo, à luz das exigências da sustentabilidade – particularmente de acordo com aquele que é o seu ecológico (que salienta a necessidade de manutenção da natureza sem degradação) – e de acordo com um princípio de solidariedade entre as gerações [artigo 66º, nº 2, alínea d), da CRP]. Nesta perspetiva, os consumidores devem canalizar as suas escolhas para consumos que assegurem um maior grau de compatibilidade com o ambiente e, acrescentamos nós, com a defesa e promoção da saúde. A circunstância de se enquadrar aqui a questão no plano dos deveres fundamentais, leva a que se constate que as escolhas dos consumidores, tomadas à luz de comportamentos mais sustentáveis, não se devem apenas a uma ideia de autonomia da vontade¹⁹, mas é certo que o discurso poderia, abstratamente, ser inverso, equacionando-se, ao invés, um *direito* ao “desconsumo”.

No que à qualificação do dever de pagar impostos respeita, trata-se de um dever *autónomo*, decorrente da própria ideia de Estado como comunidade política e que não pode, assim, deixar de ser tido como um dever fundamental, independentemente da sua consagração expressa com tal designação²⁰. Aliás, em causa está um dever fundamental que decorre do disposto no artigo 103º, nº 3, da CRP, quando formulado em termos negativos²¹. É certo que de nenhuma das disposições apontadas (artigos 60º, 81º, 99º da CRP) decorre o dever do Estado em tributar atos de consumo e, em particular, atos de consumo geradores das aludidas externalidades negativas. Porém, em matéria de tributação sobre o consumo, o princípio da autonomia privada encontra-se especialmente restringido, não só porque a generalidade dos atos de consumo

¹⁸ Cf. J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada, op. cit.*, p. 780. *Vide, ainda*, a propósito do conceito de “desconsumo”, Alexandra ARAGÃO, “Direito do consumidor”, in AAVV, *Estudos comemorativos dos 20 anos da DFUP*, volume I, Coimbra, Almedina, 2017.

¹⁹ No sentido em que os consumidores “não têm propriamente deveres fundamentais na aceção rigorosa do termo” e que “o que existe são deveres ligados a outros direitos”, como o dever de defender e promover a saúde e o dever de defender o ambiente, *vide* Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição portuguesa anotada, op. cit.*, p. 851.

²⁰ Cf. Jorge Reis NOVAIS, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, p. 151.

²¹ Para uma completa densificação desta matéria, *vide* José Casalta NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Coimbra, Almedina, 1998.

se encontra sujeita a tributação, mas também porque se identificam atos de consumo especial e adicionalmente sujeitos a tributação²².

A propósito, Jorge Miranda, numa obra recentemente publicada dedicada a aferir os termos em que a Constituição poderá ser aperfeiçoada, aponta a adição da alínea (i) ao disposto no artigo 66º, nº 2, que passaria a ter uma redação mais ou menos próxima da que se encontra hoje na alínea h), deste mesmo preceito. A redação seria a seguinte: “Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, às regiões autónomas e aos municípios, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos [assegurar] que os impostos, as taxas e as demais contribuições financeiras compatibilizem o desenvolvimento com a preservação e a defesa do ambiente e da qualidade de vida”²³. Um preceito nestes exatos termos poderá suscitar algumas questões merecedoras de reflexão, algumas das quais serão válidas até, no nosso entender, para aquela que é a redação atual do preceito. Desde logo, poder-se-á aferir da *ratio* subjacente à concreta especificação das imposições, parecendo ser bastante, porventura, a referência a *tributos* (sendo o legislador particularmente “criativo” neste âmbito). Aliás, também se poderá perspetivar a qualificação dos mesmos – não só quanto à específica qualificação jurídico-tributária, mas também quanto à respetiva assunção enquanto, eventualmente, *tributos ambientais*. Por outro lado, e apesar de a redação poder ser ambígua quanto à concreta finalidade de tal *compatibilização*, mas partindo do pressuposto que o propósito seria o de redirecionar o quadro jurídico-tributário para a promoção e proteção do ambiente, porventura mediante a criação de novas imposições tributárias ou por via da readaptação (aumento da carga tributária?) das já existentes, então, em grande medida, os resultados seriam atingidos pela contribuição direta dos cidadãos e das empresas (pelo pagamento, portanto), contribuição essa que não seria apenas de mero “envolvimento ou participação”.

A consideração do dever de “desconsumo” e do dever fundamental de pagar impostos poderá ser simultânea – sendo esta a construção que maior

²² Sobre o princípio da autonomia da vontade do domínio do Direito tributário, *vide* Joaquim Freitas da ROCHA, “Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação fiscal”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 1213 e ss.

²³ Cf. Jorge MIRANDA, *Aperfeiçoar a Constituição*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 83.

cabimento encontra na lógica que aqui se segue –, no sentido de considerar que os “desconsumidores” são os contribuintes que deixam de consumir ou que consomem menos determinados bens ou serviços atenta a especial tributação que sobre eles recai. Neste âmbito, a previamente referida associação dos deveres fundamentais a uma dimensão ética perde o seu alcance quando o “desconsumo” é motivado pelo pagamento de tributos, já que a redução ou a eliminação do consumo surge como consequência não de imperativos éticos, mas por razões de poupança fiscal. Não se trata aqui, não obstante, de um “desconsumo” forçado, por via da “austerização” da sociedade. O pagamento de impostos será justificado, de acordo com o que melhor se aferirá *infra*, por razões diretamente atinentes com a proteção do ambiente e da saúde pública, numa reflexo de *cidadania fiscal*²⁴.

Aceitando-se a consagração constitucional de um dever fundamental de “desconsumo”, e constatando-se a especial sujeição a tributação dos atos de consumo tidos como produtores de externalidades negativas, então os próprios direitos consagrados no artigo 60º da CRP conhecem uma maior amplitude financeira para serem concretizados. Na verdade, todos os direitos fundamentais têm um custo, pelo que as disponibilidades financeiras do Estado fiscal são um seu pressuposto.

4. A tributação sobre o consumo como imposição constitucional – em especial, a (não) tributação sobre os consumos de luxo

A *constituição fiscal* conhece os contornos e os limites jurídico-constitucionais do concreto Estado fiscal, delimitando o quadro em que este se movimenta, estando inserida na *constituição financeira* que, por seu turno, integra a *constituição económica*, cabendo a esta última a específica configuração daquelas. É precisamente na *constituição fiscal* que, no nº 4 do artigo 104º, o legislador constituinte diretamente se reporta à tributação sobre o

²⁴ Acompanhamos, não obstante, o pensamento de José Casalta Nabais, quando duvida da “real valia da atual narrativa jurídica que envolve e acomoda esta temática” relativa à educação e cidadania fiscal, perante a ineficácia da mesma na garantia dos direitos e liberdades dos contribuintes – cf. José Casalta NABAIS, “Sobre a educação e cidadania fiscal”, in Mário Ferreira Monte *et al.* (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Wladimir Brito*, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 815 e ss.

consumo, a qual deverá assumir como propósito, na letra atual da disposição, *adaptar a estrutura do consumo à evolução das necessidades do desenvolvimento económico e da justiça social, devendo onerar os consumos de luxo.*

Desde a versão originária da CRP de 1976 que o teor deste preceito pouco se alterou, tendo servido para refletir o empenho ideológico da constituição fiscal de então, que parecia querer forçar a introdução da progressividade na tributação sobre o consumo, teoricamente atingível por via da consagração de isenções e pela diferenciação das respetivas taxas em função do tipo de bens consumidos²⁵. Em concordância com esta imposição constitucional de *adaptação*, a Lei Geral Tributária (diploma sem valor reforçado), desde a sua primeira versão, que consagra, no seu artigo 6º, nº 2, que *a tributação indireta favorece os bens e consumos de primeira necessidade.*

Não obstante, e em termos amplos, a tributação sobre o consumo é caracterizada pela sua intrínseca insensibilidade e regressividade. Partindo daquele que é o imposto sobre o consumo paradigmático – o imposto sobre o valor acrescentado (IVA) – a regressividade é evidente: aqueles que auferem rendimentos mais baixos vêm os respetivos atos de consumo serem tributados da mesma forma que aqueles que auferem rendimentos mais altos. Os mais pobres da sociedade acabam, neste sentido, por incorrer num maior pagamento de IVA, em termos de proporção na totalidade dos rendimentos auferidos, o que leva a considerar que a exigência constitucional apenas consegue convocar um grau incipiente de progressividade. É certo que os Estados procuram atenuar o efeito regressivo. Fazem-no, essencialmente, aplicando uma taxa de imposto reduzida no consumo de bens essenciais e isentando serviços tidos como fundamentais, tal como acontece no ordenamento jurídico-português, não fosse esta uma disciplina harmonizada pelo Direito da União Europeia. Não obstante, e para além da complexidade e dos custos de *compliance* que a introdução de isenções e de diferentes taxas implica para o funcionamento do imposto, em que sentido é que esta adaptação do IVA significa, de facto,

²⁵ Cf. J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 1980, p. 197 e seguintes. Trata-se de uma anotação próxima da que se encontra em versões mais recentes da obra: “[o]s impostos indiretos [são] de natureza irredutivelmente real[.] No entanto, é possível (e exigido pela Constituição) personalizar indiretamente a incidência dos impostos de consumo[.] estatuindo isenções e diversificando as taxas (ou coletas) por tipos de bens” – cf. J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, *op. cit.*, p. 1101.

uma redução da regressividade do imposto, considerando que os mais ricos também beneficiarão dessa taxa reduzida e das isenções estabelecidas?²⁶

Para além da aludida adaptação da estrutura do consumo à evolução das necessidades de desenvolvimento, pela parte final desta disposição denota-se que, apesar de no artigo 60º da CRP ser identificável um dever de “desconsumo” dos bens que sejam prejudiciais à prossecução de interesses coletivos, surge aqui o legislador constituinte a impor que a tributação sobre o consumo seja particularmente direcionada a onerar “consumos de luxo”, numa expressão que já vem do texto original de 1976 e que se justificará pela tentativa de ultrapassar o insucesso dos impostos sobre o consumo na redistribuição da riqueza.

Identifica-se, portanto, à luz de distintas disposições constitucionais (artigos 60º e 104º, nº 4, da CRP) uma dupla imposição sobre o legislador ordinário em matéria de consumo: desincentivar o consumo de bens que causem externalidades negativas (em particular, para o ambiente e saúde pública) ou de bens que sejam de luxo. A concretização desta dupla exigência conhece, não obstante, alcances totalmente distintos. Foquemo-nos, agora, na que aos consumos de luxo respeita.

A redação original do (então) artigo 107º, nº 4, da CRP, era a seguinte: *“A tributação do consumo visará adaptar a estrutura do consumo às necessidades da socialização da economia, isentando-se dela os bens necessários à subsistência dos mais desfavorecidos e suas famílias e onerando-se os consumos de luxo”*.

Na revisão de 1982, o preceito passou a ter a redação que ainda hoje conhecemos, o que significa que a sua letra se manteve inalterada mesmo depois da adesão de Portugal à (então) Comunidade Europeia. Sabendo que a adesão levou, para além da alteração formal do texto da constituição (por via de uma revisão constitucional), a uma reorientação interpretativa do mesmo, e sabendo que a concretização do mercado interno em muito dependia (e depende) da forma como os Estados Membros disciplinam jurídico-tributariamente

²⁶ Saliente-se, porém, que a conclusão no sentido em que o imposto é regressivo é fruto de uma análise que se centra nos rendimentos, desconsiderando a poupança e sem atender às despesas. O IVA é tido como regressivo quando é aferido como correspondendo a uma percentagem do rendimento atual. É, porém, capaz de ser tido como proporcional ou ligeiramente progressivo quando aferido como uma percentagem do gasto atual. A propósito, *vide* o estudo de Alastair THOMAS, “Reassessing the regressivity of the VAT”, *OECD Taxation Working Papers*, nº 49, 2020, disponível em <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/b76ced82en.pdf?expires=1629628386&id=id&accn ame=guest&checksum=ACDDB8074EF2890145613C592604AD7F>.

as trocas de bens e serviços, questiona-se o motivo pelo qual o legislador constituinte manteve a redação nos aludidos termos. Sobretudo porque já desde de 1992 que no Tratado de Maastricht se previa, no seu artigo 99º, a harmonização jurídico-normativa das legislações dos Estados Membros relativas à tributação sobre o consumo, na medida em que tal harmonização fosse necessária para assegurar o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno, numa solução que se manteve no Tratado de funcionamento da União Europeia, de acordo com o disposto no atual artigo 113º.

É certo que a adesão à União Europeia não implicava, necessariamente, e em primeiro lugar, a revisão do preceito. Da circunstância de Portugal ser um Estado Membro não resulta a anulação da intervenção constituinte nesta matéria, até porque a osmose entre o texto constitucional e o Direito da União Europeia ocorre no que concerne ao Direito *primário* da União. Por outro lado, e não obstante, a Assembleia da República não conhece competência para, sem mais, alterar o quadro jurídico-tributário em matéria de IVA, de impostos especiais de consumo e sobre direitos aduaneiros, perante as exigências que se colocam entre os Estados Membros de harmonização e de uniformização (no último caso) dos respetivos quadros jurídicos. Aliás, na redação de hoje a Constituição garante apenas, nos termos dos artigos 161º, alínea n), e 163º, alínea f), o seguinte:

- (i) uma mera intervenção de pronúncia da Assembleia da República sobre matérias pendentes de decisão em órgãos no âmbito da União Europeia que incidam na esfera da sua competência legislativa reservada – desde logo, em matéria de impostos [artigo 165º, nº 1, alínea i)];
- (ii) uma mera intervenção de acompanhamento e de apreciação da participação de Portugal no processo de construção da União Europeia.

Ainda que a Constituição garanta a participação parlamentar na União Europeia²⁷, não menosprezando o valor democrático do Parlamento, a

²⁷ Esta participação é disciplinada pela Lei nº 43/2006, de 25 de agosto, relativa ao acompanhamento, apreciação e pronúncia pela Assembleia da República no âmbito do processo de construção da União Europeia.

expressão “mera” intervenção é aqui propositadamente empregue, considerando que o legislador constituinte não assegura à Assembleia da República uma participação vinculativa neste âmbito, a qual seria, de resto, incompatível com a construção do próprio projeto europeu. Mesmo que esteja em causa – como pode estar, no caso dos elementos essenciais de impostos sobre o consumo (incidência, taxas, benefícios fiscais e garantias dos contribuintes) – matéria reservada da Assembleia da República, parece ser inconciliável com os compromissos assumidos por Portugal aquando da adesão à então Comunidade Europeia que fosse imposto o afastamento do voto positivo português na aprovação de um diploma europeu contrário ao Direito interno ordinário/infra constitucional. É o que justifica que as Diretivas da União Europeia, enquanto instrumento privilegiado para disciplinar a tributação sobre o consumo, surjam com um carácter verdadeiramente detalhado e rigoroso, esgotando a regulação da matéria e acabando por reduzir (se não mesmo, anular) a atuação dos Estados Membros.

Retomando o que se dizia a propósito do disposto no artigo 104º, nº 4, da CRP, em causa não deixa de estar um preceito marginalizado, pouco compatível (no mínimo) com o Direito da União Europeia em matéria de tributação sobre o consumo. Dizer-se que este preceito, atenta a interpretação que dele deverá ser feita, serve de reflexo da forma como a Constituição é constituída por normas que proclamam valores ideais²⁸ será arriscado, considerando que ainda que se compreenda o sentido da disposição (e não necessariamente que se concorde com a mesma) –, em cumprimento de exigências de consenso, talvez como “compromisso apócrifo”, e à luz não do princípio da capacidade contributiva mas sim como concretização do Estado social – a ausência de qualquer concretização quanto ao que se deverá entender como consubstanciando “consumos de luxo” retira-lhe efetividade²⁹. A abertura e a indeterminação do preceito impedem o controlo da constitucionalidade nesta matéria, o que afasta a possibilidade de existência de inconstitucionalidade por omissão. O legislador ordinário tem ignorado esta disposição, não se podendo dizer que o que serve de objeto aos impostos

²⁸ Cf. Álvaro RODRÍGUEZ BEREIJO, *La Constitución fiscal de España*, op. cit., p. 60.

²⁹ A propósito do esgotamento do disposto no artigo 104º, nº 4, vide José Casalta NABAIS, “Ainda fará sentido o artigo 104º da Constituição”, in AAVV, *Por Um Estado Fiscal Suportável: Estudos de Direito Fiscal*, 2015, pp. 135 e ss.

especiais de consumo (o consumo de álcool, de bebidas alcoólicas, de bebidas adicionadas de açúcar ou outros edulcorantes; produtos petrolíferos e energéticos; e tabaco) represente um “consumo de luxo”, nem revelam, sequer, uma acrescida capacidade contributiva, pelo que não será por esta via que se fará uma penalização fiscal dos consumos de vaidade.

Em causa está um exemplo da forma como as normas escritas da Constituição não são inderrogáveis ou impermeáveis perante o Direito da União Europeia, cuja convicção de obrigatoriedade tem, necessariamente, ganho cada vez mais força. Assim, apesar de em causa estar uma “imposição constitucional”³⁰, conhece força diminuta, considerando a forma como a tributação sobre o consumo é, essencialmente, determinada pelo Direito da União Europeia. A margem de intervenção do Estado nacional em matéria de tributação sobre o consumo é muitíssimo reduzida, pelo que a intervenção que, em concreto, o Estado poderá ter, nesta matéria, ao nível do desenvolvimento jurídico-normativo, fica necessariamente limitada pelo que ao nível do Direito da União Europeia se produz, enquanto ordem jurídica prevaiente na configuração do sistema fiscal nacional.

O disposto no artigo 104º, nº 4, da CRP, não pode, portanto, deixar de ser interpretado em consonância com o disposto no artigo 8º, nº 4, da CRP, do qual decorre a vigência interna do Direito da União Europeia nos termos definidos por esse mesmo ordenamento³¹. O *dictum* do legislador constituinte, nesta matéria, já não parece, assim, ser tão intenso³², atento o espaço particularmente reduzido dos Estados Membros que, perante uma Diretiva emanada nestas matérias, tendem a concretizar uma transposição em bloco, em expressão do fenómeno de “europeização da legislação”, perante um verdadeiro “*Derecho de ejecución*” e não um “*Derecho de creación*”³³. Aliás,

³⁰ Cf. J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada, op. cit.*, p. 1101.

³¹ A propósito da relação entre o Direito da União Europeia e o Direito nacional, em particular, com as normas constitucionais, *vide*, com especial interesse, o acórdão do Tribunal Constitucional português nº 422/2020. Para uma adequada densificação do sentido do disposto no artigo 8º, nº 4, da CRP, *vide* Paulo OTERO, *Direito constitucional português, op. cit.*, pp. 133 e 134.

³² No mesmo sentido, *vide* Filipe de Vasconcelos FERNANDES, *Direito Fiscal Constitucional – Introdução e princípios fundamentais*, Lisboa, AAFDL Editora, 2020, pp. 242 e ss.

³³ Cf. Clemente CHECA GONZÁLEZ, *Persiguiendo la sombra de la justicia tributaria*, Cuadernos Civitas, Thomson Reuters, 2019, p. 76. Sobre o caminho que tem vindo a ser percorrido, no sentido de um federalismo fiscal, *vide* o nosso “The New Conditionality Regime (Regulation (EU, Euratom) 2020/2092) – The Rule of Law as a meta-principle and the emergence of a Law of execution in tax matters”, *Jean Monnet Network on EU Law Enforcement, Working Paper*

ninguém conhecerá a Constituição económica e fiscal portuguesa se se limitar à leitura e interpretação do texto da normatividade constitucional “oficial”³⁴. A adequada interpretação da Constituição económica, hoje, não se pode ficar por aquele que é o seu texto “oficial”, sendo “na normatividade integrante do Direito da União Europeia que reside o cerne da Constituição económica portuguesa”³⁵, havendo quem fale na respetiva dissolução perante a emergência de uma “constituição económica europeia”³⁶. De uma constituição dirigente (na versão originária de 1976) ao serviço de uma economia dita socialista, passou-se para uma constituição dirigente ao serviço do mercado interno.

5. A ausência de neutralidade estadual em matéria de tributação do consumo

As considerações até aqui tecidas revelam a forma como o Estado é (ou pode ser) interventivo em matéria de consumo, a qual acaba, portanto, por não se integrar num dos espaços de autodeterminação em que os poderes políticos e sociais não podem entrar. O Estado não se encontra, abstrata e constitucionalmente, subordinado ao princípio da neutralidade, o qual imporia que o Estado escolhesse “soluções inteiramente neutras em relação às autocompreensões individuais e coletivas”³⁷. O Estado intervém na esfera da sociedade, moldando os comportamentos económico-sociais dos seus membros, caminhando no sentido de um Estado fiscal social³⁸. E constitucionalmente o Estado não se encontra vedado de utilizar os tributos com o

Series, nº 01/22, disponível em <https://jmn-eulen.nl/wp-content/uploads/sites/575/2022/05/WP-Series-No.-01-22-The-Rule-of-Law-as-a-meta-principle-and-the-emergence-of-a-Law-of-execution-in-tax-matters-Andreia-Barbosa.pdf>

³⁴ Cf. Paulo OTERO, *Direito constitucional português, op. cit.*, p. 225.

³⁵ Cf. Paulo OTERO, *Direito constitucional português, op. cit.*, p. 222.

³⁶ Cf. Eduardo Paz FERREIRA, “A Constituição de 1976: ‘que reste-t-il de nos amours?’”, in Jorge Miranda (org.), *Perspetivas Constitucionais – Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 408. No mesmo sentido, ainda que de forma não estritamente reconduzida à Constituição económica, “poder-se-á dizer que certas normas do direito da União Europeia podem concorrer com o Direito Constitucional interno na composição da Constituição do Estado” – cf. Manuel Afonso VAZ, *Teoria da Constituição – O que é a Constituição, hoje?*, 2ª edição, Porto, Universidade Católica Editora, 2015, p. 127.

³⁷ Ainda que a propósito de um distinto contexto, vide Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, *O direito geral de personalidade e a “solução do dissentimento” – ensaio sobre um caso de “constitucionalização do Direito civil”*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 163.

³⁸ Cf. José Casalta NABAIS, *Problemas nucleares de Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 196.

objetivo principal ou dominante de serem evitados certos comportamentos dos seus destinatários, impedindo que surja o facto gerador.

É sobretudo em matéria de tributação sobre o consumo que o uso de medidas tributárias com propósitos de intervenção económica e social tem lugar, apesar de ser também aqui que o princípio da neutralidade é elevado a trave-mestre fundamental.

Diz-se que um imposto é neutro quando não interfere nas decisões dos agentes económicos. Em sede de IVA, o imposto opera com base no método subtrativo indireto nas várias fases do processo produtivo, sendo dada aos produtores a liberdade de escolher o que produzir e como produzir (neutralidade no produtor), ao mesmo tempo que se permite aos consumidores a liberdade de escolher o que consumir, sem os afastar da sua inclinação natural (neutralidade no consumidor)³⁹. Assim, é essencialmente na sua perspetiva económica que a neutralidade é encarada no contexto do IVA, no sentido em que os processos económicos não devem ser afetados por influências externas, desde logo pela tributação, numa espécie de tradução económica de um “princípio de não ingerência” – o operador económico terá o direito à menor desvantagem tributária possível⁴⁰.

Mas este efeito de neutralidade não é transversal a todas as imposições sobre o consumo. Os impostos extrafiscais não se encontram particularmente imbuídos pelo espírito da neutralidade⁴¹. Os legisladores europeu e nacional consagraram soluções capazes de influenciar verdadeiramente os termos em que as operações de venda de bens e de prestações de serviços são concretizadas, atentas as finalidades subjacentes a este tipo de tributação, que ultrapassam as que se reconduzem à arrecadação de receita tributária e que se estendem à repressão de consumos – ao “desconsumo”. Os impostos

³⁹ Cf. Sérgio VASQUES, *Imposto sobre o Valor Acrescentado*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 105.

⁴⁰ A teoria económica, porém, demonstra que a neutralidade, nos termos expostos, é impossível de se atingir, considerando que qualquer tributo distorce as escolhas económicas, pelo que os impostos não podem, por definição, ser neutrais. Neste sentido e para um estudo a propósito da forma como a neutralidade é encarada no contexto da tributação internacional, vide Cees PETERS, *On the Legitimacy of International Tax Law*, IBFD Doctoral Series, 2014, pp. 106 e ss. No mesmo sentido, “[t]oda a fiscalidade produz hoje inevitáveis modificações na economia; entende-se hoje que o imposto é ‘neutro’ quando opera modificações homotéticas, iguais para todos os elementos do meio económico” – cf. PITTA E CUNHA, “A tributação do valor acrescentado”, in AAVV, *Vinte Anos de Imposto Sobre o Valor Acrescentado em Portugal: Jornadas Fiscais em Homenagem ao Professor José Guilherme Xavier de Basto*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 113.

⁴¹ Particularmente a propósito da extrafiscalidade na tributação aduaneira, vide o nosso *Direito aduaneiro multinível*, Lisboa, Petrony, 2022.

extrafiscais podem significar a proibição de consumo (se o consumidor, pela ausência de recursos, não pode, simplesmente consumir) ou a limitação do consumo, sacrificando, total ou parcialmente, a liberdade de escolha dos consumidores, enquanto *prohibitory taxes*. Saliente-se que a circunstância de a extrafiscalidade assumir preponderância nestas imposições não é capaz, ainda assim, de lhes retirar a qualidade de *impostos*. À luz da doutrina financeira e fiscal alemã, que criou a *Umgekehrte Nebenzweck Theori* (numa versão melhorada da inicialmente criada *Nebenzweck Theorie*) afastando-se a ideia de que aos impostos não poderiam ser atribuídos objetivos de ordenação social, a extrafiscalidade pode constituir uma finalidade secundária dos impostos sem que, por força da mesma, percam a sua natureza⁴². Assim, à luz desta *Teoria da Finalidade Secundária Invertida*, os impostos não perdem a sua natureza mesmo quando a angariação de receita constitua uma sua finalidade secundária. A extrafiscalidade apenas descaracterizará um imposto quando revista uma intensidade tal que o objetivo fiscal da angariação de receita lhe seja absolutamente alheio⁴³.

A título de exemplo, os impostos especiais de consumo são usados, precisamente, como instrumentos de interiorização de externalidades negativas, com o propósito – nem sempre atingindo, perante a rigidez da procura dos bens que lhes servem de objeto – de influenciar as escolhas dos consumidores. Obedecendo ao princípio da equivalência, tais impostos procuram onerar os contribuintes na medida dos custos que estes provocam nos domínios do

⁴² Também no sentido em que a posição dominante das finalidades extrafiscais de uma determinada imposição não afasta a sua qualificação como impostos, *vide* Juan MARTÍN QUERALT *et al.*, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 28ª edição, Madrid, Editorial Tecnos, 2017, p. 76, e Stefan HOMBURG, *Allgemeine Steuerlehre*, Valhen, Munique, 2010, pp. 57 e ss.

⁴³ Em conformidade com os exemplos avançados por José Casalta Nabais, o BVerfG considerou que as imposições que recaem sobre transportes próprios das empresas e sobre o transporte rodoviário de mercadorias se reconduziam à figura do imposto, considerando o elemento finalístico da tributação, no sentido em que a expectativa do legislador era a de obter receitas com a respetiva cobrança, ainda que tivesse primordialmente em vista a política de transportes e a melhoria da situação financeira da ferrovia federal alemã, respetivamente. Também o Tribunal Constitucional espanhol considerou o imposto andaluz sobre as terras não aproveitadas e o imposto extremo sobre devesas classificadas com deficiente aproveitamento como verdadeiros impostos, ainda que estivessem direcionados à dissuasão dos titulares das respetivas propriedades do incumprimento das obrigações inerentes à função social da propriedade da terra. Neste sentido, *vide* José Casalta NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 631 e 632.

ambiente e da saúde pública, em concretização de uma regra geral de igualdade tributária (artigo 2º do Código dos impostos especiais de consumo)⁴⁴.

Neste sentido, o regime jurídico dos impostos que incidem especialmente sobre determinados consumos é erigido, para além do mais e de forma mais imediata, como instrumento ao serviço de um dever de “desconsumo”, surgindo o respetivo pagamento – quando o consumo, ainda assim, tem lugar – sobretudo como expressão do direito à liberdade de consumo e não como reflexo de um “patriotismo fiscal” que, em bom rigor, parece ainda não existir em Portugal⁴⁵.

⁴⁴ Outros exemplos podem ser apontados no que especialmente se reporta à componente ambiental: a “taxa” sobre as lâmpadas de baixa eficiência energética, criada pelo Decreto-Lei nº 108/2007, de 12 de abril, e a “contribuição” sobre sacos de plástico leves, regulada pelos artigos 30º e seguintes da Lei nº 82-D/2014, de 31 de dezembro.

⁴⁵ Sobre o patriotismo fiscal nos Estados Unidos da América, *vide* Vanessa S. WILLIAMSON, *Read my Lips. Why Americans are Proud to Pay Taxes*, Princeton, Princeton University Press, 2017.

A EFICÁCIA EXTRATERRITORIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A. Sofia Pinto Oliveira*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.8>

1. Introdução

Todas as normas jurídicas conhecem limites quanto ao seu domínio de aplicabilidade – limites temporais e espaciais. Todo o direito é relativo. Vale para um determinado tempo e um determinado espaço.

A norma jurídica, *enquanto puro critério de valoração*, pode não conhecer “limites espaço-temporais ao seu âmbito de aplicabilidade”, porém, o seu conteúdo precetivo, a sua capacidade de influir e conformar condutas tem um domínio limitado de *eficácia*, tanto temporal como espacial. Só os factos, as ações, os comportamentos situados na esfera de aplicação da norma podem ser apreciados e conformados por essa mesma norma¹.

* Professora Auxiliar com Agregação na Escola de Direito da Universidade do Minho. Contacto e-mail: aspo@direito.uminho.pt. O artigo que aqui se publica corresponde a uma versão resumida do texto apresentado como base da lição que dei, como parte das provas de agregação, na Escola de Direito da Universidade do Minho, em 13 de maio de 2020. Nessas provas – como em muitos outros momentos da minha vida –, a Benedita ajudou-me muito. Incentivou-me, libertou-me de muitas tarefas para que me pudesse concentrar na preparação e foi uma das duas pessoas que leu antecipadamente tudo. Foi com quem mais conversei sobre o tema. Fica aqui este texto em memória agradecida de tempos bons e irrepetíveis.

¹ Valemo-nos aqui, fundamentalmente de João Baptista MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 3-19.

Nesta lição, ocupar-nos-emos dos limites espaciais ao âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais na ordem jurídica portuguesa².

Não obstante a sua vocação universalizante, as normas de direitos fundamentais não escapam àquelas limitações.

O direito português, as normas de direitos fundamentais portuguesas, devem aplicar-se a factos que se encontrem no seu âmbito de aplicabilidade e este é definido, *prima facie*, pelo território nacional – definido no artigo 5º da Constituição e abrangendo quer o espaço aéreo, celeste, quer a faixa de mar correspondente às águas territoriais³.

O direito internacional, as normas de direito internacional dos direitos humanos, apesar da sua vocação universal, não são normas que superem uma certa compreensão “estadocêntrica”⁴ do Direito. São normas que têm como destinatários os Estados, os “Estados Partes”, a que se referem os instrumentos adotados no quadro da Organização das Nações Unidas, as “Altas Partes Contratantes” a que se refere a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), ou os “Estados-Membros” a que se refere o Direito (primário) da União Europeia. Sempre os Estados – como destinatários principais dos deveres criados por tais normas. Os “direitos humanos”, tal como nós os conhecemos, apesar da sua vocação universalista, não teriam lugar num mundo

² O conceito de “direitos humanos” é, frequentemente, utilizado numa aceção mais internacionalista, referindo-se aos direitos presentes nos instrumentos de direito internacional de direitos humanos, adotados ao nível da Organização das Nações Unidas ou do Conselho da Europa, enquanto o conceito de “direitos fundamentais” é, muitas vezes, usado numa aceção restrita, pretendendo abranger apenas os direitos reconhecidos numa ordem constitucional concreta. Aqui usaremos um conceito amplo de direitos fundamentais, cobrindo todos aqueles que são protegidos por normas jurídicas de carácter vinculativo – sejam estas de nível internacional geral, europeu ou estadual. Não ignorando que há diferenças no contexto de partida e nos meios e princípios hermenêuticos aplicáveis, vemos uma linha de continuidade entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos fundamentais de fonte internacional. A Constituição suporta, aliás, em nosso entender, essa continuidade nos enunciados dos artigos 8º e 16º da Constituição Portuguesa.

³ Jaime VALLE, “O território na Constituição portuguesa de 1976”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 43-57; e Miguel Prata ROQUE, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo*, Lisboa, AAFDL, 2014, pp. 36-37, de onde consta a seguinte “noção contemporânea de ‘território’”: “qualquer parcela do globo terrestre, superficial ou subterrâneo, do espaço aéreo atmosférico ou do espaço celeste extra-atmosférico sobre a qual um Estado disponha de efetiva capacidade de exercício de poder de autoridade, desde que devidamente legitimada pelo Direito Internacional”.

⁴ Usando aqui o mesmo termo usado por João Cardoso ROSAS, “O Cosmopolitismo de um Mundo Estadocêntrico”, in Patrícia Jerónimo (org.), *Temas de Investigação em Direitos Humanos para o Século XXI*, Braga, DH-CII, 2016, pp. 155-166, acesso aberto em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/47269> [31.07.2022]. Como conclui o autor, “os direitos humanos são o cosmopolitismo de um mundo com estados. Eles não são o cosmopolitismo de um mundo cosmopolita nem simples acomodações dos estados num mundo estadocêntrico” (p. 166).

sem Estados. Eles são o cosmopolitismo possível de um mundo com Estados⁵. Por força das normas de direito internacional aplicável, cada Estado compromete-se a assegurar níveis mínimos de respeito pelos direitos das pessoas que se encontrem submetidas ao seu poder. As fronteiras dos Estados circunscrevem, primariamente, o espaço em que estes realizam as suas funções.

Constatamos, no entanto, hoje, que os Estados são atores cada vez mais móveis, em especial em domínios como o combate ao crime organizado, em particular, ao terrorismo (o terrorismo global), o controlo das fronteiras, a proteção e promoção do ambiente, entre outros. O recurso abundante à externalização da ação dos Estados, em domínios típicos de soberania estatal, que passa a exercer-se – muitas vezes, preferentemente – fora do território e não no interior das suas fronteiras obriga a repensar a vinculação dos Estados aos direitos fundamentais quando estes atuam além-fronteiras⁶.

Daqui decorre um desencontro entre o modo limitado de entender o âmbito de aplicabilidade das normas de direitos fundamentais e a expansão da ação dos poderes públicos⁷.

Como é possível articular tais circunstâncias com um âmbito de aplicabilidade dos direitos fundamentais ancorado num princípio de territorialidade do direito?

Poderá estender-se a aplicabilidade dos direitos fundamentais além das fronteiras territoriais, reconhecendo como possíveis titulares de direitos fundamentais pessoas que não têm aparentemente nenhum vínculo qualificado com o Estado português, desde logo porque não se encontram no respetivo território?

A hipótese de reconhecimento de eficácia extraterritorial aos direitos fundamentais tem vindo a ser equacionada por várias instâncias de controlo do respeito pelos direitos individuais a propósito de diversos - e muito

⁵ João Cardoso ROSAS, “O Cosmopolitismo de um Mundo Estadocêntrico”, *op. cit.*, p. 166.

⁶ Defendendo um “ajustamento dos termos em que a territorialidade era tradicionalmente concebida, colocando-a em franco diálogo com as situações que convocam pretensões de extraterritorialidade da ação pública”, Dulce LOPES, “A jurisdição extraterritorial dos Estados: entre a tradição e modernidade”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, volume I, Coimbra, Almedina, 2016, p. 1078.

⁷ Desencontro explorado do ponto de vista da sociologia jurídica por Gunther TEUBNER, *Verfassungsfragmente - Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Berlim, Suhrkamp, 2012. Sobre a matéria ver, entre nós, Luís Heleno TERRINHA, *Direitos Fundamentais e Ordem Coletiva - Teorias Não Subjetivistas da Jusfundamentalidade*, Porto, Universidade Católica Editora, 2018, pp. 50-69, E-book acessível em <http://www.uceditora.ucp.pt/resources/Documents/UCEditora/PDF%20Livros/Porto/Direitos%20Fundamentais%20e%20Ordem%20Coletiva.pdf>.

distintos – problemas. O termo “extraterritorialidade” significa, neste contexto, a competência do Estado para criar, aplicar e impor normas de conduta a pessoas que se encontram fora do seu território⁸. Este conceito expansivo de “extraterritorialidade”, no que aos poderes estaduais diz respeito, contrasta com um conceito simétrico que identifica, dentro do território do Estado, espaços imunes (ou quasi-imunes) aos poderes deste, parcelas de território em que o Estado não exerce (plenamente) as suas competências – como sejam, por exemplo, missões diplomáticas estrangeiras sedeadas em Portugal, navios de pavilhão estrangeiros em águas territoriais nacionais⁹. Não é a este conceito de extraterritorialidade ou a esta realidade de contenção dos poderes do Estado territorial que aqui prestaremos atenção.

Trataremos a eficácia extraterritorial dos direitos fundamentais, entendendo esta como a aplicação de normas de direitos fundamentais a pessoas não fisicamente presentes no território do Estado vinculado por tais normas.

O alcance prático deste tema, atualmente, é demonstrado pelo número crescente de decisões das mais diversas instâncias sobre o mesmo. Aqui teremos presente a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), que tem uma jurisprudência muito rica sobre o tema, motivada por uma multiplicidade de casos, relacionados com intervenções militares no estrangeiro, combate ao crime, operações de proteção de fronteiras realizadas a partir de espaços mais próximos do ponto de partida dos movimentos migratórios e outros¹⁰.

Esta jurisprudência foi “internalizada” em muitos Estados, sendo particularmente significativo o caso do Reino Unido¹¹, em que os tribunais

⁸ Baseamo-nos aqui na definição de Kamminga, nos termos da qual: “The terms ‘extraterritoriality’ and ‘extraterritorial jurisdiction’ refer to the competence of a State to make, apply and enforce rules of conduct in respect of persons, property or events beyond its territory. Such competence may be exercised by way of prescription, adjudication or enforcement. Prescriptive jurisdiction refers to a State’s authority to lay down legal norms. Adjudicative jurisdiction refers to a State’s authority to decide competing claims. Enforcement jurisdiction refers to a State’s authority to ensure compliance with its laws”. Cf. Menno T. KAMMINGA, “Extraterritoriality”, in Rüdiger Wolfrum (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, volume III, Oxford, Oxford University Press, 2012.

⁹ Sobre este conceito e sobre o instituto do “asilos extraterritorial” que se manifesta nesses “enclaves territoriais”, A. Sofia Pinto OLIVEIRA, *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa – Âmbito de Proteção de um Direito Fundamental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 38-41 e 49-51.

¹⁰ O TEDH publica informação da sua jurisprudência, agregada pelos tópicos mais relevantes e tem uma especificamente dedicada a este assunto: *Factsheet – Extra-territorial jurisdiction of States Parties*, de julho de 2018, disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Extra-territorial_jurisdiction_ENG.pdf.

¹¹ Como afirma Marko MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 6: “UK courts have dealt with the acts of UK armed forces in Iraq under the ECHR and

refletem muito as tendências do Tribunal de Estrasburgo e que foi confrontado com muitos processos relacionados com este problema¹². Noutros Estados, existiram também casos em que, autonomamente, o problema da conformidade com as normas de direitos fundamentais de uma ação do Estado afetando um não-nacional, não-presente no território nacional foi suscitado¹³.

2. Quadro normativo relevante

Partindo do teor literal das Constituições, verificamos que na maioria destas os direitos fundamentais são reconhecidos aos nacionais, com a amplitude máxima, e, com menor abrangência aos não-nacionais, fisicamente presentes no território dos respetivos Estados¹⁴.

A única Constituição que até agora encontramos que tem um enunciado diferente, que omite a condição da territorialidade, é, curiosamente, a Constituição Polaca, que tem a seguinte formulação: “Qualquer pessoa,

the Human Rights Act 1998. In sum, human rights and their universalist premise have become internalized to such an extent that their extraterritorial application is no longer merely a theoretical issue”.

¹² Na sequência do envolvimento militar britânico no Iraque, entre 2003 e 2009, entraram nos tribunais britânicos, até setembro de 2016, 1282 ações, demandando às autoridades britânicas investigações por maus tratos, detenção ilegal e homicídios de cidadãos iraquianos por soldados britânicos, e 903 pedidos de indemnização. Dados retirados de uma decisão de um Tribunal de Recurso britânico (*Al-Saadoon & Ors v. Secretary of State for Defence* [2016] EWCA Civ 811]). “1. British military involvement in Iraq between 2003 and 2009 has given rise to a large number of civil claims before the courts of this jurisdiction, most involving allegations of ill-treatment, unlawful detention and, in some cases, unlawful killing of Iraqi civilians by British soldiers. 3. One group of claims consists of claims for judicial review in which the claimants seek orders requiring the Secretary of State for Defence (‘the Secretary of State’) to investigate alleged human rights violations (‘the public law claims’). There are currently 1,282 public law claims in which the claimants were represented at the time of the hearing before us by Public Interest Lawyers. In addition separate judicial review proceedings have been brought by Yunus Rahmatullah and Amanatullah Ali who are represented by Leigh Day. 4. A second group of claims consists of claims for compensation brought against the Ministry of Defence (‘the private law claims’). There are currently approximately 646 such claims pending, approximately 257 claims having been settled”.

¹³ São os Estados Unidos da América que têm uma jurisprudência mais rica neste contexto. Na Alemanha, houve também um conjunto de casos relevantes, essencialmente suscitados na jurisdição administrativa, e envolvendo circunstâncias muito variadas; por exemplo um nacional da Somália, detido por um barco da marinha alemã e entregue às autoridades do Quênia numa operação de prevenção da pirataria, entendia que a detenção e a entrega tinham sido atos ilegais; um nacional do Líbano exigia uma atuação das autoridades alemãs por ataques com drones no território do seu país operados a partir da base militar americana em solo alemão de Ramstein. Sobre estes casos e o seu tratamento pelos tribunais, Timo SCHWANDER, *Extraterritoriale Wirkungen von Grundrechten im Mehrebenensystem*, Berlim, Duncker & Humblot, 2019, pp. 53-59.

¹⁴ Para uma visão global quanto às soluções dos vários Estados no espaço europeu e no espaço lusófono, Maria José Rangel MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros na Ordem Jurídica Portuguesa: uma perspectiva constitucional*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 53-75.

sob autoridade do Estado polaco, deve gozar das liberdades e dos direitos garantidos pela Constituição”¹⁵.

No que à Constituição Portuguesa diz respeito, há um triângulo normativo que, aparentemente, circunscreve o âmbito de titularidade dos direitos fundamentais e que é composto pelos artigos 12º, 14º e 15º da Constituição.

O princípio da universalidade está consagrado no primeiro enunciado da Constituição dedicado aos Direitos e Deveres Fundamentais – artigo 12º, que reza assim: “Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição”. É entendimento comum dos autores que este princípio tem uma vocação abrangente, pretendendo afirmar os direitos fundamentais como direitos de todos – e não apenas dos nacionais¹⁶.

Os artigos 14º e 15º concretizam a titularidade de direitos fundamentais, identificando dois grupos específicos: a titularidade de direitos por nacionais e por não-nacionais.

Nos termos do artigo 14º, os portugueses, mesmo estando fora do território nacional, “gozam da proteção do Estado para o exercício dos direitos e estão sujeitos aos deveres que não sejam incompatíveis com a ausência do país”¹⁷. Portugal aderiu ao sistema da *lex patriae*. Tal significa que “Portugal mantém um vínculo jurídico fundamental com os seus nacionais expatriados, que ficaram sempre presos à pátria pela sua lei pessoal”¹⁸. A Constituição prefere aqui o elemento pessoal (a cidadania portuguesa) ao elemento

¹⁵ Artigo 37º, nº 1, da Constituição da Polónia: tradução nossa, feita a partir da versão inglesa da Constituição, tal como disponibilizada na página do Parlamento: <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm> [31.07.2022]: “Anyone, being under the authority of the Polish State, shall enjoy the freedoms and rights ensured by the Constitution”.

¹⁶ Neste sentido, entre outros, Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2000, p. 408; Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 328; Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 193; Jorge MIRANDA, “Anotação ao Artigo 12º”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, volume I, 2ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 155-156; Jorge Bacelar GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, volume II, Coimbra, Almedina, 2005, p. 1072; Gustavo Gramaxo ROZEIRA, “Universalidade”, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho, *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, Lisboa, Quid Juris, 2013, pp. 385-386; Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6ª edição, Coimbra, Almedina, 2019, p. 124.

¹⁷ Exprimindo-se criticamente sobre a redação do artigo 14º – críticas que não acompanhamos – Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., pp. 351-353.

¹⁸ António Marques dos SANTOS, “Quem manda mais – A Residência ou a Nacionalidade?”, in AAVV, *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 79-92 (citação da p. 81).

territorial¹⁹. Esta norma consagra um dever especial de proteção dos direitos fundamentais dos portugueses quando situados no estrangeiro, competindo ao Estado garantir o respeito pelos direitos dos nacionais não-presentes fisicamente no seu território²⁰.

Nos termos do artigo 15º da Constituição da República Portuguesa, “os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português”. Esta norma refere-se, em particular, ao gozo de direitos fundamentais por não-nacionais e nela se verte um princípio de equiparação ou de (tendencial) igual tratamento²¹. Na enunciação deste princípio da equiparação, explicita-se uma condição de territorialidade para a invocação de iguais direitos por parte de não-nacionais.

Esta mesma condição foi desenvolvida num acórdão do Tribunal Constitucional, em que estava em causa a concessão de apoio judiciário a um cidadão angolano, que fora titular da nacionalidade portuguesa e servira o Estado Português, como funcionário da Administração Pública ultramarina, e que pretendia o acesso àquele sistema de apoio judiciário, por carência de meios económicos suficientes, de modo a poder suportar as despesas judiciais inerentes à efetivação da tutela jurisdicional do direito à aposentação²² – nos seguintes termos: “O próprio texto constitucional, ao reconhecer aos estrangeiros e apátridas equiparação aos cidadãos nacionais no que se refere aos direitos que estes gozam e aos deveres a que se encontram sujeitos, subentende que se encontrem em Portugal ou no nosso País residam. Dir-se-á que para se obter o *tratamento nacional* de que falam Gomes Canotilho e Vital Moreira[,] isto é, ‘um tratamento pelo menos tão favorável como o concedido ao

¹⁹ Situações que Miguel Prata Roque qualifica como sendo “manifestações de ‘*eficácia pessoal*’, que dispensam qualquer conexão direta com o território estadual”, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo*, Lisboa, AAFDL, 2014, p. 212. Jorge Pereira da SILVA identifica aqui um “princípio da pessoalidade dos direitos e dos deveres fundamentais dos portugueses”, em “Anotação ao Artigo 14º”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, volume I, 2ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, p. 180.

²⁰ Seguimos aqui de perto Jorge Pereira da SILVA, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 135-139. Do mesmo autor, também sobre o artigo 14º e as obrigações decorrentes para o Estado, em particular, pela via da proteção diplomática, com críticas a acórdãos dos tribunais administrativos na matéria, “Anotação ao Artigo 14º”, *op. cit.*, pp. 192-193.

²¹ Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *op. cit.*, pp. 351-353; Jorge Pereira da SILVA, *Direitos Fundamentais – Teoria Geral*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2018, p. 98.

²² Sobre a sujeição a prazo de caducidade para o exercício de um tal direito à aposentação pronunciou-se o acórdão do Tribunal Constitucional nº 554/2003, de 12 de novembro.

cidadão do país, designadamente no que respeita a um certo número de direitos fundamentais’, se exige uma ligação, que não seja meramente esporádica ou fortuita, com o território e a comunidade nacionais” – acórdão do Tribunal Constitucional nº 365/2000, de 5 de julho.

Num outro acórdão do mesmo Tribunal, referente ao reconhecimento do estatuto de “deficiente das Forças Armadas”, há a mesma atenção perante aqueles cujo vínculo de nacionalidade com Portugal se tornou pretérito, no quadro da descolonização. Em todo o acórdão, discute-se a possibilidade de “estrangeiros residentes” poderem beneficiar de tal estatuto, mas nunca a possibilidade de “estrangeiros não-residentes” também dele poderem beneficiar. Aí se lê que: “[N]ão se pode deixar de considerar que, tendo em conta as condições em que se tornaram deficientes numa época em que possuíam a nacionalidade portuguesa e as circunstâncias em que perderam essa mesma nacionalidade, a discriminação dos estrangeiros residentes em Portugal operada pelo artigo 1º do Decreto-Lei nº 43/76, na medida em que reserva a cidadãos portugueses o gozo dos direitos a que se referem os artigos 4º, 5º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º (salvo no que se refere à preferência no provimento em funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico), 15º e 16º do mesmo diploma, se tem de considerar como colidente com o princípio de justiça inerente a um Estado de direito democrático, não justificada nem pela necessidade nem pela adequação, e, conseqüentemente, como arbitrária e desproporcionada, importando violação do princípio de equiparação constante do artigo 15º, nº 1, da Constituição” – acórdão do Tribunal Constitucional nº 423/2001, de 9 de outubro.

Na jurisprudência do mesmo Tribunal²³, mais recente, sobre a prestação não-contributiva do Rendimento Social de Inserção e os requisitos para a sua obtenção por estrangeiros residentes, nomeadamente, no que se refere ao período de residência prévia exigido, esta questão não foi alargada (nem

²³ Muitos dos acórdãos do Tribunal Constitucional sobre o princípio da equiparação ligam-se, diretamente, a questões relacionadas com o acesso a determinadas profissões que estava regulado de modo restritivo, afastando a possibilidade de (alguns) não-nacionais poderem exercê-las. É o caso do acórdão nº 255/2002, de 12 de junho, sobre o exercício da atividade de segurança privada; do acórdão nº 345/2002, sobre a profissão de educador de infância e professor do ensino básico e secundário; e ainda do acórdão nº 96/2013, de 19 de fevereiro, sobre a profissão de marítimo.

poderia ter sido, dada a natureza do problema em causa) à titularidade de direitos fundamentais por estrangeiros não-residentes²⁴.

Analisada a jurisprudência do Tribunal Constitucional²⁵, verificamos que, em nenhum acórdão se tratou especificamente o problema da titularidade de direitos fundamentais face ao Estado português por estrangeiros que não se encontrem em território nacional, sendo que apenas no acórdão nº 365/2000 se passou tangencialmente por esta questão, ao interpretar a condição de territorialidade como a exigência de um mínimo de conexão necessário para ativar o princípio da equiparação.

Também relevante para a questão que tratamos é, a nosso ver, o artigo 18º, nº 1, da Constituição, na parte em que prevê a vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais como direitos de todos. Tendo adotado como perspetiva de análise a eficácia extraterritorial das normas de direitos fundamentais na atuação dos poderes estaduais, esta vinculação não pode deixar de se reconhecer como relevante. Sendo as entidades públicas as primeiras destinatárias das normas constitucionais nesta matéria, independentemente do modo e do lugar de atuação escolhido, esta vinculação impõe-se.

A Constituição é a âncora fundamental a partir da qual se impõe analisar a eficácia extraterritorial dos direitos fundamentais, mas o problema da possibilidade de invocação de direitos fundamentais por não-nacionais ausentes do território nacional, pode também pôr-se (e tem-se posto) em relação aos direitos fundamentais a que o Estado se vinculou através de instrumentos supranacionais, como os Tratados internacionais de Direitos Humanos das Nações Unidas, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) ou a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

²⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 296/2015, de 25 de maio, com destaque para a declaração de voto do Conselheiro Pedro Machete, onde se discute o princípio da equiparação e a margem de conformação legislativa que este consente, mas não se toca o problema da eventual titularidade de direitos por não-nacionais não-residentes.

²⁵ Sobre esta ver Ana Luísa PINTO e Mariana CANOTILHO, “O tratamento dos estrangeiros e das minorias na jurisprudência constitucional portuguesa”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 234 e ss., e também o Relatório do Tribunal Constitucional Português, da autoria de Pamplona de Oliveira, “A Jurisprudência constitucional sobre o cidadão estrangeiro”, 2008, acessível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/textos/textos0202_trilateral2008.pdf.

Tendo a Carta um âmbito de aplicação específico, nos termos do artigo 51º da mesma²⁶, cumpre analisá-la separadamente. Para já trataremos das obrigações internacionais que decorrem das convenções internacionais²⁷.

As obrigações de respeito pelos direitos que decorrem destas Convenções abrangem que pessoas?

A determinação do âmbito de titularidade das Convenções depende do sentido e alcance de cada um dos instrumentos.

Nos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, negociados e adotados no quadro das Nações Unidas e do Conselho da Europa, a determinação do respetivo âmbito de aplicação gira em torno do conceito de “jurisdição” – embora de modos ligeiramente diferentes.

Começando pela CEDH, de 1950, o respetivo âmbito de aplicação é definido no artigo 1º da Convenção nos seguintes termos: “As Altas Partes Contratantes reconhecem *a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição* os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção” (itálicos nossos)²⁸. A interpretação desta fórmula, exclusivamente assente no conceito de jurisdição, e a relevância e conexão que ela apresenta com o território dos Estados tem sido objeto de uma fecunda jurisprudência do TEDH, que trataremos mais desenvolvidamente *infra*.

No Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, no artigo 2º, pode ler-se que: “Cada um dos Estados-Signatários no presente Pacto compromete-se a respeitar e a garantir a todos os *indivíduos que se encontrem no seu território e estejam sujeitos à sua jurisdição*, os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem distinção alguma de raça, cor, sexo, língua, religião,

²⁶ Sobre este, em geral ver A. Sofia Pinto OLIVEIRA, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Âmbito de Aplicação: Direitos e Princípios*, Lisboa, Petrony, 2018, pp. 25-86.

²⁷ Omitiremos, neste contexto, a referência à Declaração Universal dos Direitos Humanos, porque não tendo esta, formalmente, força vinculativa, não dispõe de cláusulas que definam o seu próprio âmbito de aplicação. Na ordem jurídica portuguesa, a Declaração é parâmetro de interpretação e integração dos “preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais” (artigo 16º). Tal significa que o seu âmbito de aplicação se define por referência àqueles preceitos. Sobre a Declaração e o seu valor, Jorge Bacelar GOUVEIA, “A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa”, in AAVV, *Novos Estudos de Direito Público*, Lisboa, Âncora Editora, 2002, pp. 44 e ss.; e IDEM, *Manual de Direito Constitucional*, volume II, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 1082 e ss.; Paulo OTERO, “Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais”, *O Direito*, 1990, pp. 603 e ss.

²⁸ Sobre as origens desta disposição, tem muito interesse ler os “Travaux Préparatoires de l'article 1er de la Convention européenne des Droits de l'Homme”, hoje acessíveis pela Internet através de https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TravPrep_Table_ENG.pdf [31.07.2022].

opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, posição económica, nascimento ou qualquer outra condição social” (itálicos nossos). Sobre esta norma, o Comité dos Direitos Humanos pronunciou-se nos seus Comentários Gerais, tendo entendido que o conceito de jurisdição aparece ligado por uma partícula copulativa com o conceito de território, mas a presença no território e a sujeição a jurisdição devem entender-se como condições alternativas (e não cumulativas) de aplicabilidade do Pacto²⁹. Ou seja, podem valer-se dos direitos previstos no Pacto tanto os indivíduos que se encontrem no território como ainda outros que, não se encontrando fisicamente no território, possam considerar-se sujeitos à respetiva jurisdição³⁰.

No Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 1966, não encontramos qualquer referência ao âmbito de aplicação das respetivas normas, mas no Protocolo Facultativo ao Pacto, de 2008, que prevê o direito de queixa ao Comité, pode ler-se, no artigo 2º, que: “As comunicações podem ser submetidas *por ou em nome de indivíduos ou grupos de indivíduos, sob a jurisdição de um Estado Parte*, que aleguem serem vítimas de uma violação, por esse Estado, de qualquer um dos direitos económicos, sociais e culturais enunciados no Pacto”. Esta norma não visa delimitar o alcance das obrigações que decorrem para os Estados daquele Pacto, mas constitui mera condição de admissibilidade das queixas ou comunicações individuais.

Noutros instrumentos nucleares criados no quadro da Organização das Nações Unidas, por exemplo, na Convenção sobre os Direitos da Criança, lê-se que: “Os Estados Partes comprometem-se a respeitar e a garantir os direitos previstos na presente Convenção *a todas as crianças que se encontrem sujeitas à sua jurisdição*” (itálicos nossos), não se fazendo qualquer referência

²⁹ Comentário Geral nº 31 do Comité dos Direitos Humanos, *General comment no. 31 [80], The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant*, 26 May 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, acessível em <https://www.refworld.org/docid/478b26ae2.html> [31.07.2022]. Leia-se especificamente o conteúdo do ponto 10: “States Parties are required by article 2, paragraph 1, to respect and to ensure the Covenant rights to all persons who may be within their territory and to all persons subject to their jurisdiction. This means that a State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party”.

³⁰ Na Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das Suas Famílias, de 1990, que Portugal não ratificou, segue-se de perto a formulação do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, aplicando-se a “todos os trabalhadores migrantes e membros das suas famílias, *que se encontrem no seu território ou sujeitos à sua jurisdição*”, mas substituindo a conjunção copulativa do Pacto por uma disjuntiva: *ou*.

expressa ao território, solução semelhante à adotada no quadro da Convenção Europeia. O elemento territorial está presente, de modo especialmente marcado na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, no artigo 3º – onde pode ler-se: “Os Estados Partes condenam especialmente a segregação racial e o apartheid e obrigam-se a prevenir, a proibir e a eliminar, *nos territórios sob sua jurisdição*, todas as práticas desta natureza” (itálicos nosso). A Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Degradantes ou Desumanos (artigo 2º) determina o alcance das obrigações para os Estados Partes através de uma forma especialmente abrangente, estabelecendo-se no artigo 5º, uma pluralidade de elementos alternativos de conexão relevantes: (1) tratar-se de ação praticada “em qualquer território sob a sua jurisdição ou a bordo de uma nave ou navio registados nesse Estado”, (2) ser o autor da infração nacional do Estado-parte, (3) ser a vítima nacional do Estado-parte e entender este ser adequado chamar a si a competência para a apreciação dos factos³¹. Na linha do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, na Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres ou na Convenção para a Proteção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, não há preceitos que delimitem o respetivo âmbito de aplicação, mas nos respetivos Protocolos Facultativos, que preveem o direito de queixa aos Comitês, encontram-se cláusulas de jurisdição³².

Podemos, pois, concluir, que, nos instrumentos de proteção de direitos humanos, o âmbito de aplicabilidade dessas normas – quando se define expressamente - se delimita através de fórmulas diferentes, umas mais abrangentes – de que é expoente máximo a Convenção contra a Tortura – outras de modo mais restrito.

Estas cláusulas das convenções internacionais para proteção de direitos humanos existem, primeiramente, com o propósito de delimitar as obrigações internacionais dos Estados que decorrem da sua vinculação a tais instrumentos e, em segunda linha, servem também o objetivo de conter a atividade dos

³¹ Sobre estas, Manfred NOWAK e Elizabeth McARTHUR, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, Oxford University Press, 2008.

³² Artigo 2º do Protocolo Adicional à Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e artigo 1º do Protocolo Opcional à Convenção para a Proteção dos Direitos das Pessoas com Deficiência.

órgãos a quem compete garantir o respeito por tais instrumentos ao estrito domínio de aplicabilidade de tais convenções internacionais.

Importa, no entanto, ter presente que, para o problema que aqui nos convoca – saber se as normas de direitos fundamentais têm eficácia extra-territorial na ordem jurídica portuguesa –, essas fórmulas não têm um valor determinante. Não pode perder-se de vista que, a partir do momento em que o Estado Português se vincula a uma convenção internacional, esta passa a vigorar na ordem jurídica interna, por força do artigo 8º da Constituição e passa também a integrar o domínio das normas de direitos fundamentais, por força do artigo 16º da Constituição³³. Não teria sentido defender que os instrumentos internacionais de proteção pudessem ter um âmbito de aplicação mais restrito do que aquele que é garantido pelo princípio da universalidade no artigo 12º da Constituição.

No Direito da União Europeia, a abordagem ao problema é diferente. O instrumento especialmente vocacionado para a proteção de direitos fundamentais é a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, embora esta não esgote as obrigações da União em matéria de direitos fundamentais. O *standard* de proteção de direitos fundamentais da União inclui, além da Carta, a CEDH e as tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros³⁴. A vinculação a normas de direitos fundamentais, *maxime*, à Carta, no quadro da União Europeia é o resultado de um processo em que o alargamento progressivo da ação da União, quer diretamente, quer sobretudo através dos Estados-membros, veio tornar premente essa necessidade³⁵. Ora, esse

³³ A. Sofia Pinto OLIVEIRA, *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa – Âmbito de Proteção de um Direito Fundamental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 168-179; Ana Raquel MONIZ, *Os Direitos Fundamentais e a sua Circunstância – Crise e Vinculação Axiológica entre o Estado, a Sociedade e a Comunidade Global*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 217; Jónatas MACHADO, *Direito Internacional – Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 180.

³⁴ Artigo 6º do Tratado da União Europeia e artigo 53º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Sobre esta última, ver Mariana CANOTILHO, “Comentário ao artigo 53º”, in Alessandra Silveira e Mariana Canotilho (coords.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 606-624.

³⁵ Ver, neste sentido, entre outros, Martin Borowsky, “progressivamente, foram sendo acrescentando sempre novos objetivos e novas competência à União Europeia, que foi ganhando novas atribuições e competências a cada revisão dos Tratados. Este processo dinâmico teve como consequência o aumento dos perigos para os direitos e as liberdades dos cidadãos, como sucede, por exemplo, em consequência da cooperação em matéria penal. Na prática, não existem ‘secteurs exclus’, nenhum domínio da vida está totalmente excluído dos poderes de Bruxelas. Este aumento de poder exige que se imponham limites” (tradução nossa). Martin BOROWSKY, “Die Grundrechtecharta als normatives Fundament der Europäischen Union”, in AAVV, *Die Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon*, Verlag für Sozialwissenschaften, 2010, p. 148.

alargamento tem tido, ao longo do tempo, dimensões e direções diversas. Uma delas é a territorial. Há diversos domínios em que a União Europeia atua com pretensões de extraterritorialidade. São exemplos disso a área das pescas³⁶, das alterações climáticas³⁷ ou mesmo da proteção de dados pessoais³⁸. Sempre que, num dado domínio, o Direito da União Europeia se aplique extraterritorialmente, a Carta também se aplica³⁹. A simplicidade desta afirmação é aparente. Como a jurisprudência do Tribunal de Justiça bem evidencia, é muito difícil determinar se e quando os Estados aplicam o Direito da União, logo, também o âmbito de aplicação da Carta permanece envolto em dúvidas.

No que à Carta diz respeito, o que importa reter é o seguinte: a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia é aplicável ao Estado Português, bem como a todos os Estados-membros da União apenas quando – mas sempre que – estes apliquem o Direito da União Europeia. Sempre que haja aplicação extraterritorial do Direito da União Europeia, a Carta projetará também a vinculação da Carta no mesmo plano. As dificuldades inerentes à determinação do âmbito de aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – resultantes do artigo 51º da Carta e da interpretação errática que dele é feita pelo Tribunal de Justiça da União Europeia – não nos parece que assumam aqui assinaláveis diferenças. Sendo o elemento de conexão com a Carta o Direito da União Europeia, a dificuldade é – aqui como noutros casos – a identificação do domínio de aplicação do Direito da

³⁶ O Tribunal de Justiça, no caso *Kramer*, entendeu que “embora o artigo 5.º do Regulamento n.º 2141/70 apenas seja aplicável a uma zona de pesca geograficamente delimitada, resulta contudo do artigo 102.º do acto de adesão, do artigo 1.º do referido regulamento e, aliás, da própria natureza das coisas, que a competência regulamentar *ratione materiae* da Comunidade é igualmente extensiva — na medida em que uma competência análoga pertence aos Estados por força do direito internacional público — à pesca de alto mar”. Acórdão do Tribunal de Justiça *Kramer*, de 14 de junho de 1976, processos 3/76, 4/76 e 6/76, § 30.

³⁷ Nesta área, a legislação da União é bastante expansiva, aplicando-se, por exemplo, a legislação que limita a emissão de gases para a aviação civil em voos procedentes de fora da União e aterrando na União e vice-versa. Quando companhias aéreas americanas suscitaram o problema da eventual incompatibilidade de tais imposições à luz do direito internacional, a resposta do Tribunal de Justiça foi no sentido de afirmar a extraterritorialidade do direito da União. Acórdão do Tribunal de Justiça, *ATA*, de 21 de dezembro de 2011, processo C-366/10, §§ 124-129.

³⁸ Ver, sobre esta, a tese de doutoramento, apresentada na Universidade Nova de Lisboa, por Maria da Graça Canto MONIZ, *A Extraterritorialidade do Regime Geral de Proteção de Dados Pessoais da União Europeia: Manifestações e Limites*, 2018, policopiada.

³⁹ Violeta MORENO-LAX e Cathryn COSTELLO, “Extraterritorial Application of the EU Charter of Fundamental Rights: From Territoriality to Facticity, the Effectiveness Model”, in Steve Peers *et al.* (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, Oxford, Hart, 2014, pp. 1657-1683.

União. Uma vez assumido este, a Carta seguirá o Direito da União como sua sombra⁴⁰. Nenhuma atividade extraterritorial regulada pelo Direito da União Europeia deverá escapar às obrigações que decorrem da Carta.

3. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

A jurisprudência do TEDH foi a que mais intensamente se ocupou com o problema da eficácia extraterritorial dos direitos fundamentais⁴¹ (sendo até, em muitos Estados, os casos surgidos em instâncias domésticas reflexos diretos de decisões do Tribunal de Estrasburgo⁴²).

O primeiro conjunto de casos suscitados neste domínio referiram-se à violação de direitos previstos na Convenção por parte da Turquia no território do Norte do Chipre ocupado pelas autoridades turcas – ocupação não reconhecida do ponto de vista do Direito Internacional⁴³. A Turquia usou sempre como argumento de defesa perante o Tribunal a circunstância de não haver competência *ratione loci* para apreciar eventuais violações de direitos humanos aí cometidas, porque não haviam sido cometidas em território nacional turco, pelo que entendia que não podia ser responsabilizada por atos aí praticados³⁴⁴. A posição do Tribunal sempre foi, no entanto, no sentido de entender que a Alta Parte Contratante (no caso, a Turquia) está obrigada a garantir os direitos previstos na Convenção “a toda a pessoa que

⁴⁰ Retomamos aqui a famosa expressão de Koen LENAERTS e José Antonio GUTIERREZ-FONS, nos termos da qual a Carta é a “shadow” of substantive EU rules”. Ver dos autores, “The constitutional allocation of powers and general principles of EU law”, *Common Market Law Review*, vol. 47, 2010, p. 1568.

⁴¹ Para essa visão abrangente, leia-se Bernardette RAINEY *et al.*, *Jacob, White & Ovey, The European Convention on Human Rights*, 6ª edição, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 89-97 e, de forma mais sucinta, David HARRIS *et al.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, 3ª edição, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 99-102.

⁴² É especialmente notório a este respeito o caso do Reino Unido, que já referimos *supra*.

⁴³ Acórdãos *Loizidou contra a Turquia*, objeções preliminares, nº 15318/89, de 23 de março de 1995; *Chipre contra a Turquia*, [GC], nº 25781/95, 10 de maio de 2001; *Manitaras e Outros contra a Turquia*, (dec.), nº 54591, 3 de junho de 2008.

⁴⁴ Decisão da Comissão Europeia dos Direitos Humanos, no caso *Chipre contra a Turquia*, processo nº 25781/94, de 28 de junho de 1996. Usamos aqui a tradução feita por Maria da Assunção Vale PEREIRA, “Relações entre a Convenção e o direito internacional humanitário”, in Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, volume I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019, p. 287.

releve efetivamente da sua autoridade e da sua responsabilidade, quer essa autoridade se exerça no seu território quer no estrangeiro⁴⁵.

O segundo conjunto de casos envolve ação militar fora do território nacional⁴⁶.

O acórdão *Bankovic* é, normalmente, referido como um marco a este propósito. Em 1999, seis nacionais da República Federal da Jugoslávia apresentaram queixa contra a Bélgica, a República Checa, a Dinamarca, a França, a Alemanha, a Grécia, a Hungria, a Islândia, a Itália, o Luxemburgo, a Holanda, a Noruega, a Polónia, Portugal, Espanha, Turquia e Reino Unido – Estados que são, simultaneamente membros da NATO e partes na CEDH⁴⁷. Os factos que motivaram esta ação junto do TEDH foram os seguintes. Na sequência da crise do Kosovo, a 23 de março de 1999, a NATO anunciou que iria lançar uma operação militar no território da antiga Jugoslávia. A 23 de abril de 1999, às duas da manhã, um míssil lançado a partir de um avião da NATO atingiu o edifício da Radiotelevisão sérvia, em Belgrado. O bombardeamento provocou dezasseis mortos e dezasseis feridos graves, tendo matado familiares diretos de cinco dos requerentes e ferido o sexto⁴⁸.

A queixa fundava-se, pois, na violação dos artigos 2º (direito à vida), 10º (liberdade de expressão) e 13º (direito ao recurso efetivo), todos da CEDH. A grande questão que foi tratada neste acórdão prende-se com o artigo 1º da Convenção, no qual se basearam os Estados demandados, ou seja, invocaram que os requerentes e os seus familiares falecidos não se encontravam sob a jurisdição daqueles Estados. A Comissão veio a considerar, num acórdão de 12 de dezembro de 2001, que, em princípio, a competência, a “jurisdição” de um Estado, para este fim, se determina pelo respetivo território – “o artigo 1º da Convenção deve ser reconhecido como refletindo essa noção comum e essencialmente territorial de jurisdição, sendo outras bases de jurisdição

⁴⁵ Decisão da Comissão Europeia dos Direitos Humanos, no caso *Chipre contra a Turquia*, processo nº 25781/94, de 28 de junho de 1996. Usamos aqui a tradução feita por Maria da Assunção Vale PEREIRA, “Relações entre a Convenção e o direito internacional humanitário”, *op. cit.*, p. 287.

⁴⁶ A estes acórdãos se dedica extensamente Maria da Assunção Vale PEREIRA, “Relações entre a Convenção e o direito internacional humanitário”, *op. cit.*, pp. 289-308.

⁴⁷ Acórdão do TEDH, *Bankovic e Outros contra Bélgica e Outros* (dec) [GC], nº 52207/99, 12 dezembro 2001.

⁴⁸ Ver também, sobre esta decisão, entre nós, Dulce LOPES, “A jurisdição extraterritorial dos Estados: entre a tradição e modernidade”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, volume I, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 1089-1090.

excepcionais e exigindo especial justificação nas circunstâncias particulares de cada caso⁴⁹. Na perspetiva da Comissão, só há exercício extraterritorial da competência de um Estado se houver controlo efetivo sobre um território situado além das fronteiras do Estado e sobre os seus habitantes, em situação de ocupação militar ou em virtude de consentimento dos governos locais⁵⁰. A Comissão deu razão aos Estados e afirmou que não existia ligação relevante para efeitos de aplicação da Convenção entre as vítimas dos bombardeamentos e os Estados demandados⁵¹. Consequentemente, considerou a queixa inadmissível, não tendo procedido à análise do seu mérito. Esta decisão mereceu duras críticas⁵².

Mais tarde, o TEDH foi confrontado com várias queixas apresentadas na sequência da invasão do Iraque pelos Estados Unidos da América, em 2003, no âmbito da chamada Guerra Global contra o Terrorismo, lançada após o ataque às Torres Gémeas, em Nova Iorque, de 11 de setembro de 2001, e em que o Reino Unido também interveio militarmente. A Coligação que efetuou essa invasão destituiu o governo de Saddam Hussein e assumiu a administração provisória no território, dividindo-o em várias regiões e tendo o Reino Unido assumido a zona sul. No acórdão *Al-Skeini*, os autores da queixa ao TEDH⁵³ foram seis iraquianos, cujos familiares haviam sido mortos por militares britânicos - em circunstâncias que, no entender dos autores das queixas, familiares das vítimas, o Reino Unido não apurara devidamente - o que constituiria uma violação do artigo 2º da CEDH, onde o direito à vida se encontra previsto.

O Reino Unido defendeu-se desta queixa perante o TEDH, invocando a jurisprudência *Bankovic*, nos termos da qual o dever de os Estados

⁴⁹ Acórdão do TEDH, *Bankovic e Outros contra Bélgica e Outros* (dec) [GC], nº 52207/99, 12 dezembro 2001, § 61. Mais uma vez nos valemos da tradução de Maria da Assunção Vale PEREIRA, “Relações entre a Convenção e o direito internacional humanitário”, *op. cit.*, p. 290.

⁵⁰ Acórdão do TEDH, *Bankovic e Outros contra Bélgica e Outros* (dec) [GC], nº 52207/99, 12 dezembro 2001, § 71.

⁵¹ Acórdão do TEDH, *Bankovic e Outros contra Bélgica e Outros* (dec), § 82.

⁵² Entre nós, Maria da Assunção Vale PEREIRA, “Relações entre a Convenção e o direito internacional humanitário”, *op. cit.*, pp. 290-292. Ver também Rick LAWSON, “Life after Banković: On the extraterritorial application of the European Convention on Human Rights”, in Fons Coomans e Menno Kamminga (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Antuérpia, Intersentia, 2004, pp. 83-124. O autor defende que deve haver responsabilização do Estado por danos além-fronteira sempre que se consiga estabelecer uma relação de causalidade entre a ação do Estado e os danos sofridos por outrem - nacional ou estrangeiro - além-fronteiras.

⁵³ Acórdão do TEDH, *Al-Skeini e Outros contra o Reino Unido* [GC], nº 55721, 7 de julho de 2011.

garantirem os direitos previstos na CEDH se projeta, primariamente, no respetivo território e só excepcionalmente vai além deste⁵⁴. Ora, segundo o Reino Unido, em nenhum momento foi exercido controlo pleno e exclusivo sobre nenhuma parte do território iraquiano⁵⁵. O TEDH entendeu, porém, que, “após o derrube do regime baathista e até à instauração do governo interino, o Reino Unido assumiu no Iraque (juntamente com os Estados Unidos) certas prerrogativas de poder público que são normalmente as de um Estado soberano, em particular o poder e a responsabilidade da manutenção da segurança no sudeste do país”⁵⁶. Consequentemente, exerceu poder e controlo sobre os familiares dos autores da queixa, vindo a concluir que o Reino Unido estava efetivamente obrigado pela Convenção a uma investigação completa e independente quanto às circunstâncias daquelas mortes – como o exige o artigo 2º da Convenção – e que, em relação a cinco dos seis queixosos, aquela não fora efetivamente feita⁵⁷.

Num terceiro tipo de casos, temos situações em que a ação externa do Estado visa a prevenção e repressão de crimes. Assim sucedeu no caso que deu origem ao acórdão *Medvedyev e outros contra a França*⁵⁸.

Em 2002, um grupo de nove pessoas de nacionalidades diferentes apresentou uma queixa junto do Tribunal de Estrasburgo contra a França. Os nove autores da queixa eram membros da tripulação de um barco registado no Camboja e existia a suspeita de que o barco estava a ser usado para o transporte de grandes quantidades de droga, que teriam como destino a Europa. Depois de um conjunto de diligências diplomáticas, a França decidiu avançar com uma fragata da Marinha com o objetivo de interceptar e inspecionar o barco suspeito. A Marinha francesa encontrou a embarcação ao largo de Cabo Verde. Nesse momento dá-se um conjunto de peripécias - entre outras

⁵⁴ Acórdão do TEDH, *Al-Skeini e Outros contra o Reino Unido* [GC], nº 55721, 7 de julho de 2011§109.

⁵⁵ Na mesma linha, haviam decidido os tribunais britânicos previamente, conforme é relatado no próprio acórdão, §§ 72-87.

⁵⁶ Acórdão do TEDH, *Al-Skeini e Outros contra o Reino Unido* [GC], nº 55721, 7 de julho de 2011, § 149, tradução retirada de Maria da Assunção Vale PEREIRA, “Relações entre a Convenção e o direito internacional humanitário”, *op. cit.*, p. 293.

⁵⁷ Acórdão do TEDH, *Al-Skeini e Outros contra o Reino Unido* [GC], nº 55721, 7 de julho de 2011, § 177. Este acórdão e a jurisprudência nele firmada foi também seguida nos acórdãos *Al-Sadoon e Mufidhi contra o Reino Unido*, nº 61498/08, de 2 de março de 2010; *Al-Jedda contra o Reino Unido* [GC], nº 27021/08, 7 de julho de 2011, *Hassan contra o Reino Unido*[GC], nº 29750/09, 16 de setembro de 2014.

⁵⁸ Acórdão do TEDH, *Medvedyev e outros contra a França*, [GC], nº 3394/03, de 23 de março de 2010.

reações, a tripulação atira ao mar um conjunto de pacotes, um dos quais foi recuperado pela França e continha 100 quilos de cocaína – e a França consegue que a embarcação pare, consegue entrar a bordo e inspecioná-la. Usam armas de fogo para abrir portas cerradas e, perante a desobediência de um dos membros da tripulação, disparam um tiro de aviso para o chão, que faz ricochete e vem a ter como resultado a morte do tripulante. A tripulação foi depois obrigada pela Marinha francesa a recolher às cabines da embarcação suspeita e seguiu viagem até ao porto francês de Brest, sempre escoltada pela Marinha francesa. A viagem durou 13 dias. O TEDH considerou, unanimemente, que, durante esses treze dias que a viagem durou, os tripulantes estiveram detidos sob autoridade francesa. O Tribunal considerou também, por maioria, que essa detenção foi ilegal e contrária ao artigo 5º da CEDH – mas essa é uma questão que agora não nos ocupa. O importante é sublinhar que o acórdão do TEDH, fazendo apelo à decisão *Bankovic* e ao conceito de “full and exclusive control”, único capaz de justificar a aplicação extraterritorial das normas da Convenção, considerou que os tripulantes da embarcação suspeita estiveram, efetivamente, sob controlo completo e exclusivo das autoridades francesas.

Um quarto tipo de casos – que tem uma argumentação muito próxima deste, mas um alcance diferente, uma vez que envolve ação de controlo das fronteiras – surgiu, inicialmente, com a decisão histórica no acórdão *Hirsi Jamaa e Outros contra a Itália*⁵⁹.

Onze somalis e treze eritreus, parte de um grupo de duzentos indivíduos saíram, em maio de 2009, da Líbia em direção à ilha de Lampedusa, em Itália, em três pequenas embarcações. Quando estavam a 35 milhas do seu destino, foram intercetados por barcos da Marinha italiana, foi feito o seu transbordo para os navios militares italianos e levados de volta a Trípoli. Durante a viagem, os seus pertences pessoais foram confiscados e nunca foram informados do destino da viagem. A viagem demorou dez horas. Em Trípoli foram forçados a abandonar os navios e foram entregues às autoridades líbias. Esta operação, designada operação de *push-back*, tinha como objetivo impedir movimentos de migração irregulares, para a Europa e resultaram de um Acordo de cooperação celebrado entre as autoridades líbias e italianas.

⁵⁹ Acórdão do TEDH, *Humanos Hirsi Jamaa e Outros contra a Itália* [GC], nº 27765/09, de 23 de fevereiro de 2012.

Os onze somalis e treze eritreus apresentaram queixa contra a Itália, considerando que esta violou alguns direitos previstos na CEDH: ao entregar as pessoas às autoridades líbias sem verificar a situação de cada um pode ter contribuído para sujeitar aquelas pessoas a tortura ou a penas ou tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, na Líbia ou mesmo na Eritreia ou na Somália, já que a Líbia poderia determinar a expulsão destes estrangeiros do seu território – esta situação poderia configurar uma violação do artigo 3º da CEDH –; ao entregar estas pessoas sem uma análise da situação pessoal de cada uma estaríamos ainda perante uma situação de expulsão coletiva de estrangeiros, proibida face ao artigo 4º do Protocolo Quarto à CEDH; o modo como a operação fora conduzida tinha inviabilizado o direito a um recurso efetivo, previsto ao artigo 13º da CEDH.

O Estado italiano defendeu-se, para o que aqui agora nos ocupa, com o seguinte argumento: as autoridades italianas limitaram-se a intervir para ajudar três embarcações em dificuldades e para garantir a segurança das pessoas a bordo. A intervenção durou 10 horas, não foi usada violência, força ou armas, não pode afirmar-se que as pessoas estivessem sob controlo das autoridades italianas, para se considerar aplicável a CEDH, nos termos do artigo 1º.

Assim não entendeu o Tribunal, que considerou que, apesar de os acontecimentos se terem passado em alto mar, aconteceram a bordo de navios militares italianos, cuja tripulação eram agentes militares italianos, pelo que os autores da queixa estavam, efetivamente, sob controlo exclusivo da Itália, *de iure e de facto*⁶⁰. Esta decisão teve muitas e graves implicações e impõe limites à externalização de controlos migratórios⁶¹.

Em 5 de maio de 2020, o TEDH proferiu novo acórdão sobre matéria afim, sobre um caso em que uma família de Aleppo se dirige em agosto de 2016 à embaixada da Bélgica de Beirute para pedir a emissão de vistos que

⁶⁰ Acórdão do TEDH, *Hirsi Jamaa e Outros contra a Itália* [GC], nº 27765/09, de 23 de fevereiro de 2012, §§ 76-82.

⁶¹ A isso mesmo se referiu o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque na declaração que após ao acórdão: “Thus the full range of conceivable immigration and border policies, including denial of entry to territorial waters, denial of visa, denial of pre-clearance embarkation or provision of funds, equipment or staff to immigration-control operations performed by other States or international organisations on behalf of the Contracting Party, remain subject to the Convention standard. They all constitute forms of exercise of the State function of border control and a manifestation of State jurisdiction, wherever they take place and whoever carries them out State jurisdiction over immigration and border control naturally implies State liability for any human rights violations occurring during the performance of this control”.

permitted this family to travel in a regular manner to Europe, in the case of Belgium, in order to escape the risks that permanent residence in Aleppo implies⁶². A case in every way similar to that which was the object of the decision, in the matter of a prejudicial referral, by the Court of Justice of the European Union. The requests are refused, in September 2016, and the family, after the question has been discussed in the Belgian courts, having confirmed the administrative decision, presents a complaint to the TEDH on the grounds that such refusal exposes the family to treatments contrary to article 3 of the CEDH and also on the grounds that they did not have the right to an effective remedy, guaranteed by article 13 of the CEDH⁶³. The TEDH held that the circumstance of going to an embassy to request a visa does not create a “jurisdictional link”⁶⁴, in that there was no place for the application of the CEDH in this case, being an inadmissible complaint.

There are processes pending at the TEDH which raise new questions in this domain.

The jurisprudence of the TEDH interprets article 1 of the Convention as meaning that, in principle, the competence of States is exercised, in full, in their respective territory. Only exceptional circumstances (adjective introduced in this context by the case *Banković*) permit the application of the Convention to acts of States practiced across frontiers, being for this necessary to prove that there existed effective control over a parcel of foreign territory (as in the cases of Cypriots or in the case *Al-Skeini*) or that there existed a total subjection of the individual to the authorities of foreign States (as in the cases *Medvedev* and *Hirsi Jamaa*)⁶⁵.

⁶² Acórdão do TEDH, *M.N. e Outros contra a Bélgica* (dec.), nº 3599/18, de 5 de maio de 2020.

⁶³ Foi também invocado o artigo 6º da Convenção, tendo este sido afastado por não estar em causa uma questão cível. Acórdão do TEDH, *M.N. e Outros contra a Bélgica* (dec.), nº 3599/18, §§ 136-142

⁶⁴ Acórdão do TEDH, *M.N. e Outros contra a Bélgica* (dec.), nº 3599/18, §88.

⁶⁵ Desenvolvendo doutrinariamente os modelos de eficácia extraterritorial dos direitos humanos à luz da Convenção ver os estudos de Rick LAWSON, “Life after Banković: On the extraterritorial application of the European Convention on Human Rights”, in Fons Coomans e Menno Kamminga (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Antuérpia, Intersentia, 2004; Marko MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2011; e Violeta MORENO-LAX, “The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control – On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the ‘Operational Model’”, *German Law Journal*, 2020, pp. 385-416.

4. Algumas reflexões em jeito de conclusão

Apresentado o problema e o quadro normativo relevante e feita esta incursão pela jurisprudência do TEDH – e pelos casos que revelam o alcance prático do tema –, é chegado o momento de ensaiar a apresentação de conclusões quanto à eficácia extraterritorial dos direitos fundamentais na ordem jurídica portuguesa

A norma chave para apreciar a possível titularidade de direitos fundamentais por pessoas que não se encontram fisicamente no território português é o princípio da universalidade, previsto no artigo 12º da Constituição. Por força deste princípio, a Constituição, na interpretação que dele é feita pela generalidade dos autores e que atribui um sentido lato à expressão “todos os cidadãos”, abre-se à possibilidade de qualquer pessoa em qualquer lugar poder invocar direitos fundamentais perante o Estado Português. Para que tal seja possível, é necessário que existam elementos, factos ou circunstâncias que liguem essa pessoa ao Estado nacional, pois, também no domínio dos direitos fundamentais, qualquer norma é inaplicável aos factos que com ela não têm qualquer conexão⁶⁶. Sendo o território ainda a referência fundamental na definição do âmbito de aplicabilidade, para que possa haver eficácia extraterritorial das normas de direitos fundamentais, tem de estabelecer-se aquela conexão através de outros elementos.

As obrigações de direitos fundamentais decorrentes dos instrumentos de direito internacional a que Portugal se vinculou – no quadro de diferentes organizações internacionais – também seguem a atuação do Estado português, onde quer que este se manifeste. Ainda que os órgãos que monitorizam o cumprimento dessas obrigações internacionais – como o TEDH ou os diferentes Comités das Nações Unidas – tenham decisões que limitam a aplicação extraterritorial das suas normas, do ponto de vista do Direito Português, as normas internacionais que reconhecem direitos fundamentais fazem, por força do artigo 8º da Constituição, parte do Direito Português e, dada a abertura do artigo 16º da Constituição, quer no seu nº 1, quer no nº 2, integram também o conjunto das normas de direitos fundamentais,

⁶⁶ João Baptista MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 1998, p. 14.

devido, por isso, o respetivo âmbito de aplicação respeitar o princípio da universalidade.

No artigo 14º da Constituição, que estende o âmbito de titularidade dos direitos fundamentais aos portugueses que se encontrem no estrangeiro, a Constituição tem um primeiro (e único) elemento textual de reconhecimento de extraterritorialidade aos direitos fundamentais. A Constituição prescinde da conexão territorial por considerar suficiente a conexão pessoal de um cidadão ao Estado da sua nacionalidade. E este vínculo pessoal é tão forte que o Estado português tem aqui não só obrigações de respeito pelos direitos dos Portugueses no estrangeiro, como tem também deveres de proteção em relação a tais cidadãos – excluindo-se apenas a possibilidade de exercício dos direitos que sejam incompatíveis com a ausência do país.

Pode haver situações em que o vínculo de nacionalidade não exista, mas, ainda assim, haja uma conexão pessoal relevante com o Estado Português que permita a invocação perante este de direitos fundamentais. A jurisprudência do Tribunal Constitucional tem lidado já com situações em que a pertença à comunidade política portuguesa, a nacionalidade, é um vínculo pretérito, não atual, e ainda assim se reconhece que existe um mínimo de conexão que justifica a aplicação dos direitos fundamentais previstos na ordem jurídica portuguesa⁶⁷. O vínculo pessoal pode, pois, subsistir mesmo após a perda da nacionalidade. Outras situações, como, por exemplo, relações de parentesco, permitem pensar que um não-nacional, filho, pai/mãe, cônjuge de cidadão, possa também invocar direitos fundamentais perante o Estado português, nomeadamente (mas não exclusivamente) os que se referem à proteção da família.

O artigo 15º da Constituição não deve ser interpretado como excluindo a possibilidade de estrangeiros não presentes fisicamente no Estado Português serem titulares de direitos fundamentais. O princípio da equiparação ou do tratamento nacional só pode ser aplicado, em toda a extensão que aquele artigo permite, aos estrangeiros que se encontrem em Portugal. Tal não significa que o Estado português não tenha deveres para com outros não-nacionais, não-residentes e não-presentes em território nacional. Pode haver elementos

⁶⁷ Neste sentido, em particular, os acórdãos do Tribunal Constitucional Português nº 365/2000, de 5 de julho, e nº 423/2001, de 9 de outubro.

de conexão relevantes que possam ser acionados perante circunstâncias concretas e que permitam a invocação de direitos fundamentais por parte de estrangeiros que não cumpram a condição de presença no território nacional.

O artigo 18º da Constituição vincula as entidades públicas aos “preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias”. Em face desta vinculação – ampla e incondicionada – não pode ser aceite uma interpretação das normas de direitos fundamentais que permita aos poderes estaduais portugueses perpetrar violações de direitos fundamentais fora do território português que não poderiam praticar no interior do território. Se os Estados são atores mais móveis, que projetam atos de execução das suas políticas públicas além-fronteiras, essa mobilidade deve ser acompanhada pelo reconhecimento da eficácia extraterritorial dos direitos fundamentais.

PERSPETIVAS DO DIREITO DAS AUTONOMIAS LOCAIS

António Cândido de Oliveira
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.9>

Esta lição foi proferida em 10 de Novembro de 2017 e nunca foi publicada, porque ficou à espera de uma revisão que não fiz. Este livro em memória de Benedita Mac Crorie levou-me a visitar o texto e a fazer a publicação com o assentimento das coordenadoras. Mantenho a versão da data em que foi proferida, ainda que com alterações que resultam principalmente de algumas reflexões.

No entanto, a reflexão maior de que dou testemunho tem tudo a ver com a partida prematura da Benedita. Trata-se de saber o que estamos a fazer neste mundo e tempo em que nos é dado viver e pensar. A tentação maior é dizer que a vida é assim e o que temos a fazer é lidar com a realidade e ir em frente. Mas a grande interrogação acompanha-nos e apenas uma coisa me parece certa: temos o dever de lutar por um mundo menos injusto, com menos sofrimento. Quanto ao resto, quanto às injustiças que nos ultrapassam, que estão fora do nosso alcance, confio que, no fim, não sabendo ao certo de que modo, a Justiça triunfe e com ela a Alegria que tão humana é e tanto ambicionamos.

1. O tema desta lição tem origem no último capítulo do livro *Direito das Autarquias Locais*, 2ª edição, publicado em 2013. Um capítulo muito breve que aproveito para desenvolver um pouco.

Antes de entrar em matéria permitam-me que comece por fazer dois brevíssimos apontamentos, desenvolvendo mais o segundo. O último capítulo do livro intitula-se “Perspetivas do Direito das Autarquias Locais” e agora modifico para “Perspetivas do Direito das Autonomias Locais”. Explicarei adiante porquê. O segundo apontamento é este: não é possível olhar para o futuro do direito das autonomias locais sem ter presente os perigos que as ameaçam hoje.

Esses perigos são gerais e são aqueles que dizem respeito à fragilidade da nossa civilização, da democracia e do Estado de Direito. Damos como assente o progresso contínuo da civilização e, no entanto, basta estar com um pouco de atenção para temer a barbárie. Basta olhar para certos movimentos político-religiosos, para situações de guerra e de fome em vastas zonas do globo e basta olhar para líderes de diversos países do nosso planeta, alguns deles eleitos por métodos democráticos, para poder afirmar que não é segura a Paz, que a barbárie é possível. Perigo que aumenta ainda mais quando muitas vezes a tendência é a de responder aos extremismos com extremismos, caminho seguro para pôr em perigo a Paz.

No que respeita à democracia perdemos a ideia de que ela não se esgota no voto, no poder da maioria e antes assenta no respeito dos direitos fundamentais da pessoa. Sem o respeito destes de todos eles (e não só de alguns) a democracia está por fazer, quando muito está em construção. A democracia precisa de movimento. Parada, estagna, envelhece e morre. E tenha-se sempre presente que não é a vontade da maioria o princípio maior da democracia. O princípio maior da democracia é o respeito e luta pela dignidade da pessoa, de todas e cada uma das pessoas.

Inseparável da democracia é o Estado de Direito, esse Estado que está expresso na Constituição da República Portuguesa de 1976 e que diz logo no seu artigo 1º que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

O Estado de Direito não é, pois, um qualquer Estado, isto é, um ente público constituído por povo, território e órgãos de soberania. Ele é aquele Estado que acolhe não só os direitos fundamentais, mas também o princípio

da separação dos poderes. O Estado de Direito não se atinge nem de um modo completo, nem definitivo, estamos sempre em busca. Se perdermos a consciência destas fragilidades, destes perigos, estamos mais próximos da destruição destes bens civilizacionais que acabamos de mencionar depois de lutas de séculos, com avanços e recuos nomeadamente no nosso país que vai rapidamente a caminho dos 200 anos da implantação do liberalismo que anunciava na sua matriz francesa a “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”.

2. Entremos então, em matéria. As autonomias locais estão consagradas em sede de princípios fundamentais da nossa Constituição que, depois de afirmar Portugal como um Estado unitário (não federal) estabelece para além da autonomia regional (a dos arquipélagos dos Açores e da Madeira), o princípio da “autonomia das autarquias locais”.

Repare-se que em vez de princípio da autonomia das autarquias locais, a Constituição poderia estabelecer o princípio da autonomia dos entes locais ou das comunidades locais ou ainda simplesmente o princípio da “autonomia local” se não tivesse acolhido o conceito de “autarquias locais”.

O conceito das autarquias locais foi introduzido no nosso ordenamento jurídico apenas pela Constituição de 1933 e integrado no Código Administrativo de 1940. Até então as freguesias e os municípios, bem como os distritos, eram denominados “corpos administrativos”.

Autarquias locais é um conceito desenvolvido na Itália durante o fascismo, considerando-se que não implicava a obrigatoriedade de eleição dos órgãos e que foi trazido para Portugal. A Itália abandonou-o quando abraçou a democracia, no fim da segunda Guerra, substituindo a expressão “autarquias” por “autonomias” locais e denominando os municípios e as províncias de “entes locais”. O debate na Assembleia Constituinte italiana é muito elucidativo a este propósito¹ e não mais se usou a expressão autarquias locais.

Em Portugal deveríamos ter seguido o mesmo caminho até porque autarquia é uma palavra que evoca auto-poder, auto-suficiência e não poder democrático e o saudoso Professor Barbosa de Melo insurgia-se contra a palavra autarca aplicada aos eleitos dos municípios e freguesias, dizendo com

¹ Enrico GUSTAPANE, “‘Autarchia’ – Profilo Storico di un termine giuridico in disuso”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, anno XXX, 1980, p. 208.

humor que autarca era o “autarca da Galileia” que de democrata nada tinha. Eleitos, eleitos locais era o nome adequado.

Verdade é que praticamente toda a gente utiliza a palavra autarca, que a expressão autarquias locais é de uso corrente e tem apoio na Constituição e por isso talvez não valha a pena encetar aqui uma luta contra esta designação. Basta ficar com esta chamada de atenção e utilizar sempre que possível a expressão eleitos locais em vez de autarcas (não custa nada) e começar a falar de entes locais em vez de autarquias locais.

Mas há aqui outro problema que não deve ser ignorado. A Constituição no importante capítulo dedicado ao poder local depois de dizer no seu artigo 235º que a organização democrática do Estado compreende a existência de autarquias locais enumera as seguintes categorias destas: as freguesias, os municípios e as regiões administrativas.

Ora há aqui um salto que importa ter em atenção. Se é verdade que os municípios e freguesias se situam no âmbito do que consideramos local já custa considerar local o que é claramente regional. Os Professores Gomes Canotilho e Vital Moreira chamam a atenção para esse aspecto na sua Constituição Anotada.

Em bom rigor, a Constituição consagra o poder local em todo o território nacional através dos municípios e freguesias e consagra o poder regional por dois modos: sob uma forma aprofundada, envolvendo poder legislativo, nos arquipélagos dos Açores e da Madeira, dadas as características destes arquipélagos, e sob uma forma meramente administrativa no território do continente.

Mas deixemos de lado questões que, apesar de tudo, são relativamente secundárias. O essencial é que o nosso Estado de direito é constitucionalmente um Estado descentralizado.

3. O poder, nomeadamente o poder administrativo não está centralizado no Governo da Nação, mas pertence também aos municípios e freguesias em todo o território nacional e às regiões autónomas nos Açores e na Madeira e pertencerá às regiões administrativas no Continente quando e se vierem a existir.

Ora qual a razão desta descentralização, destas autonomias? A razão parece-me óbvia. Portugal, o nosso país, tem milhões de problemas político-administrativos para resolver com diferente dimensão territorial.

Há, de entre eles, problemas que são de natureza predominantemente local. O problema de um caminho vicinal que está mal cuidado, a abertura de uma rua, o arranjo de um passeio com buracos, uma fuga accidental de água na rede de abastecimento domiciliário de uma cidade não são problemas nacionais.

Há, por outro lado, problemas claramente de âmbito nacional como a rede de auto-estradas e a construção de grandes portos e aeroportos para nos mantermos no campo das infra-estruturas.

Mas não se esgotam aqui os problemas do nosso país, pois há também os que são de âmbito regional. Problemas que são supralocais e infranacionais e o nosso país é abundante neles, pois é muito diverso de norte a sul.

Estes problemas que são assuntos da nossa administração pública, ou seja, que resultam da actividade administrativa obrigam a pensar no melhor modo de os gerir.

E tudo seria fácil se houvesse a possibilidade de identificar claramente os assuntos locais, os assuntos regionais e os assuntos nacionais da nossa administração, Atribuir-se-iam os assuntos locais aos entes locais (municípios e freguesias), os assuntos regionais às regiões administrativas e os assuntos nacionais ao aparelho do Estado-Administração, tendo como órgão superior o Governo da República.

É hoje claro, entretanto, que não há assuntos puramente locais, regionais ou nacionais. Todos os problemas de administração pública de relevo têm em maior ou menor medida uma dimensão local, regional e nacional e devem ser abordados, tendo bem consciência desse facto.

Tomemos, como exemplo. a educação. A educação é um assunto da administração pública muito amplo e complexo que envolve nomeadamente uma rede escolar adequada, cobrindo todo o país, com professores devidamente qualificados e programas cuidadosamente elaborados. A complexidade ainda aumenta quando inserimos também aqui o ensino superior e a investigação que o alimenta.

Não podemos, pois, atribuir, como sucedia no século XIX, a educação básica, a tarefa de ensinar a ler, contar e escrever, aos municípios e até

freguesias que cuidariam de encontrar um professor (pelo menos com os conhecimentos mínimos), um local para ensinar (que poderia ser até um espaço da casa deste) e que arcariam com a despesa daí resultante. Tudo era bem simples e já seria muito bom se fosse levado a bom termo, mas sabemos que tal não sucedeu e o analfabetismo entrou bem dentro até à segunda metade do século XX. A educação só se expandiu, fazendo diminuir drasticamente o analfabetismo quando o Governo chamou a si a construção de uma rede de escolas primárias, cobrindo todo o país, formou professores em escolas próprias (escolas do magistério), tornou o ensino obrigatório para as crianças a partir dos sete anos e elaborou e pôs em execução os programas das diversas disciplinas que entendeu deverem ser lecionadas e finalmente ordenou exames nacionais para que houvesse igualdade e exigência na obtenção de graus de conhecimento. Também chegou a ampliar o ensino obrigatório de quatro para seis anos. Tudo isto estava fundamentalmente nas mãos do Estado e de acordo com a natureza do Estado não democrático de então, as competências dos municípios eram mínimas.

Quando surgiu o Estado de Direito democrático o essencial como o ensino obrigatório, a formação de professores, a construção de escolas, elaboração de programas e os exames nacionais não mudou e antes se ampliou com o alargamento do ensino obrigatório. Este passou de seis para nove anos e actualmente para 12 anos (dos seis aos 18 anos). Ao mesmo tempo, o despovoamento do interior com deslocação das famílias para o litoral e dentro do litoral para as vilas e cidades esvaziou escolas até então situadas em freguesias rurais, obrigando a uma reorganização da rede escolar. Criaram-se agrupamentos de escolas. Ao mesmo tempo foram necessários muitos mais professores. Era demasiado peso para o Estado.

Pior! Não era caminho a seguir tendo em conta o Estado de direito democrático que apontava no sentido da descentralização, da autonomia das autarquias locais e da subsidiariedade, sem esquecer o princípio da boa administração. Havia que repartir a gestão dos assuntos da educação pelo Estado e pelos demais entes territoriais.

4. Entram então aqui em ação os princípios da descentralização e da subsidiariedade que nos dizem que os assuntos que possam ser bem

resolvidos a nível local (municipal ou de freguesia), não devem ser resolvidos a nível regional ou central.

E o mesmo se diga dos problemas regionais. Os assuntos de âmbito supramunicipal e ao mesmo tempo infranacional que possam ser bem resolvidos a nível regional não devem ser resolvidos, nem a nível municipal, nem a nível nacional. Não devem ser resolvidos a nível municipal, pois são de âmbito que excede o território dos municípios e não devem ser resolvidos a nível nacional, pois não alcançam esse âmbito, devendo tomar-se em conta as particularidades regionais desses problemas. Estes princípios devem ser tidos em devida atenção num momento em que tanto se fala da descentralização para os municípios de tarefas que poderão ter uma dimensão supramunicipal.

Para além dos princípios da descentralização e da subsidiariedade há ainda um outro princípio a ter em conta. Referimo-nos a um princípio consagrado não só na Constituição mas muito claramente a nível europeu (Conselho da Europa) que nos diz que todos os cidadãos têm o direito de “tomar parte na vida política e na direção dos assuntos públicos do país, diretamente ou através de representantes livremente eleitos” (artigo 48º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa). Este direito de participação não existe só a nível nacional. Existe em todos os níveis territoriais.

Ora, em Portugal e neste momento os portugueses têm o direito de participar na direção dos assuntos públicos do país a nível local, elegendo representantes para os municípios e freguesias e a nível nacional, elegendo a Assembleia da República da qual sai o Governo da República, tendo em conta os resultados eleitorais. Também têm esse direito a nível regional os cidadãos dos arquipélagos dos Açores e da Madeira, mas não os do território continental.

5. Está subtraído, aos portugueses do continente, o direito de eleger livremente representantes para resolver os problemas regionais. Estes ou não são resolvidos e muitos não são; ou são resolvidos pelos entes locais que não têm escala para o efeito ou pelo Governo que não tem vocação para resolver problemas regionais.

O Governo da República quando resolve problemas do Algarve ou do Norte do País está a fazer o que não é da sua esfera e a procurar resolver

assuntos que frequentemente não conhece como devia, pese a possibilidade de utilizar a desconcentração regional.

A democracia exige um nível territorial regional com órgãos livremente eleitos e por isso é nosso entendimento que a democracia só se completa no nosso país com a instituição desse nível no continente e assim o estabelece, pelo menos aparentemente, a Constituição.

Dito isto, não ignoramos que há muitos portugueses que assim não pensam e têm o direito de defender a sua opinião certamente com bons argumentos (um dos que mais corre é o de que a regionalização viria aumentar a nossa classe política que já é grande e aumentaria, ao mesmo tempo, a nossa despesa e mesmo a burocracia, tendo a regionalização custos que superariam os benefícios). A força dessa corrente foi bem visível no referendo sobre as regiões de 1998.

6. Coloca-se aqui, entretanto, um problema jurídico-constitucional. Havendo defensores e adversários da regionalização que posição deve ter a Constituição? Defender a regionalização contra os seus adversários? Opor-se a ela contra os que a defendem?

A posição correta da Constituição deverá ser, a nosso ver, a de neutralidade. E a posição de neutralidade implica nem a impor, nem a proibir.

A regionalização seria um assunto que ficaria na disponibilidade do debate político, colocando em igualdade os partidários de uma e outra corrente. Isto significaria que vencendo, em eleições para a Assembleia da República, uma corrente favorável à regionalização, então ela deveria ser realizada de acordo com uma lei que seria aprovada na Assembleia da República pela maioria dos deputados e eventualmente submetida a referendo. Um referendo não obrigatório, que surgiria pelos meios normais que a nossa Constituição prevê.

E também significaria que em outras eleições para o mesmo órgão, vencendo uma corrente política contrária à regionalização ela pudesse também aprovar uma lei em sentido contrário, sem prejuízo também de um referendo não obrigatório que a ela se opusesse.

Como sabemos não é isso que está na Constituição. A Constituição surpreende neste domínio.

Por um lado, estabelece terminantemente no seu artigo 236º, nº 1, que “no continente as autarquias locais são as freguesias, os municípios e as

regiões administrativas”. E vai mais longe estabelecendo ainda os órgãos das regiões que são a assembleia regional (artigo 260º) e a junta regional (261º), contendo um artigo sobre as atribuições (257º) e admitindo a existência de um representante do governo, nomeado pelo Conselho de Ministros (262º). Nada mais claro.

Mas, ao mesmo tempo, a Constituição põe dois enormes travões à regionalização: obriga, desde 1976, à criação simultânea, por lei, das regiões (artigo 255º), impedindo que se faça uma experiência de regionalização em parte do território continental e impõe, desde 1997, numa polémica revisão constitucional, a realização de um referendo obrigatório de dupla resposta sobre a lei de criação das regiões que deverá ter o voto favorável expresso pela maioria dos cidadãos eleitores participantes para que ela possa ter lugar.

Assim os eleitores terão de dizer “sim” à lei de regionalização em geral (primeira resposta) e depois “sim” à região em concreto onde são eleitores prevista na mesma lei.

E o texto constitucional elimina logo a regionalização se a resposta à pergunta geral sobre a regionalização (a lei da regionalização) for negativa.

E pode acontecer que através da resposta à segunda pergunta “concorda com a região onde reside?” se aprovelem umas e outras não, não havendo assim a proclamada criação simultânea de regiões...

Ficam ainda fortes dúvidas de interpretação sobre a maioria que é exigida por este preceito constitucional: bastará uma maioria favorável de votos independentemente da abstenção ou será necessário ainda que tenham votado mais de 50% dos eleitores para que ela possa ser aprovada?

Há bons argumentos para julgar que a Constituição não se basta com a maioria favorável de votos e exige ainda mais de 50% de votantes, uma vez que se trata de um referendo obrigatório. O Tribunal Constitucional terá de se pronunciar expressamente sobre este aspecto, caso não votem 50% dos eleitores e isso será muito provável se tivermos em conta a participação eleitoral nos referendos efetuadas até hoje no nosso país (desde logo o da regionalização que teve uma participação de 48%)

Mas mesmo que o Tribunal Constitucional venha a entender, como será mais razoável, que não é necessária a participação de mais de 50% dos eleitores, sempre o referendo se realizaria com essa dúvida que muito o perturbaria. Por tudo isto bem se compreende que se diga que a Constituição

impõe condições para regionalizar que não estabelece para qualquer outra matéria, o que permite também dizer que ela não é coerente com a afirmação que faz em favor da criação de regiões administrativas.

A atual redação da Constituição acaba por favorecer os adversários da regionalização, pois a faz depender de lei de criação simultânea de todas elas e de um referendo obrigatório com dupla resposta. Dificulta-a. Isso está bem claro no comentário à Constituição revista de 1997 dos Professores José de Melo Alexandrino e Marcelo Rebelo de Sousa².

A Constituição para ser isenta em matéria de regionalização apenas deveria permiti-la sem a impor ou travar. Bastaria que dissesse, no actual artigo 236º, nº 1, que, no continente, as autarquias locais eram as freguesias e os municípios, podendo haver regiões administrativas, que suprimisse, no artigo 255º, a obrigatoriedade de criação simultânea das regiões e tornasse facultativo o referendo previsto no artigo 256º. Aliás, todo o capítulo IV (Região Administrativa) do Título VIII (Poder Local) da Parte III (Organização do Poder Político) da Constituição poderia ser suprimido.

Já houve, entretanto, uma proposta de revisão constitucional em 1994 que tinha como primeiros subscritores Duarte Lima e Pacheco Pereira que proibia a criação de regiões administrativas tal como a Constituição as consagra, pois estabelecia como autarquias locais as freguesias e os municípios e apenas permitia a criação de regiões administrativas nestes termos: “No continente a lei pode ainda prever formas de regionalização administrativa, a partir dos municípios e associações de municípios, tendo em vista a descentração de serviços públicos e o desenvolvimento económico e social”³. Esta proposta não avançou, desde logo, porque pouco depois foi dissolvida a Assembleia da República. Os adversários da regionalização gostariam seguramente que fosse acolhida.

7. A situação atual da organização administrativa não é de manter. Não temos regiões administrativas, mas temos problemas regionais e a necessidade de os resolver.

² Marcelo Rebelo de SOUSA e José de Melo ALEXANDRINO, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lisboa, Lex. 2000, pp. 386-389.

³ *Diário da Assembleia da República*, II Série A, nº 58, 2º Suplemento, de 9 de setembro de 1994, p. 1098.

E essa necessidade de os resolver determinou que a quase totalidade dos ministérios com atividade no território nacional acolhesse, sob a forma de administração estadual direta ou indireta, estruturas de âmbito regional. De forma direta através de direções ou delegações regionais ou distritais dos ministérios, de forma indireta através de institutos públicos, sob tutela ministerial, que na sua estrutura ocupam também o âmbito regional.

Mas não fica aqui a preocupação com os problemas regionais e desde a década de sessenta do século passado (mais de 50 anos) foram criadas estruturas denominadas Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional (quatro e pouco depois cinco) que com pequenas mudanças de designação, mas sempre resistentes, vão exercendo tarefas de natureza regional. A sua debilidade é conhecida, mas a sua existência não foi posta em causa.

Curiosamente as Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional permaneceram sem que a Constituição a tal obrigasse; por sua vez, os distritos, que a Constituição obriga a manter enquanto não forem criadas as regiões (artigo 291º), foram extintos.

Foram extintos os distritos, mas foram criadas, entretanto 21 comunidades intermunicipais (CIM) de natureza claramente supramunicipal embora a designação pareça determinar o contrário.

Chegou mesmo a querer fazer-se destas estruturas uma autarquia local supramunicipal que o Tribunal Constitucional acabou por travar pelo acórdão nº 296/2013, de 28 de maio de 2013⁴.

Sobre as CIM muito haveria a dizer e não queremos deixar de referir alguns aspetos: os distritos eram 18 as CIM são 21 a que se juntam duas áreas metropolitanas (23) o que significou que algumas delas dividiram distritos a meio como sucedeu com o de Braga; por outro lado, algumas destas CIM, mais pequenas que distritos, denominam-se “regiões” e assim temos a CIM da Região de Aveiro, a CIM da Região de Coimbra, a CIM da Região de Viseu, Dão e Lafões e a CIM da Região de Leiria. Outras, apesar da sua também pequena dimensão, adoptaram o nome de províncias: Alto Minho, Beiras, Trás-os-Montes, Alto Douro, Alentejo (Alentejo Litoral, Alentejo Central e Baixo Alentejo) e Algarve. Outras ainda tomaram o nome de bacias

⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 296/2013, de 28 de maio de 2013.

hidrográficas (Cávado, Ave, Tâmega e Sousa, Douro e Tejo (Lezíria do Tejo). E uma até recebeu o nome de um ponto cardeal (a CIM do Oeste).

Fácil é concluir que com a atuação simultânea e descoordenada de estruturas desconcentradas dos ministérios, com CCDR débeis e ainda de CIM (Comunidades Intermunicipais) não é possível conseguir uma boa administração dos assuntos regionais. Os que não defendem a regionalização não encontraram, pois, uma boa solução alternativa. Reina a confusão.

8. Não se esgota na questão das regiões o conjunto de matérias do direito das autonomias locais a cuidar numa perspetiva de futuro. Não temos a possibilidade de abordar todas, nem sequer de as enumerar, pois eles brotam de muitos lados e assim escolhemos algumas que possam caber na economia de tempo desta lição.

9. Comecemos pelas freguesias. As freguesias foram objeto de uma profunda reforma em 2013, passando o seu número de 4259 para 3091. A reforma territorial em si não chocava, pois havia um significativo número de micro-freguesias que dificilmente podiam desempenhar o papel que a Constituição e a lei lhes atribuía por falta de população.

O que chocou foi o facto de o procedimento da reforma ter atropelado as mais elementares regras de respeito pela autonomia das freguesias que a Constituição garante e de não ter sido acompanhada de um conceito de freguesia devidamente debatido. Fizeram-se uniões de freguesias com o fim de diminuir o número total, mas sem um critério razoável. Optou-se por um critério de corte percentual do número de freguesias de cada município, que não teve em conta que nem todos os municípios, nem sequer a maior parte deles tinham freguesias a mais. O legislador viu-se obrigado a desaplicar o critério nas dezenas de municípios que tinham quatro freguesias ou menos.

Verdade seja dita que, apesar de tudo, a reforma vingou e não teve contestação significativa, desde logo, nos cruciais momentos eleitorais. Do que se trata agora é de assentar o conceito de freguesia que, a nosso ver, deve ter por base a ideia de proximidade entre eleitores e eleitos, que sempre foi uma característica desta entidade local.

Como pode ser aplicado o princípio da proximidade nas mais de duzentas freguesias com mais de 10.000 habitantes, tendo mais de uma centena

destas mais de 20.000 habitantes. O mesmo problema de proximidade se coloca em mais de 400 freguesias com mais de 50 Km² de superfície, havendo ainda 164 com mais de 100 Km² e 46 com mais de 200 Km². O município do Porto, para se ter uma ideia, tem 41 Km² de superfície. A subdivisão destas macro-freguesias por zonas ou por lugares com representantes de cada uma delas, formando conselhos consultivos é apenas uma das várias possibilidades. É preciso acompanhar e debater esta reforma⁵.

10. Também é de admitir o alargamento da aplicação do plenário de cidadãos eleitores nas freguesias com poucos habitantes.

Justifica-se que todos os eleitores sejam chamados a eleger a junta e a participar nas deliberações que competiriam às assembleias municipais não só nas freguesias com menos de 151 eleitores (o que hoje só sucede praticamente nos Açores porque esta região autónoma não aplicou a reforma) mas em freguesias com 300 eleitores ou mesmo 500 ou menos. Será uma forma de democracia direta que deve ser bem acolhida.

11. É por vezes também difícil por vezes eleger atualmente a junta de freguesia, sempre que o presidente não tem maioria na assembleia de freguesia. Verificam-se situações de impasse que a lei não resolve adequadamente. Também aqui haverá soluções relativamente simples como a obrigatoriedade de novas eleições depois de tentativas infrutíferas de eleição da junta num determinado prazo ou, em alternativa de escolha de um novo presidente de junta que tivesse apoio maioritário na assembleia de freguesia (esta alternativa obrigaria a remover o obstáculo constitucional que manda que o presidente da junta seja o primeiro da lista mais votada).

Porém, em resumo, o grande desafio que se coloca às freguesias é o de encontrar o seu lugar e de o defender no conjunto do poder local, pois há uma corrente de opinião que defende a extinção, desde logo, das freguesias urbanas.

⁵ Entretanto, foi publicada a Lei nº 39/2021, de 24 de Junho, uma lei-quadro que indica o que entende por freguesia, apresentando um critério substantivo razoável, ainda que a lei seja muito complicada e confusa em termos procedimentais. Veja-se a este propósito António Cândido de OLIVEIRA *et al.* (eds.), *Lei de Criação de Freguesias Anotada – Lei nº 39/2021, de 24 de junho*, Braga, AEDREL, 2022.

12. Aos municípios está reservado um papel cada vez mais importante no conjunto da administração local autónoma portuguesa. O Estado não pode fazer tudo e muito menos o pode fazer bem. Por sua vez, a criação de regiões que implicaria a transferência para elas de tarefas do Estado e também de tarefas que os municípios não pudessem exercer devidamente, deixaria ainda um largo campo para os municípios. Os municípios portugueses felizmente têm, em regra, escala para resolverem importantes problemas de interesse das respetivas populações e cabe-lhes desbravar terreno, indo à frente na procura de resolução de problemas da mais variada natureza para bem das populações respetivas. Em vários domínios vão à frente na vida administrativa do nosso país. Acresce que nada do que é de interesse para as suas populações respetivas lhe é estranho, tendo o direito e o dever de estar atento e de se pronunciar sobre eles.

Em sede de municípios, problemas surgem também, importa recordar, quando os municípios têm menos de 10.000 habitantes com tendência ainda para diminuir e é significativo o número deles. São já mais de 100.

13. O tempo voa, os problemas são muitos e não podem ser tratados todos. Falemos de alguns problemas em que o Direito é chamado a intervir, formulando questões e deixando espaço para o necessário debate, pois uma lição é um convite a quem a ouve para refletir e procurar respostas.

14. A nossa assembleia municipal é um órgão “sui generis” na sua composição e ainda com algumas limitações nos seus poderes. É um órgão peculiar na sua composição, pois a regra nos países europeus é a composição resultante da eleição direta de todos os seus membros.

Em Portugal, por força da Constituição, não é assim. Os presidentes de junta de freguesia são membros da assembleia municipal por inerência. Mas esta composição não é consensual. Há quem defenda a presença das freguesias nas assembleias municipais, através dos seus presidentes de junta, e há quem defenda que estes não deveriam lá estar. E ainda há soluções intermédias. Todas com bons argumentos. Mas sendo assim, qual o problema de a Constituição permitir que em certos municípios haja participação das freguesias na assembleia municipal e noutros não? Seria a assembleia

municipal através dos membros diretamente eleitos a deliberar num sentido ou noutro, ainda que se exigisse, naturalmente, uma maioria de 2/3.

Haveria lugar para uma certa autonomia estatutária dos municípios, ou seja, a liberdade de os municípios, dentro de certos limites legais, poderem conformar a sua organização e funcionamento.

E porque não admitir, dentro dessa autonomia, que os municípios criassem órgãos consultivos? Já houve como órgão obrigatório e depois facultativo um conselho municipal em todos os municípios e poderia haver, por exemplo, um conselho de freguesias nos municípios que têm um significativo número delas.

15. Permitindo expressamente a Constituição o reforço de poderes das assembleias através da aprovação de moções de censura que terão como efeito a queda da câmara municipal, é o legislador que tem obstado a essa inovação por ser necessária uma lei aprovada por 2/3 dos deputados [artigos 230º, nº 3, e 168º, nº 6, al. d) da CRP].

É próprio da aprovação de uma moção de censura a destituição do órgão censurado e há quem defenda (Professor Freitas do Amaral) que é essa a consequência da aprovação de uma moção já no regime jurídico atual, mas esta opinião não é seguida pela maioria da doutrina que lembra que a Constituição não regula os passos subseqüentes à aprovação da moção de censura.

Sobre a queda do executivo há dois modelos interessantes: o modelo espanhol e o modelo italiano. No modelo espanhol o “*alcalde cai*” mas surge logo um outro, pois adotou-se no país vizinho a moção de censura construtiva. O órgão deliberativo (*pleno del ayuntamiento*) só pode destituir o *alcalde* se for apresentada uma moção com um novo nome para ocupar o lugar. No modelo italiano e porque o presidente da câmara municipal (*o sindaco*) é agora eleito diretamente pelos munícipes a aprovação de uma moção de censura implica a queda da assembleia e *do sindaco*, havendo lugar a novas eleições.

Tendo em conta que em Portugal o presidente da câmara municipal é eleito diretamente a aprovação da moção de censura devidamente determinaria naturalmente a queda do executivo e novas eleições. Eleições que deveriam ocorrer para os dois órgãos, para que a assembleia municipal não

derrubasse a câmara por motivos menores e principalmente para que fossem os munícipes a resolver a crise gerada pela queda do executivo.

16. Demos até agora como assente a existência na organização do poder municipal da assembleia municipal, mas nada impedia – se a Constituição o permitisse – que em vez da assembleia municipal houvesse uma câmara municipal alargada. A assembleia municipal tem apenas 40 anos na história da nossa administração municipal⁶. Até então era a câmara municipal o órgão central do município.

Ora, nada impedia do ponto de vista da democracia local, como aconteceu em Portugal na I República e acontece ainda hoje no Brasil que, em vez da assembleia municipal, houvesse uma câmara municipal com um número alargado de membros e assim com maior número de forças políticas nela representadas que seria então um órgão deliberativo e do qual sairia o órgão executivo, um presidente do município que formaria o governo municipal e responderia perante a câmara.

É assunto que merece discussão, não podendo admitir-se, entretanto, uma posição subalterna da assembleia que é, por natureza, o órgão de representação dos munícipes e assim o centro da democracia local.

17. Tem sido objeto de debate a constituição da câmara municipal. A composição que temos atualmente – câmara municipal eleita pelo método d'Hondt e presidente da câmara como o primeiro da lista mais votada para a câmara – tem o defeito de possibilitar que este órgão executivo não possa ou tenha dificuldade em executar as deliberações da assembleia municipal por o presidente da câmara não ter maioria nesse órgão.

Por isso, defende-se a existência de uma câmara em que o presidente tenha a maioria dos membros da sua lista ou mesmo que tenha a possibilidade de escolher todos os membros da câmara. Para esse efeito seria necessário modificar a actual redação da Constituição, embora o artigo 239º, nº 3, da Constituição dê já alguma abertura nesse sentido, desde que aprovada a lei nele prevista.

⁶ Podemos ver no conselho municipal estabelecido no Código Administrativo de 1940 um órgão que os Constituintes de 1976 terão tido em conta.

18. É tempo de concluir. Como acabámos de ver, há um conjunto de modificações que poderiam ser adotadas para melhor realização da democracia, mas que estão vedadas pelo texto da Constituição.

Claramente que a nossa Constituição é demasiado extensa e rígida em matéria de poder local e não devia. Respeitados os princípios fundamentais da autonomia local (contidos na Carta Europeia da Autonomia Local de 1985) o legislador poderia e deveria dar mais liberdade de conformação para que se pudessem encontrar as melhores soluções de governo local democrático e participação dos cidadãos.

E se não for possível, nesta sede de Poder Local, encontrar o consenso necessário para uma revisão constitucional a ele especialmente dedicado isso significará que a democracia local não está tão consolidada como se pensa. Significará que há medo de reformas e não devemos ter medo de reformas que melhorem a organização e funcionamento da nossa democracia local. Pelo contrário, deveremos lutar por elas.

A nível legislativo, por sua vez, e mesmo dentro do atual quadro constitucional, há alterações que podem e devem ser feitas. Veja-se, por exemplo, a queda do executivo por efeito de moção de censura, a possibilidade de constituir a câmara municipal de um modo similar à junta de freguesia, desaparecendo pois a eleição directa da câmara municipal pelo método d'Hondt como sucede actualmente.

O poder local democrático ou melhor ainda a democracia local é peça essencial da democracia e pode fazer ainda muito mais pelo bem do nosso país.

Todos temos a obrigação de lutar por um Portugal melhor, mais livre, justo e solidário. Por um Estado de Direito digno desse nome. Esse trabalho não é, não pode ser solitário. Faz-se sobre muitas formas em equipas, em tertúlias, em partidos, em associações cívicas e também nas comunidades locais.

As comunidades locais, desde logo as freguesias e municípios a que todos pertencemos podem desempenhar para esse efeito um papel do maior relevo. Podem e devem. Cumpramos esse dever, sem desânimo.

DESAFIOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NAS GARANTIAS DO DIREITO E PROCESSO ADMINISTRATIVO

Bárbara Magalhães*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.10>

1. Enquadramento

A inteligência artificial tem tido um considerável impacto nos diversos ramos do conhecimento jurídico e o Direito Administrativo tem-se revelado igualmente permeável a todas as alterações tecnológicas que têm surgido na realidade jurídica, contexto intensificado pelas necessidades surgidas durante a pandemia covid 19.

No que concerne ao Direito Administrativo Procedimental, as necessidades imperiosas de eficiência, economicidade, celeridade e eficácia enfim, de boa administração, impõem um constante e crescente processo disruptivo

* Docente na Universidade Portucalense Infante D. Henrique e na Escola de Direito da Universidade do Minho.
Email: barbaram@upt.pt e barbaram@direito.uminho.pt

com os métodos decisórios tradicionais, utilizando-se para o efeito sistemas inteligentes de decisão¹.

Não obstante, da utilização destes mecanismos surgem algumas interrogações que constituem desafios ao uso dos mesmos, designadamente questões que se prendem com proteção de direitos e interesses legalmente protegidos, bem como proteção das garantias dos particulares.

O Código de Procedimento Administrativo, no seu artigo 14º, nº 3, prevê a necessidade de manutenção da igualdade garantística entre procedimentos tradicionais e as formas eletrónicas de atuação administrativa, o que em algumas situações não se verifica².

A compatibilização entre a necessidade de concretização dos valores imanescentes do princípio da boa administração e a salvaguarda e tutela garantística dos cidadãos não se tem revelado aceitável em alguns domínios, acarretando dificuldades de cumprimento de valores fundamentais inerentes ao agir administrativo.

Por outro lado, do ponto de vista da justiça administrativa, ao longo do século XXI temos assistido a um aumento substancial da conflitualidade, e, por conseguinte, da litigiosidade. Nessa esteira, verifica-se um claro aumento do recurso aos tribunais. Face à escassez de meios materiais e humanos na justiça estadual, excesso de formalidades e complexidade das matérias objeto de litígio, as decisões tornam-se cada vez mais morosas e ineficientes. Os mecanismos de justiça digital revelaram ser uma possível resposta para os problemas elencados, e com as recentes alterações de que foi objeto o Código de Processo dos Tribunais Administrativos assistimos a uma tentativa de desmaterialização da justiça administrativa.

Não obstante, com a utilização destes meios deparamo-nos com inúmeros desafios que se repercutem na esfera garantística dos cidadãos, desde logo a dificuldade que alguns cidadãos podem encontrar na utilização dos mecanismos eletrónicos, quer do ponto de vista económico, quer do ponto de vista prático o que se traduzirá numa grave discriminação de acesso à

¹ Ver B. WIRTZ, J. WEYERER, C. GEYER, "Artificial intelligence and the public sector – Applications and challenges", *International Journal of Public Administration*, 2018, pp. 1-20.

² Neste sentido Paulo OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2013, p. 493.

justiça. Por outro lado, encontramos vários obstáculos de natureza técnica que exploraremos mais adiante.

2. Inteligência Artificial

Antes de explorarmos os desafios que se colocam a propósito da utilização de inteligência artificial domínio do Direito e Processo Administrativo, impõe-se-nos determinar o âmbito da inteligência artificial para o efeito.

Vivemos um período de modernização administrativa para melhor imprimir eficácia, eficiência e celeridade nas decisões administrativas e na própria justiça administrativa, o que implicou a introdução de técnicas de digitalização no contexto jus-administrativo.

A inteligência artificial consiste numa ciência da computação em que as máquinas atuam através de algoritmos, desempenhando tarefas em substituição de seres humanos.

Normalmente a inteligência artificial encontra-se aliada a um sentido forte e a um sentido fraco. No primeiro caso, a inteligência artificial é concebida no sentido de reproduzir integralmente o pensamento humano, no segundo, o *robot* é apto a desempenhar determinadas tarefas, mas desprovido de capacidade para tomar decisões autonomamente e de reproduzir o pensamento humano³.

Em suma, o algoritmo materializa um procedimento através do qual são submetidos uma série de *inputs* de particulares e emitidos *outputs*⁴.

No que tange ao enquadramento legal do uso destas tecnologias, tem se verificado um substancial esforço por parte de entidades Europeias e Internacionais para a respetiva regulamentação⁵.

Com especial incidência na matéria que nos propomos tratar, em 2018 foi constituído um o Grupo Europeu de Ética na Ciência e Novas Tecnologias

³ Artur Flamínio da SILVA, "Inteligência Artificial e Direito Administrativo", *Direito Administrativo e Tecnologia*, 2020, p. 12.

⁴ Thomas H. CORMEN *et al.*, *Introduction to Algorithms*, 3ª edição, Cambridge, The MIT Press, 2009, p. 5.

⁵ A Organização das Nações Unidas elaboraram, em 2015, uma serie de objetivos relacionados com o desenvolvimento sustentável, acompanhados de orientações e recomendações dirigidas aos Estados de cada País.

da Comissão Europeia, responsável pela constituição de um código ético, aplicável à produção e uso da inteligência artificial.

Ainda em 2018, a Comissão Europeia para Eficiência da Justiça, elabora um instrumento normativo⁶, a Carta ética sobre o uso da inteligência artificial nos sistemas judiciais, a qual prevê a principologia aplicável à prolação de decisões judiciais através da inteligência artificial. Em primeiro lugar, denota-se uma clara preocupação com o respeito pelos Direitos Fundamentais previstos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e na Convenção sobre proteção de dados pessoais; aquele instrumento consagra ainda o princípio da não discriminação em função da raça, etnia, crenças religiosas ou orientação sexual; princípio da transparência, imparcialidade e justiça e princípio do controlo do utilizador.

3. Os desafios do uso da inteligência artificial no Direito Administrativo – em especial na tomada de decisão administrativa

Os ditames correspondentes ao princípio da Boa Administração convocam a utilização de sistemas de inteligência artificial para maior eficiência, celeridade, eficácia e economicidade. Não obstante, somos invadidos com inúmeras dúvidas quando pensamos na utilização da inteligência artificial exclusivamente ao serviço da rapidez e eficácia das decisões, descurando-se em certa medida, as garantias dos cidadãos.

É por demais evidente que a utilização de sistemas de inteligência artificial pela administração dará uma especial concretização aos princípios que norteiam a organização administrativa, previstos no artigo 267º da CRP, designadamente princípio da colaboração da Administração Pública com os particulares e princípio da participação dos interessados, tornando, por conseguinte, a atividade administrativa mais célere, participada, desburocratizada e eficaz.

Não nos parece tarefa particularmente complexa a digitalização do procedimento administrativo. Ora, qualquer sistema de inteligência artificial

⁶ Informação disponível em <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>

teria aptidão para executar um *iter procedimental*, verificando o cumprimento de atos e formalidades exigíveis. No entanto, não esqueçamos a função garantística de um procedimento administrativo.

Existem situações no âmbito do procedimento administrativo, em que caberá à Administração ponderar no caso concreto o cumprimento de princípios como o da participação dos interessados, o da imparcialidade, conferindo a lei margem de conformação à Administração para aferir da imprescindibilidade de uma formalidade em função das circunstâncias do caso concreto, optando pelas formalidades que melhor se adequam às respetivas particularidades do caso.

Pensemos na margem de flexibilização que o princípio da adequação procedimental, previsto no artigo 56º do CPA pode aportar ao procedimento administrativo. Com efeito, salvo a existência de normas injuntivas, o responsável pela direção do procedimento tem uma margem de conformação na estruturação do procedimento em função da participação, da eficiência, da economicidade e da celeridade na preparação da decisão, podendo mesmo os sujeitos do procedimento celebrarem acordos endoprocedimentais, de acordo com o artigo 57º do CPA, para consensualizarem os termos do procedimento, tendente à produção de certa atividade administrativa⁷.

Parece-nos bastante improvável que a automatização tenha em consideração as particularidades de cada situação concreta e em função disso estabeleça as formalidades que devam ser observadas, sem prejuízo de formalidades estritamente indispensáveis do ponto de vista garantístico dos interessados.

Um dos aspetos em que a Inteligência Artificial se revela francamente vantajosa é no plano da interoperabilidade administrativa. O Mercado único Digital criou um programa, no âmbito do qual se prevê a consagração do designado princípio da declaração única, o qual já encontra previsão no artigo 14º do Regulamento do Portal digital único. Tal princípio permitirá uma partilha de informações, dados e documentos de cidadãos Europeus entre as Administrações Públicas Europeias, tendo qualquer uma delas

⁷ Elizabeth FERNANDEZ, “O procedimento administrativo como realidade flexível – Breves notas sobre o princípio da adequação procedimental”, in AAVV, *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, vol. I, Lisboa, AAFDL Editora, 2018 pp. 463 e ss.

possibilidade de acesso a informação ou documentos fornecidos em qualquer Estado Membro.

Relativamente a esta questão, não podemos descurar o risco de surgimento de uma sociedade de controlo por parte do Estado, relativamente aos cidadãos, à semelhança do que acontece na China onde existe um sistema de pontuação dos cidadãos. Para se evitarem situações destas, a própria Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 35º proíbe a atribuição de um número nacional único aos cidadãos.

A legislação nacional sobre a temática é praticamente inexistente, pelo que se impõe uma clara reflexão sobre a necessidade de regulamentação da atividade digital no contexto da interoperabilidade administrativa, de forma a uma tutela efetiva dos direitos e garantias dos cidadãos.

Outra questão relevante a propósito das garantias dos cidadãos em procedimentos administrativos informatizados prende-se com o problema da imputação da responsabilidade relativamente a vícios ocorridos no procedimento administrativo automatizado, a questão de sabermos quem será o responsável pela prolação de uma decisão administrativa eletrónica que padeça de vícios que causem efeitos lesivos na esfera jurídica de um terceiro.

Ao pensarmos num procedimento administrativo automatizado⁸, existem vícios, para além dos tradicionais que deverão ser ponderados⁹. Senão vejamos, pode-se pensar em circunstâncias que possam afetar o equipamento, desde sobreaquecimento, infiltração de partículas de pó no equipamento, mudanças de temperatura, entre outras, ou então vícios relacionadas com o programa, como por exemplo erros relacionadas com a introdução de programas na máquina ou de interpretação de algoritmos, pensemos na dificuldade com que se pode deparar um programador ao introduzir requisitos e premissas de decisão jurídica num processador. Apesar de o programador dever ser auxiliado por um jurista, nem sempre a transmissão ou percepção de informação encontra-se desprovida de erros. Outro facto com que nos podemos deparar e que também poderá gerar erros relaciona-se com a não atualização permanente do sistema informático com as leis em vigor.

⁸ A este propósito, Pedro GONÇALVES, “O ato administrativo informático”, *Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, tomo XLVI, nº 265/267, 1997, pp. 265-268.

⁹ ?????????????????????

Pense-se igualmente na introdução errónea de erros de pressupostos de facto no sistema, com base nos quais será tomada a decisão. Como é evidente, tais erros também podem ocorrer num procedimento administrativo tradicional, no entanto a margem de controlo e correção por parte do agente público é bem maior, neste último caso¹⁰. Outro erro relacionado com os *inputs* reporta-se à introdução de informação falsa no sistema quer por agentes administrativos, quer pelo próprio administrado ou então vícios que se relacionam com base de dados com erros, desatualizada, com base na qual é tomada a decisão.

Quaisquer dos vícios elencados podem carrear danos para terceiros, colocando-se inevitavelmente a questão a quem serão imputados os danos em face a uma decisão automatizada.

O enquadramento da questão das decisões automatizadas no âmbito da responsabilidade civil poderá eventualmente suscitar algumas dúvidas de aplicação.

Perante uma análise das diferentes modalidades de responsabilidade civil extracontratual da Administração, parece-nos evidente a exclusão da modalidade de responsabilidade extracontratual aquiliana, prevista nos artigos 7º, nº 1, e 8º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas, pois dois dos pressupostos essenciais desta responsabilidade são a existência de um facto voluntário do agente e de culpa como sendo um juízo de censura ético jurídico, imputado a determinado comportamento humano, dispendo o artigo 10º Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas que deve verificar-se “um certo nexó psicológico entre o ato praticado e a vontade do lesante”.

Num plano abstracto não seria difícil admitir-se a aplicação desta modalidade de responsabilidade relativamente a alguns vícios em que poder-se-ia com alguma facilidade identificar-se o autor material dos mesmos, como é o caso da inserção errónea de dados no sistema decisor ou até mesmo a transmissão incorreta de dados ao programador do equipamento eletrónico decisorio. No entanto, parece-nos evidente que no contexto de sistemas automatizados de decisão, é difícil percebermos concretamente a origem do

¹⁰ Stefania PUDDU, *Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico*, Nápoles, Jovene Editore, 2006, p. 219.

erro, dificultando-se a tarefa de imputação do erro a um concreto agente administrativo. Para além do mais, um ato administrativo automatizado é produto da intervenção de vários agentes da administração, sendo de muito difícil. Verificação a culpa relativamente aos mesmos. Por fim, não esqueçamos o ónus que impende sobre o lesado de comprovar que o agente não cumpriu o seu dever de vigilância sobre a máquina, quando em determinadas circunstâncias, como vimos, o anormal funcionamento da máquina poderá dever-se a fatores exógenos à atuação humana.

Por outro lado, poderíamos equacionar a potencial aplicação do regime da responsabilidade pelo risco, prevista no artigo 11º da RRCEEP, no entanto existe um factor que poderá ser impeditivo da aplicação deste regime, o qual se consubstancia na existência de uma atividade particularmente perigosa, no sentido de o perigo não ser ultrapassável mediante os padrões do homem médio, em suma trata-se da “reparação dos danos inerentes ao seu próprio funcionamento normal, na medida em que decorre da objetiva perigosidade social das coisas que utilizam ou das atividades que desempenham que o seu funcionamento normal, mesmo sem eventuais disfunções ilícitas, é fonte potencial de danos”¹¹.

Parece-nos o conceito de perigosidade, requisito da aplicação do regime da responsabilidade pelo risco não se coaduna com o plano das decisões automatizadas, pois tal não representa especial perigosidade no sentido exigível.

Dada a complexidade adjacente à utilização de sistemas decisórios automatizados, bem como à intervenção de inúmeros agentes no processo e a consequente dificuldade de identificar os autores do facto gerador de danos, parece-nos que o mesmo deva ser imputado ao serviço público na sua globalidade, através do regime da responsabilidade por funcionamento anormal do serviço^{12 13}.

Trata-se da “responsabilização da Administração enquanto tal, pela sua própria conduta lesiva, sem necessidade de demonstração de que determinado agente atuou com culpa, mas apenas que o serviço no seu conjunto funcionou

¹¹ Mário Aroso de ALMEIDA, “Artigo 9º: Ilicitude”, in Rui Medeiros (coord.), *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013, p. 250.

¹² Neste sentido, Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2020, p. 616.

¹³ Tem sido este o entendimento da jurisprudência Portuguesa: acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 18 de dezembro de 2015, processo nº 02209/08.0BEPR.

de modo anormal”¹⁴. Acrescenta ainda o autor que “[r]esulta dos n.ºs 3 e 4 do presente art. 7º que, mesmo quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto de determinada pessoa ou, em todo o caso, não seja possível comprovar a autoria pessoal da ação ou omissão ocorrida, existe responsabilização da entidade pública desde que a produção dos danos possa ser imputada a um funcionamento anormal dos serviços. A falta coletiva abrange os casos em que os danos não podem ser diretamente imputados ao comportamento concreto de alguém, pois resultam de uma atuação global, que envolve uma responsabilidade dispersa por diversos setores ou intervenientes, porventura prolongada ao longo do tempo, sendo, por isso, imputável a um deficiente funcionamento do serviço, na medida em que se pode afirmar que os danos não seriam causados por um serviço que funcionasse normalmente, isto é, de acordo com os padrões médios de resultado”¹⁵.

Outro problema garantístico que a Administração digital comporta reside na potencialidade de discriminação e desigualdade de acesso e a possibilidade de os algoritmos conduzirem a decisões discriminatórias^{16 17}.

Efetivamente a utilização de meios digitais poderão carrear problemas de acesso a uma parcela da população que em função da idade, condição económica ou localização terão maiores dificuldades de acesso. Tal situação não pode representar uma discriminação no acesso em função dos fatores elencados. Para evitar tais situações, caberá à Administração diligenciar no sentido de facultar os referidos meios eletrónicos aos destinatários, nos termos do artigo 14º, nº 4, do CPA, o problema é que, ou por razões orçamentais ou de logística nem sempre é possível a disponibilização dos referidos meios em tempo útil, como tivemos a oportunidade de recentemente verificar, no contexto da pandemia covid 19, a propósito da disponibilização de computadores aos estudantes sem meios económicos para a respetiva aquisição e acesso.

¹⁴ Mário Aroso de ALMEIDA, “Artigo 7º: Responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço”, in Rui Medeiros (coord.), *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013, p. 218.

¹⁵ Mário Aroso de ALMEIDA, “Artigo 7º...” , *op. cit.*, p. 221.

¹⁶ A este propósito, Artur Flaminio da SILVA, “Inteligência Artificial e Direito Administrativo”, *op. cit.*, p. 25; e Miguel Prata ROQUE, “O procedimento administrativo eletrónico”, in AAVV, *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, volume I, Lisboa, AAFDL Editora, 2018 pp. 505 e ss.

¹⁷ Paulo OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 489.

Não obstante, parece-nos tratar-se de problema que se coloca sobretudo no plano dogmático, pois existem formas de superação deste obstáculo. Para o efeito, a Comissão Europeia, com base numa consulta pública efetuada no período compreendido entre 30 de outubro de 2015 e 22 de janeiro de 2016¹⁸, instituiu uma série de princípios aplicáveis no âmbito da Administração Pública em linha, com relevantes repercussões no âmbito das Administrações Públicas internas. Para o tema em análise, destaca-se o princípio do digital por definição, o qual estabelece que as Administrações Públicas devem privilegiar o digital, sem prejuízo da manutenção de outros canais abertos para quem não utiliza esta via por preferência ou necessidade¹⁹. Este princípio visou imprimir maior eficiência e economicidade aos serviços públicos, através da substituição do tradicional atendimento presencial e documentação em papel pela utilização de canais digitais, no entanto revelou-se difícil a implementação destas tecnologias relativamente a um grupo mais vulnerável da população, o que poderia representar uma clara discriminação. Em suma, “a estratégia da União Europeia passou por definir este princípio como dando preferência às interações digitais entre administrados e a Administração Pública mas salvaguardando outras vias de interação, nomeadamente a presencial, a fim de evitar tais desigualdades entre os administrados pela sua maior ou menor capacidade de expressão e desenvoltura digital”²⁰.

No ordenamento jurídico português, deparamo-nos com uma insuficiência e opacidade normativa que dificultam a transposição e aplicação efetiva daquele princípio.

O CPA dedica uma norma à regulamentação dos comportamentos eletrónicos, o artigo 14º. No entanto, o âmbito material desta norma parece apenas abarcar os comportamentos eletrónicos automatizados, deixando de fora os procedimentos eletrónicos de origem mecânica, sem prejuízo da interpretação extensiva da norma, estendendo-se a respetiva aplicação aos

¹⁸ Informação disponível em <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/contributions-and-preliminary-trends-public-consultation-egovernment-action-plan-2016-2020>

¹⁹ Informação disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0179>

²⁰ Joana Covelo de ABREU, “Os princípios gerais da Administração Pública em linha na União Europeia e a análise do artigo 14º do CPA- revisitando as necessidades de literacia digital”, in AAVV, *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, vol. I, 5ª edição, Lisboa, AAFDL editora, 2020, pp. 394-396.

processos informatizados de origem mecânica²¹. Por outro lado, a norma parece ignorar a automatização como verdadeira forma de atividade administrativa, concebendo-a apenas como mero suporte de apoio à mesma.

Apesar do legislador ter revelado alguma preocupação, no artigo 14º, nº 4, em garantir a não existência de desigualdade no acesso, a verdade é que a solução é ainda insuficiente.

Por outro lado, os sistemas de inteligência artificial permitem à Administração terem acesso a um conjunto de dados atinentes aos cidadãos que poderão permitir à administração traçar um perfil de cada um dos administrados, o que se poderá revelar útil na resposta a dar, mas poderá representar uma forma de discriminação ilegítima em determinadas circunstâncias e reforçar o poder da Administração sobre os administrados.

Tal questão impele-nos.

Outro desafio que podemos equacionar no âmbito da utilização de procedimentos administrativos informatizados e que se poderão repercutir nas garantias dos cidadãos ao nível da correta tomada de decisão administrativa, relaciona-se com as situações em que exista alguma margem de apreciação.

Vejamos, não identificamos obstáculos substanciais na utilização de sistemas de inteligência artificial no quadro do exercício de poderes vinculados. Nesta sede, não existe margem conformadora por parte da Administração, pois o conteúdo do ato encontra-se previamente determinado na lei. Nesta situação, a transposição do silogismo para um sistema informático decisor parece não levantar problemas. Sem prejuízo de por vezes o texto legal comportar formulações demasiado densas e de difícil compreensão, sendo necessário o apelo a “técnicas de normalização”²² através da simplificação do texto, substituindo algumas expressões por outras mais curtas e de fácil perceção.

No que respeita ao exercício de poderes discricionários, a possibilidade de uso da inteligência artificial é claramente mais limitada.

²¹ Em consonância com Miguel Prata ROQUE, “há outras formas de atuação eletrónica que não passam, forçosamente pelo emprego de sistemas informáticos: i) envio de comunicações escritas por sistemas operativos móveis; ii) painéis eletrónicos de informação; iii) redes internas e interativas de televisão; iv) redes internas interativas de rádio”, in “Mais um passo a caminho de uma administração globalizada e tecnológica?”, *Direito e Política*, 2013, p. 169.

²² Catarina Sarmento e CASTRO, *Administração Pública e novas tecnologias: Implicações no procedimento e no ato administrativo*, Dissertação de Doutoramento, Universidade de Coimbra, 2017, p. 139.

O poder discricionário²³ é um poder jurídico conferido por lei, em que se exige à AP uma tensão criadora do direito no caso concreto. Assim, a escolha discricionária é uma decisão jurídica, intrínseca ao dever de boa administração, impondo-se que seja uma escolha certa, correta e justa. A discricionariedade não pode, por isso, significar uma escolha total do conteúdo, mas aquela que seja consentida pela lei, respeitando os limites jurídicos e seguir critérios jurídicos.

Cabe à Administração escolher, em cada situação concreta, os meios mais adequados à realização do interesse público, em função de parâmetros técnicos e à luz de ditames de eficácia e eficiência (pois nesta tarefa impende sobre o órgão administrativo um dever de boa administração, que decorre do princípio da prossecução do interesse público).

Como se sabe, são várias as formas através das quais o legislador atribui poder discricionário à Administração, designadamente, através da formulação de uma norma permissiva ou de uma norma facultativa, na qual se prevê uma panóplia de alternativas, entre as quais o agente administrativo deverá optar pela que melhor prosseguirá o interesse público do caso concreto, ou através as indeterminação conceptual da norma, prevendo-se conceitos indeterminados que atribuam uma intencionalidade normativa de abertura para valoração pela Administração ou através da atribuição do poder de autovinculação da Administração²⁴.

Perante o espaço de livre conformação da Administração, a Administração deverá escolher a solução que melhor se coaduna com o interesse público. No entanto não esqueçamos que o interesse público altera consoante as circunstâncias de tempo, lugar/espaço, não é um conceito imutável, não sendo, por conseguinte possível a programação da aplicação de determinada solução legal em determinada situação, pois esta altera-se em função das variáveis já enunciadas.

Se a norma revelar um diminuto grau de discricionariedade, talvez seja possível transpor para um programa informático as várias hipóteses concedidas, de modo a que a Administração se autovincule a determinada solução sempre que determinada situação seja subsumível na respetiva previsão normativa.

²³ Neste sentido, Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2020, p. 65.

²⁴ Isabel Celeste FONSECA, *Direito Administrativo II, Roteiro Teórico-Prático*, Braga, 2019, pp. 41-53.

No entanto parece-nos uma posição pouco aceitável no domínio da prática de atos desfavoráveis, sob pena de violação do princípio da igualdade.

Tal problema agrava-se quando falamos na fundamentação do ato. Tal como refere Catarina Sarmento e Castro nos procedimentos automatizados a fundamentação corresponde a um “texto estandardizado que a máquina reproduz todas as vezes que seja chamada a decidir”²⁵, solução absolutamente consentânea com o artigo 153º, nº 3, do CPA, desde que não haja redução de garantias dos particulares. Se tal situação é configurável no plano dos atos vinculados, o mesmo não se pode dizer relativamente aos atos discricionários em que a respetiva fundamentação deverá contemplar as particularidades do caso concreto, explicando-se porque foi praticado o ato com determinado conteúdo e não com outro.

Ao nível da produção de prova, designadamente na fase instrutória reconhecemos a existência de algumas dificuldades que não podemos olvidar.

Como já referimos, todas as questões que apresentam margem de apreciação, revelam-se dúbias em procedimentos automatizados, sobretudo no que respeita ao princípio do inquisitório previsto no artigo 58º do CPA. A ponderação exigida por este princípio saíra francamente beliscada. Como refere Paulo Otero “a insuficiência, desadequação ou incompletude da instrução administrativa, traduzindo-se numa deficiente ou amputada ponderação dos interesses relevantes para a decisão final, sendo passível de lesar o princípio da prossecução do interesse público na sua articulação com o respeito pelas posições jurídicas subjetivas revela-se atentatório do princípio da imparcialidade”²⁶.

Para além disso o CPA revela-se insuficiente na resposta dada relativamente às regras relativas à documentação das várias diligências a realizar, uma vez que apenas regula a documentação em suporte papel, no artigo 64º, nº 4.

No que contende com os problemas associados à proteção de dados, por questões de limitações, optamos por não discorrer de forma desenvolvida sobre a problemática, apenas referir que o artigo 22º do RGPD proíbe as decisões administrativas totalmente automatizadas, salvo devido consentimento do interessado. Trata-se de uma necessidade decorrente da celebração

²⁵ Catarina Sarmento e CASTRO, *Administração Pública e novas tecnologias...*, op. cit., p. 84.

²⁶ Paulo OTERO, *Dirçito do Procedimento Administrativo*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2016, p. 87.

ou se a execução de um contrato ou existir uma norma de Direito da União Europeia na qual estejam previstas medidas adequadas para salvaguardar os direitos, liberdades e legítimos interesses do titular dos dados, artigo 22º, nº 2, do RGPD.

Por fim, não podemos deixar de referir, que no contexto de procedimentos administrativos complexos, nos quais exista a prática de atos interlocutórios, muitas vezes, a automaticidade torna a formação do ato instantânea, sendo o mesmo de difícil localização ou verificação. Tal situação ocorre já inúmeras vezes no domínio do Direito Tributário, sendo que no contexto de execuções fiscais a Administração Tributária não consegue identificar atos, mesmo quando pedido pelo Tribunal.

Em suma, podemos afirmar que a utilização de um procedimento automatizado apresenta claras vantagens de eficácia, eficiência, economicidade, não obstante cria também inúmeros constrangimentos aos direitos, liberdades e garantias dos administrados.

Revela-se de extrema urgência uma revisão do CPA, e respetiva inclusão da regulamentação do procedimento automatizado.

Uma correta disciplina da automação administrativa poderia, por exemplo, contribuir para minorar os riscos de um acesso desigualitário e discriminatório. Os procedimentos administrativos automatizados apresentam, particularidades que não resolúveis pelo CPA. Aconselha-se uma revisão substancial, centrada em relações multilaterais da Administração de cariz predominantemente consensual.

3. Os desafios do uso da inteligência artificial no Processo Administrativo – Do juiz humano ao juiz *robot*

Por outro lado, do ponto de vista da justiça administrativa, ao longo do século XXI temos assistido a um aumento substancial da conflitualidade, e, por conseguinte, da litigiosidade. Nessa esteira, verifica-se um claro aumento do recurso aos tribunais. Face à escassez de meios materiais e humanos na justiça estadual, excesso de formalidades e complexidade das matérias objeto de litígio, as decisões tornam-se cada vez mais morosas e ineficientes.

Face aos problemas diagnosticados, temos vindo a assistir a uma desmaterialização do processo. Em 2019 este processo intensificou-se não só no domínio do processo civil²⁷, em 2019 procedeu-se igualmente a uma verdadeira desmaterialização do processo administrativo. O Código de Processo dos Tribunais Administrativos foi objeto de alteração com a Lei nº 118/2019, de 17 de setembro, transitando o legislador de uma mera preferência pelo processo eletrónico para uma efetiva desmaterialização. Aliás a epígrafe do artigo 24º do CPTA era “realização de atos processuais” passando a ser, posteriormente à alteração, “processo eletrónico” o que não deixa qualquer margem para dúvidas acerca da opção legislativa.

Embora possamos identificar alguns problemas específicos que a automatização do processo poderá acarretar, nas diversas fases da tramitação processual²⁸, optar por não discorrer sobre os aspetos processuais, mas antes as dificuldades substanciais de acesso à justiça.

A desmaterialização processual acarreta evidentes vantagens²⁹ ³⁰ ao nível de custos, eficiência e tratamento equitativo das partes. Por um lado, é evidente a diminuição de custos para o Estado que não terá que fazer um arquivo em papel e por outro lado, para o particular que se vê dispensado das despesas inerentes às diligências presenciais. A informalidade resultante da não realização de atos presenciais conduz, por sua vez, a uma maior celeridade.

Outra vantagem que se pode apontar à justiça digitalizada prende-se com a publicidade e transparência dos processos. Tratando-se de uma justiça digital facilita o acesso às decisões judiciais. As próprias audiências podem ser facilmente disponibilizadas através de plataformas digitais.

Embora um sistema informatizado de justiça possa conduzir à existência de inúmeras vantagens não podemos considerá-lo desprovido de desvantagens, sobretudo no que respeita ao sistema garantístico.

²⁷ O Decreto-Lei nº 97/2019, de 26 de julho, introduziu importantes alterações no âmbito da desmaterialização, não consistindo esta apenas em documentos eletrónicos mas através da previsão de um sistema informática capaz de realizar muitas mais tarefas, auxiliando o juiz na tomada de decisões.

²⁸ A este propósito vide Tiago SERRÃO, “Processo eletrónico e ação administrativa: breves reflexões”, *Revista do Ministério Público*, nº 161, janeiro a março de 2020, pp. 77-98.

²⁹ Jonh ZELEZNIKOW, “Can Artificial Intelligence and Online Dispute Resolution Enhance Efficiency and Effectiveness in Courts”, *International Journal for Court Administration*, vol. 8, 2017, p. 30.

³⁰ Artur FLAMINIO e Daniela MIRANTE, “A justiça Administrativa digital: algumas questões constitucionais”, in AAVV, *Direito Administrativo e tecnologia*, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 182-183.

Alguns desafios que podemos identificar na justiça automatizada, já foram expostos na primeira parte deste artigo como é o caso do problema da discriminação no acesso aos meios eletrônicos e a dificuldade inerente ao poder discricionário, designadamente na interpretação e aplicação de alguns conceitos indeterminados.

Outros problemas são exclusivos da dimensão processual.

O primeiro desafio que se impõe ao juiz *robot* é o acompanhamento de todo o raciocínio jurídico³¹ (raciocínio indutivo, dedutivo e abduativo). Ao que se acresce o facto de a sentença resultar de um processo hermenêutico, com a necessidade de se estabelecer algumas analogias e raciocínios complexos. A sentença, é, pois, o resultado de uma ponderação mental complexa, dependente de capacidades humana e inúmeras vezes implica pré conceções morais e éticas, mundividências³² que as máquinas não tem. Existem fatores externos, inerentes ao ser humano, designadamente as emoções que contribuem para a prolação de uma decisão justa, adequada e equitativa.

Outro desafio com que nos deparamos nesta sede relaciona-se com a eventual legitimação da privatização da justiça. Não esqueçamos que as principais plataformas existentes são criadas e geridas por privados e irão ser disponibilizadas ao Estado para que o qualquer cidadão, parte num processo posso ter acesso às mesmas. Tal situação poderá desembocar numa excessiva dependência técnica de privados e clara dificuldade em assegurar a segurança e proteção de dados dos particulares, podendo colocar-se questões de cibersegurança ou pirataria informática. Se tal problema assume relevância nos vários domínios da administração pública, maior relevância terá no domínio da justiça administrativa.

Outra questão prende-se com a necessidade de secretismo de alguns atos processuais. Realizando-se os referidos atos à distância, o acesso aos

³¹ Na Alemanha está a ser desenvolvido um protótipo de *software* chamado ARGUMENTUM, que visa identificar, analisar e recomendar de modo automatizado as estruturas de argumentação jurídica incorporadas na jurisprudência, eletronicamente disponível, do Tribunal Constitucional Federal Alemão (Bundesverfassungsgericht, BVerfG). Ver Constantin HOUY *et al.*, “Towards Automated Identification and Analysis of Argumentation Structures in the Decision Corpus of the German Federal Constitutional Court”, in AAVV, 7th IEEE International Conference on Digital Ecosystems and Technologies (DEST), 2013; C. HOUY *et al.*, “ARGUMENTUM - Towards computersupported analysis, retrieval and synthesis of argumentation structures in humanities using the example of jurisprudence”, KI-2012: Poster.

³² Katherine B. FORREST, “When Machines Can Be Judge, Jury, And Executioner: Justice In The Age Of Artificial Intelligence”, *World Scientific*, 2021, p. xx.

mesmos poderá apenas ser conferido aos intervenientes, mas nada garante que alguém que tenha acesso à ligação não possa ter conhecimento da mesma.

Uma preocupação que também é carreada pela automatização do processo judicial é o comprometimento do princípio da imediação. Este princípio revela uma importância fulcral ao nível da produção de prova, contribuindo que os elementos probatórios recolhidos em sede de instrução sejam fidedignos. Trata-se da melhor forma de aproximar a realidade que se declara e a realidade que efetivamente ocorreu. Em suma, este princípio “providencia o contacto direto entre o sujeito decisor (juiz) e o objeto da decisão, eliminando fatores [que] pudessem representar interferências nessa relação”³³.

O exemplo paradigmático deste tipo de situação ocorre no domínio dos depoimentos de parte, quando a prestação destes não é feita presencialmente, até pode contender com o exercício do direito de contraditório, impedindo-se a contraparte de inquirir e solicitar esclarecimentos adicionais, o que poderá comprometer a obtenção da verdade material. Existem “particularidades (a postura, o rubor, a inquietude, o olhar, a cadência do discurso e do gesto, o tom de voz) que [a] presença física pretende colher de uma forma global e especialmente impressiva. A conexão à distância proporciona, sob este ponto de vista, uma visão empobrecida da realidade complexa que o depoimento representa”³⁴.

A prestação de depoimento à distância condiciona a integridade da informação facultada e por conseguinte a justiça da decisão final.

Outra dificuldade com que nos deparamos, prende-se com a diminuta transparência no que contende com a distribuição de processos, sendo um sistema automatizado permeável a manipulações. Hoje este problema encontra-se minorado com a aplicação “com as necessárias adaptações das disposições dos artigos 204º, nº 2, e 213º do Código de Processo Civil, os quais para além de exigirem transparência na distribuição, impõem ainda a presença de entidades que a asseguram.

Por fim, importa refletir sobre o risco de cristalização de jurisprudência, pois um procedimento automatizado uniforme, sem intervenção do juiz

³³ Lucinda Dias da SILVA, “Processo eletrónico e conexão à distância”, in AAVV, *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, vol. I, Lisboa, AAFDL Editora, 2018, p. 697 e ss.

³⁴ Lucinda Dias da SILVA, “Processo eletrónico e conexão à distância”, *op. cit.*, p. 707.

capaz de aferir as particularidades do caso concreto, poderá conduzir a um tratamento igualitário de questões substancialmente diferentes.

Por outro lado, ao introduzirmos decisões judiciais num *software*, este decidirá de acordo com as decisões previamente obtidas, o que poderá impedir o surgimento de decisões inovadoras e uma jurisprudência cristalizada.

Por fim, surgem preocupações éticas³⁵ com a intervenção de um juiz robot na prolação de sentenças judiciais, a qual estabelece um conjunto de princípios aplicáveis neste âmbito³⁶.

Com o mesmo propósito, em 2021, a Comissão emanou uma proposta de regulamento para enquadramento legal da inteligência artificial a nível Europeu.

No ordenamento jurídico Português ainda se denota uma escassa regulamentação neste âmbito, pelo que impõe-se a criação de uma entidade independente que fiscalize, acompanhe e verifique a atuação dos sistemas de inteligência artificial, de forma a aferir se estes cumprem os padrões subjacentes à ética.

Em suma, podemos afirmar que urge a necessidade de enquadramento legal da inteligência artificial no domínio da Administração Pública, quer no contendo com a atividade procedimental automatizada, quer no que toca à vertente adjetiva da matéria.

Deverá ser criado um corpo principiológico adequado à nova realidade tecnológica para que não sejam descuradas as garantias dos cidadãos.

Todos os desafios apontados justificam a existência de um diploma normativo que estabeleça as condições jurídicas, éticas, procedimentais e garantísticas da Administração digital.

³⁵ A este propósito *vide*, Maria DYMITRUK, “Ethical Artificial Intelligence in Judiciary”, *Conference: 22nd International Legal Informatics Symposium IRIS 2019: Salzburg, Austria, February 2019*, conference paper.

³⁶ Carta Ética Europeia sobre o uso de Inteligência Artificial nos Sistemas Judiciais, disponível em <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>

AS CIDADES E A NATUREZA: LINHAS DE (DES)CONTINUIDADE

Carla Amado Gomes*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.11>

Morre jovem o que os Deuses amam

Em memória da gentil Benedita Mac Crorie

0. As cidades como inimigas da Natureza: uma inevitabilidade?

Numa avaliação intuitiva, a generalidade das pessoas não terá dúvidas em afirmar que a cidade é inimiga do campo, é destruidora da Natureza e aniquila o efeito apaziguante que esta tem. Na viragem do século XIX para o século XX, é publicado o romance póstumo de Eça de Queirós, *A cidade e as serras*, no qual o magistral escritor, através do alter-ego Jacinto, louva as virtudes da vida no campo e deprecia o frenesim da cidade. Há algo de retorno ao estado de Natureza quando se pensa na vida no campo e uma imediata associação à perda de paz interior no contexto da cidade. O tempo, essa inestimável grandeza, evapora-se na cidade e agiganta-se no campo.

* Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Investigadora do Centro de Investigação de Direito Público (CDP); Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto). Endereço de correio electrónico: carlamadogomes@fd.ul.pt

Numa perspectiva biocêntrica, parece evidente que as cidades constituem espaço reconstruído à medida das necessidades humanas, com inevitável destruição do meio ambiente anteriormente existente¹. A cidade é uma criação do homem e implica ocupação do espaço, que *in illo tempore*, era natural, ou seja, pré-existia². O solo primordial, com os ecossistemas aí presentes, cursos de água e relevos naturais, é moldado pelo engenho humano para erigir polos de interação social, normalmente com fins comerciais e/ou defensivos — e desaparece nas suas características essenciais.

Notícias como ursos vagueando em vilas no Alaska procurando comida ou de tigres atacando pessoas em cidades do interior da Índia são exemplos preocupantes de continuidades patológicas entre a cidade e o campo. A expansão desordenada, por um lado, e os efeitos das alterações climáticas, por outro lado, condenam irreversivelmente os habitats de certas espécies e “aproximam-nas” das cidades, pondo em risco tanto pessoas como os seus espécimes. No mesmo plano, estudos provam mutações em espécies de pássaros residentes em parques urbanos, devido à poluição sonora, e a taxa de incidência de doenças respiratórias aumenta entre cães e gatos em razão da poluição atmosférica de certas cidades³. A afectação do solo e o desaparecimento da flora residente são as consequências mais imediatas, com efeitos perniciosos como desmatamento, erosão, contaminação de água e atmosfera, concentração de emissões de CO₂ (ilhas de calor). Em contrapartida, vários

¹ No Direito português, a Lei nº 11/82, de 2 de Junho (hoje revogada pela Lei nº 22/2012, de 13 de Maio, com as alterações introduzidas pela Lei nº 39/2021, de 24 de Junho), que acolhia o regime de criação e extinção das autarquias locais e de designação e determinação da categoria das povoações, estabelecia no artigo 13º em regra, que “Uma vila só pode ser elevada à categoria de cidade quando conte com um número de eleitores, em aglomerado populacional contínuo, superior a 8000 e possua, pelo menos, metade dos seguintes equipamentos colectivos: a) Instalações hospitalares com serviço de permanência; b) Farmácias; c) Corporação de bombeiros; d) Casa de espectáculos e centro cultural; e) Museu e biblioteca; f) Instalações de hotelaria; g) Estabelecimento de ensino preparatório e secundário; h) Estabelecimento de ensino pré-primário e infantários; i) Transportes públicos, urbanos e suburbanos; j) Parques ou jardins públicos”. A Lei nº 22/2012 revogou a Lei nº 11/82 e até hoje permanece o vazio legal sobre os critérios de elevação de povoações a cidades. Antes das eleições autárquicas de 2021, o tema voltou a ser debatido – informação disponível em <https://www.dn.pt/politica/com-autarquicas-a-porta-ps-propoe-repor-lei-que-eleva-vilas-e-cidades-13892714.html> –, mas até agora sem resultados.

² Na formulação do Oxford Dictionary, a Natureza corresponde a “The phenomena of the physical world collectively, including plants, animals, the landscape, and other features and products of the earth, as opposed to humans or human creations”.

³ Informação disponível em <http://g1.globo.com/sao-paulo/respirar/noticia/2011/04/poluicao-tambem-afeta-saude-dos-animais-em-sp.html>

estudos recentes provam que as cidades estão a atrair mais abelhas e abelhões do que o campo⁴.

Há cidades com um entorno natural tão exuberante — o exemplo óbvio é o Rio de Janeiro, mas outras cidades, como Tampa (nos EUA) ou Londres (no Reino Unido) figuram nas listas de cidades mais arborizadas do mundo⁵ — que quase esquecemos que são centros urbanos. No entanto, se certas cidades estão naturalmente miscelaneadas com componentes ambientais naturais (como algumas cidades mediterrânicas ou alpinas), a grande maioria como que encastra espaços verdes no seu seio, criando “pulmões” (Lisboa e Monsanto; Nova Iorque e o Central Park). É nesta sede que se coloca a equação: a cidade na Natureza ou a Natureza na cidade⁶?

Justamente, numa perspectiva antropocêntrica, a cidade não é forçosamente inimiga da Natureza, antes pode ser uma continuação de um espaço humanamente dominado — Melosi até constrói o seguinte silogismo: “Humans are natural / Humans build cities / Cities are natural”. É, de resto, pouco contestado — e até afirmado, por exemplo, na Lei de Bases do Ambiente portuguesa (Lei nº 19/2014, de 14 de Abril) — que a *paisagem*, natural e construída, faz parte da lista de componentes ambientais naturais [artigo 10º, alínea f)]⁷. O conceito de “infraestruturas verdes”, que cultiva a implantação de elementos naturais em edifícios e espaços públicos começa a fazer parte de certas paisagens urbanas, como os *raingardens* de Roterdão ou os *green roofs* de Londres. É o esverdear das cidades⁸.

Correntes como a Ecologia Urbana, o subramo da Ecologia que lida com a interação entre flora, fauna e pessoas no contexto urbano ou urbanizável, e instrumentos como as Soluções baseadas na Natureza — do anglosaxónico “Nature based Solutions (NbS)”, definidas pela União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN) como “as acções

⁴ Informação disponível em <https://www.wilder.pt/historias/cidades-estao-a-atrair-mais-abelhas-e-abelhoes-que-o-campo>

⁵ Cf. “Which city has the most trees?”, *The Guardian*, Novembro de 2019 (com base numa pesquisa desenvolvida pelo MIT utilizando um critério de percentagem de área da cidade ocupada por árvores) – informação disponível em <https://www.theguardian.com/cities/2019/nov/05/green-streets-which-city-has-the-most-trees>

⁶ Drago KOS, “Nature in the city or the city in nature?”, *Urbani Izziv*, vol. 19, nº 2, 2008, pp. 129 e ss., disponível em <https://www.jstor.org/stable/24906037?seq=1> [12.06.2022].

⁷ No sentido de que a paisagem pertence ao foro do Direito do Património Cultural, Carla Amado GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*, 5ª ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2022, pp. 41-42.

⁸ Cf. Chi Yung JIM e Puay Yok TAN, *Introduction to green city: idea and ideal*, Singapore, Springer, 2017, *passim*.

destinadas a proteger, gerir sustentavelmente e restaurar ecossistemas naturais ou modificados, que enfrentam desafios sociais maiores (como gestão da água, alimentação, alterações climáticas, efectiva e adaptativamente, providenciando simultaneamente qualidade de vida humana e benefícios para biodiversidade”⁹ — são tentativas de conciliar a artificialidade citadina com a naturalidade campestre.

Mas serão conciliáveis?

1. A animosidade entre a cidade e a Natureza

Porque a cidade precisa de destruir Natureza para se implantar ou expandir, a maior barreira a essa realização seria a atribuição de personalidade a componentes ambientais como rios ou florestas. Se na Europa esta afirmação pode provocar um sorriso – de complacência ou desdém —, um Estado como o Equador reconhece direitos à Natureza no plano constitucional (artigo 71º), e a jurisprudência já por diversas vezes sancionou este entendimento¹⁰. No Equador, precisamente, o Tribunal Constitucional reconheceu, em 2018, ao rio Vilcabamba um direito à integridade¹¹ e, na Colômbia, o Supremo Tribunal de Justiça afirmou, no mesmo ano, a Amazônia colombiana como sujeito de direitos¹². Fora da mundividência latino-americana, na Nova Zelândia, uma lei de 2017 atribuiu personalidade jurídica ao rio Whanganui, e essa medida teve eco na Índia (o rio Ganges passou a ter direitos) e também no Bangladesh (onde foi reconhecida personalidade jurídica a todos os rios do país)¹³. E há até autores que defendem a personalização dos componentes

⁹ Informação disponível em <https://www.iucn.org/commissions/commission-ecosystem-management/our-work/nature-based-solutions>

¹⁰ Mihnea TANASESCU, “The rights of nature: the making of an idea”, *International Journal of Environmental Studies*, 2013, disponível em <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/00207233.2013.845715>. [12.06.2022].

¹¹ Acórdão de 28 de Março de 2018, sentença 018-22-SIS-CC, caso 032-11-IS, disponível em <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload659.pdf> [12.06.2022].

¹² Acórdão de 5 de Abril de 2018, proc. T1100122030002018-00319-01, disponível em <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml> [12.06.2022]. Sobre o tema, Paola Villavicencio CALZADILLA, “A paradigm shift in courts view on nature: the Atrato river and Amazon basin cases in Colombia”, *LEAD: Law Environment and Development Journal*, vol. 15, nº 1, 2019, pp. 49 e ss., disponível em <http://www.lead-journal.org/content/19049.pdf>. [12.06.2022].

¹³ Cf. Mihnea TANASESCU, *When a river is a person: from Ecuador to New Zealand, Nature gets its day in court*, 2017, disponível em <https://editions.lib.umn.edu/openrivers/article/when-a-river-is-a-person-from-ecuador-to->

ambientais e do ecossistema em geral, propugnando um direito a não serem “usados”¹⁴.

Esta via é duvidosa, à luz dos parâmetros jurídicos tradicionais, e perigosa, por absolutizar direitos de realidades que não têm capacidade para os exercer por si sós, nem forma de cumprir deveres (inerentes a direitos), além de colocar elementos da Natureza no mesmo patamar que as pessoas, tornando a ponderação de bens impossível (v.g., o desvio de um rio necessário para salvaguardar a integridade de uma comunidade seria ilegítimo por violar a integridade do rio). O Direito do Ambiente, realidade emergente desde finais dos anos 1960, não precisa, em minha opinião, de ir tão longe.

O estabelecimento de condicionantes de uso em determinadas áreas (v.g., Reserva Ecológica Nacional, REN; programas especiais de protecção da orla costeira) ou relativamente a determinados animais (v.g., lobo ibérico; baleias) e plantas (v.g., sobreiro; florestas tropicais), ou mesmo habitats (v.g. Rede Natura 2000; zonas húmidas protegidas pela Convenção de Ramsar) que podem atingir a proibição de caça, pesca, abate, circulação, tem sido a via seguida pelos instrumentos de Direito do Ordenamento do Território com vocação ambiental — sendo certo que este Direito é de surgimento ainda mais recente do que o Direito Ambiental, datando os primeiros diplomas do início da década de 1980¹⁵. Um dos princípios que o pautam é o do “respeito pelo adquirido”¹⁶, que significa que os primeiros planos aprovados, já na década de 1990, absorveram a realidade física transformada tal como a encontraram, limitando-se a estabelecer condicionamentos de então em diante. Ou seja, a Natureza não se consegue impor à cidade construída por razões estritamente jurídicas, podendo no entanto ser, por um lado, conformadora da configuração de certos espaços urbanos — a figura da Estrutura Ecológica Municipal é acolhida no Regime Jurídico dos Instrumentos de

-new-zealand-nature-gets-its-day-in-court/. [12.06.2022].

¹⁴ Veja-se a obra de Jan G. LAITOS, *The right of non use*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

¹⁵ Vítor CAMPOS, “O ordenamento do território em Portugal: uma perspectiva genealógica”, *ICS Working Papers*, 2015, p. 17, disponível em https://www.researchgate.net/publication/287984002_O_ordenamento_do_territorio_em_Portugal_uma_perspetiva_genealogica. [12.06.2022].

¹⁶ O princípio tem sede expressa no artigo 60º do Decreto-Lei nº 555/99, de 16 de Dezembro (com última alteração pela Lei nº 118/2019, de 17 de Setembro: Regime Jurídico da Urbanização e Edificação). Sobre este ponto, veja-se Pedro Moniz LOPES, *O existente tem direitos? Uma análise normativa do destino da edificação consumada*, Relatório de Mestrado (FDUL), 2006/2007, policopiado, *passim*.

Gestão Territorial (Decreto-Lei nº 380/99, de 22 de Setembro, na versão dada pelo Decreto-Lei nº 80/2015, de 14 de Maio), bem assim como no Decreto Regulamentar nº 15/2015, de 19 de Agosto¹⁷ — e, por outro lado, obstáculo à sua expansão, caso os valores ambientais se sobreponham aos objectivos urbanísticos.

2. A animosidade entre a Natureza e a cidade

Se é verdade que os valores ambientais não justificam a destruição de uma cidade e a reposição do “estado de Natureza” que lhe pré-existiria, já a força dos eventos naturais — nomeadamente, climáticos — pode levar ao abandono de uma cidade. Recorde-se o caso da capital da Guatemala, Antigua, alterada em virtude da proximidade de um vulcão mortífero (mas que subsiste como memória histórica turística) ou, mais impressionante, o anúncio, recente, do abandono da cidade capital da Indonésia, Jakarta, onde residem 2.100 milhões de pessoas, em razão da perspectiva de submersão do seu território em 95% em 2050.

A animosidade da Natureza, insuflada pelas alterações climáticas, relativamente aos empreendimentos humanos — cidades incluídas — já levou até ao desdobramento da avaliação de impacto ambiental (AIA) numa segunda dimensão. Com efeito, a AIA nasceu, nos EUA como metodologia de ponderação preventiva dos efeitos de certos projectos no ambiente — e assim se transmitiu ao ordenamento da União Europeia. O furacão Sandy, que devastou a costa de Nova Iorque em 2012, levou a que, na reconstrução, fossem ponderados os impactos dos projectados efeitos climáticos no edificado a reconstruir, nomeadamente em termos de aproximação da costa,

¹⁷ Nos termos do artigo 13º do Decreto Regulamentar nº 15/2015, de 19 de Agosto: “1. A estrutura ecológica municipal é constituída pelo conjunto de áreas que, em virtude das suas características biofísicas, culturais ou paisagísticas, da sua continuidade ecológica e do seu ordenamento, têm por função principal contribuir para o equilíbrio ecológico e para a proteção, conservação e valorização ambiental e paisagística dos espaços rústicos e urbanos. 2. A estrutura ecológica municipal é identificada e delimitada nos planos directores intermunicipais ou municipais, em coerência com a estrutura regional de proteção e valorização ambiental definida nos programas regionais, e com as orientações contidas nos programas setoriais e especiais que contribuam para os objetivos definidos no número anterior. 3. A estrutura ecológica municipal identificada e delimitada é desenvolvida e concretizada nos planos de urbanização e de pormenor. 4. A estrutura ecológica municipal incide nas diversas categorias de solo rústico e de solo urbano com um regime de uso do solo adequado às suas características e utilizações, não constituindo uma categoria de uso do solo autónoma”.

em razão das previsões de subida do nível das águas. A directiva europeia da AIA, revista em 2014¹⁸, consagra este desdobramento, que gerou a chamada “AIA reversa”.

Alheia a esta alteração mas sensível ao fenómeno das alterações climáticas, a Estratégia Municipal de Adaptação às Alterações Climáticas de Lisboa (EMAAC 2017)¹⁹ altera a cota de construção na zona da Expo, aumentando a altura de construção em razão da projectada subida do nível das águas (do Tejo). Se a adaptação preventiva é facilmente assimilável pela comunidade, já o deslocamento, por interferir com hábitos de vida, gera resistência. Recordem-se as declarações do Ministro do Ambiente na sequência das inundações nas margens do Mondego, aquando da passagem da tempestade Elsa, anunciando a deslocalização de algumas povoações, nomeadamente da vila de Ereira, que rapidamente reformulou, em razão da reacção irada da população. Infelizmente, o futuro mais ou menos próximo poderá configurar essa solução como inevitável, em Portugal como noutras partes do mundo (v.g., nas ilhas do Pacífico ou na cidade de Veneza, onde já se coloca o problema dos deslocados climáticos).

3. A conciliação entre a cidade e a Natureza

As estatísticas da Organização das Nações Unidas revelam uma tendência de concentração crescente da população mundial nos centros urbanos, com valores que superavam os 54% em 2014, e que se espera atingirem os 2/3 até 2050²⁰, razão pela qual a gestão destes espaços é vista como um dos principais desafios do século XXI.

Na verdade, a visão que assenta em que os centros urbanos, dominados pela tecnologia e plenos de infraestruturas, podem existir e evoluir independentemente dos ecossistemas é cada vez mais posta em causa. Ao contrário, vai

¹⁸ Pela Directiva 2014/52/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, que altera a Directiva 2011/92/UE relativa à avaliação dos efeitos de determinados projetos públicos e privados no ambiente.

¹⁹ Informação disponível em https://www.lisboa.pt/fileadmin/cidade_temas/ambiente/qualidade_ambiental/documentos/EMAAC_2017.pdf [12.06.2022].

²⁰ Informação disponível em <https://news.un.org/en/story/2014/07/472752-more-half-worlds-population-now-living-urban-areas-un-survey-finds>.

pontificando a ideia de que as cidades são sistemas abertos e dinâmicos que dependem dos ecossistemas e dos seus componentes para assegurar, a longo prazo, condições de vida, saúde e bem-estar aos seus residentes. Não está em causa, unicamente, o seu relacionamento com os ecossistemas externos, ou seja, a forma como as cidades interagem com a realidade ambiental para lá do seu raio de influência (incluindo as zonas de periferia, designadas “*periurbanas*”), mas também a capacidade de identificarem, valorizarem e preservarem os serviços ecossistémicos aí existentes — os “*serviços ecossistémicos urbanos*”, entenda-se, os benefícios que as pessoas retiram direta ou indiretamente, de forma gratuita ou não, de ecossistemas localizados em zonas desenvolvidas ou de elevada densidade habitacional, incluindo os “*espaços verdes e azuis*” (parques, jardins, loteamentos, florestas urbanas, rios e lagos)²¹.

Especificamente sobre a identificação destes serviços, o Manual TEEB para as cidades — *Ecosystem Services in Urban Management*²² — agrega-os em quatro categorias relevantes: de provisão; regulação; suporte natural; e suporte cultural. A importância destes diferentes serviços varia de cidade para cidade: pense-se em que a contenção de eventos extremos (com certos habitats naturais a actuarem como barreiras contra cheias, tempestades, furacões e deslizamentos de terras) pode ser essencial para uma cidade costeira, ao passo que o sequestro de carbono servirá melhor uma cidade ameaçada pela poluição atmosférica²³.

A infiltração de elementos “naturais” na cidade pode dar-se, muito esquematicamente, através de duas modalidades — eventualmente cumulativas: i) a abertura de clareiras verdes dentro da cidade, sejam parques, hortas, jardins verticais ou telhados ajardinados; e/ou, ii) a recuperação de zonas urbanizáveis ou industriais nas periferias.

i) Quanto mais dentro do miolo da cidade se estiver, mais difícil é cativar os proprietários – sobretudo se privados – para uma diferente afectação da

²¹ Erik GÓMEZ-BAGGETHUN e David BARTON, “Classifying and valuing ecosystem services for urban planning”, *Ecological Economics*, vol. 86, 2013, p. 236. Também a propósito dos diferentes usos do solo que “geram” estes serviços, Dagmar HAASE *et al.*, “A quantitative review of urban ecosystem service assessments: concepts, models and implementation”, *Ambio*, vol. 43, nº 4, 2014, pp. 413-414, disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/s13280-014-0504-0> [12.06.2022].

²² *TEEB Manual for cities*, 2011, pp. 3 e 4, disponível em content/uploads/Study%20and%20Reports/Additional%20Reports/Manual%20for%20Cities/TEEB%20Manual%20for%20Cities_English.pdf [12.06.2022].

²³ Erik GÓMEZ-BAGGETHUN e David BARTON, “Classifying and valuing...”, *op. cit.*, p. 236.

sua propriedade, pois a opção construtiva será sempre mais lucrativa. Acresce que a “libertação” de espaços urbanizados para estruturas verdes, para ter alguma expressão e impacto como estrutura de mitigação de emissões, deve assumir algum relevo espacial, o que implicará uma alteração sensível no desenho da urbe, com eventuais demolições. Uma política pública consistente com a necessidade de promover a saúde e enfrentar as alterações climáticas deverá presidir à destinação dos espaços da cidade, bem assim como a regular a circulação automóvel, a tornar o edificado e os equipamentos urbanos mais eficientes do ponto de vista energético, a garantir a recolha de resíduos e a sua valorização e reciclagem.

A experiência de Roterdão, cidade intensamente industrial e comercial, é um bom exemplo de reconversão urbanística através da metodologia de introdução de serviços baseados na Natureza (NBS). A cidade, litoral e muito permeável à subida do nível das águas, fomentou um plano de captação de água da chuva (para evitar inundações) que passa, entre outras medidas, pela instalação de telhados (130 000 m²) e fachadas verdes, plantação de zonas verdes que absorvem água, abertura de canais de escoamento de água (*blue and green corridors*)²⁴.

Deve notar-se que o termo “green infrastructure” assume um significado mais amplo do que este que estou aqui a conferir-lhe. Na verdade, o *greening* da cidade não se prende apenas com a colonização dos espaços por elementos naturais — água; árvores; zonas húmidas; substituição de plantas tradicionais por vegetação menos consumidora de água — mas também com a introdução de soluções de mitigação e adaptação, no plano das alterações climáticas — painéis solares; substituição de lâmpadas por lâmpadas LED; substituição de janelas e portas por soluções mais energeticamente eficientes.

Segundo Foster, Lowe e Winkelman, “[a]s abordagens de infraestrutura verde ajudam a alcançar as metas de sustentabilidade e resiliência em uma série de resultados, além da adaptação climática. Os benefícios de adaptação climática da infraestrutura verde geralmente estão relacionados com a sua capacidade de moderar os impactos de precipitações ou temperaturas extremas. Os benefícios incluem melhor gestão do escoamento de águas pluviais, redução de incidentes de transbordamentos combinados de tempestades e

²⁴ Informação disponível em <https://oppla.eu/rotterdam-nbs-building-waterproof-city>

esgotos, captura e conservação de água, prevenção de inundações, proteção contra tempestades, defesa contra a elevação do nível do mar, acomodação de riscos naturais (por exemplo, realocação de várzeas) e temperatura ambiente reduzida e efeitos de ilha de calor urbano. A Agência de Proteção Ambiental dos EUA (EPA) também identificou a infraestrutura verde como contribuindo para a melhoria da saúde humana e da qualidade do ar, menor consumo de energia, maior armazenamento de carbono, aumento da área dos habitats de vida selvagem e espaços de lazer, e inflação de valores do solo até 30%”²⁵.

A União Europeia tem trabalhado o conceito de NbS, estreitamente ligado ao móbil de reconversão energética e de incremento de eficiência energética de equipamentos e edifícios. O Relatório *Towards an EU research and innovation policy agenda for nature-based solutions & re-naturing cities*²⁶ frisa as vantagens de mimetizar soluções naturais para tornar as cidades mais resilientes, aproveitando a crescente sensibilização dos cidadãos para a importância da protecção do ambiente e gerando novas oportunidades de negócio. A recuperação de zonas abandonadas, com benefício para pessoas e ecossistemas, é um dos cenários apontados no relatório, uma vez que se parte do zero em termos de ocupação de espaço. O estudo sublinha também a importância das NbS para fins de mitigação (sequestro natural de carbono) e adaptação às alterações climáticas (barreiras naturais contra cheias). O financiamento destas soluções é feito com recurso ao Programa *Horizon 2020*.

O Projecto *Urban GreenUp*²⁷, concluído em Maio de 2022, constitui a primeira concretização deste objectivo. Ao abrigo do projecto, três cidades europeias assumiram-se como pioneiras e sede da experiência (Valladolid, Liverpool e Izmir) e outras duas (Ludwigsburg e Mantova) vão seguir as pisadas, tentando replicar e aprofundar os resultados obtidos. A ideia é expandir o modelo a cidades não europeias (Medellín, Chengdu e Quy Nhon). Os resultados obtidos pelas três primeiras serão agora objecto de análise.

²⁵ Josh FOSTER, Ashley LOWE, Steve WINKELMAN, *The Value of Green Infrastructure for Urban Climate Adaptation*, Center for Clean Air Policy, 2011, pp. ii-iii.

²⁶ *Final report of the Horizon 2020 expert group on “Nature-based solutions and re-naturing cities”*: (full version), disponível em <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/fb117980-d5aa-46df-8edc-af367cddc202> [12.06.2022].

²⁷ Informação disponível em <https://cordis.europa.eu/project/id/730426>.

ii) A segunda via de esverdeamento das cidades — e a que mais acentua a continuidade física com a Natureza — é a recuperação das suas extremas, industriais ou habitacionais, para o “lado verde”, construindo cinturas verdes. A afectação do solo que foi fruto de ocupação industrial a fins agrícolas promove soluções interessantes do ponto de vista do abastecimento da cidade, mas pode envolver operações de descontaminação complexas e de custo avultado, com obrigação de suportação incerta²⁸. A nova directiva renováveis (Directiva 2018/2001, de 11 de Dezembro) aponta para uma recuperação de *brownfields* para cultivo de biocombustíveis de segunda geração, uma vez que a eventual contaminação dos materiais não terá aqui efeitos perniciosos para a saúde humana. O cultivo de bosques nestas áreas pode ser uma outra opção menos onerosa e igualmente relevante da perspectiva ambiental.

De acordo com o estudo da Agência das Nações Unidas para a Alimentação *Guidelines on urban and peri-urban forestry*²⁹, *florestas urbanas* são “redes ou sistemas que compreendem todas as florestas, grupos de árvores e árvores individuais localizadas em áreas urbanas e periurbanas; incluem, portanto, florestas, árvores de rua, árvores em parques e jardins e árvores em zonas abandonadas. As florestas urbanas são a espinha dorsal da infraestrutura verde, unindo as áreas rurais e urbanas e melhorando a pegada ambiental da cidade”. Na construção da cintura verde, interessa sobretudo considerar a floresta periurbana, que apesar de competir com usos edificat rios do solo, tem benefícios para a saúde humana no plano da atenuação da poluição atmosférica, neutraliza o efeito ilha de calor gerado pela cidade, previne a erosão, promove a biodiversidade, ganha especial relevo na regulação dos ciclos da  gua. Para além disso, incrementa o convívio dos membros da comunidade e pode ser palco de iniciativas de educação ambiental.

Enfim, importante é que se alivie a cintura urbana, se esverdeie o entorno da cidade, promovendo espaços de lazer e de reforço das qualidades dos componentes ambientais naturais, contendo a opressão do betão e gerando espaços de saúde e convívio.

²⁸ Cf. Carla Amado GOMES e Luis BATISTA, *Reconversão de solos urbanos e cidades alimenticiamente sustentáveis: o problema da descontaminação de solos para fins agrícolas*, Lisboa, AAFDL Editora, 2019, *passim*.

²⁹ F. SALBITANO (coord.), *Guidelines on urban and peri-urban forestry*, FAO, 2016, p. 2, disponível em <http://agris.fao.org/agris-search/search.do?recordID=XF2017001603>. [12.06.2022].

4. Portugal e a reconquista das cinturas urbanas

A Lei de Bases dos Solos, Ordenamento do Território e Urbanismo (Lei nº 31/2014, de 30 de Maio, com última alteração pela Lei nº 52/2021, de 15 de Junho = LBSOTU) visa implementar a reversão da lógica expansionista das áreas edificáveis, presente em quadros jurídicos anteriores. O *solo urbano*, nos termos deste diploma, é apenas o que está “total ou parcialmente urbanizado ou edificado e, como tal, afeto em plano territorial à urbanização ou à edificação” [artigo 10º, nº 2, al. b) da LBSOTU], passando o *solo rústico* a constituir uma categoria residual. Esta opção permite induzir contenção na conquista de solos rústicos para construção e, em contrapartida, apostar no aproveitamento de espaços dentro da cidade, através da densificação em altura e da reabilitação de edifícios existentes.

Na expressão de Carlos LOBO, a opção da LBSOTU significa “que todo o solo que não seja urbano será rústico até que seja viabilizada a sua edificação ou urbanização. Essa decisão caberá aos decisores municipais, salvaguardadas as devidas condições, *maxime*, a inexistência de restrições de interesse público e a respectiva sustentabilidade financeira e justificação económica. Essa reclassificação dependerá da aprovação de plano de pormenor ou de urbanização, condicionada ao desenvolvimento de um programa estrito de execução”³⁰. A LBSOTU pretende alavancar uma profunda reafectação de solos periurbanos, nos quais não seja possível ou desejável a concretização de operações urbanísticas anteriormente viabilizadas pelo plano.

Assim, e em espelho com a manutenção como rústico de todo o solo não urbano, nos termos do artigo 82º, nº 3, da LBSOTU: “Nos procedimentos de elaboração, alteração ou revisão de planos territoriais a que se refere o número anterior, os terrenos que estejam classificados como solo urbanizável ou solo urbano com urbanização programada, mantêm a classificação como solo urbano para os efeitos da presente lei, até ao termo do prazo para execução das obras de urbanização que tenha sido ou seja definido em plano de

³⁰ Carlos Batista LOBO, “O Novo Modelo de Regulação Económica do Solo, do Ordenamento do Território e do Urbanismo”, Dossier: A nova lei de bases do solo, do ordenamento do território e do urbanismo (Lei nº 31/2014, de 30 de Maio), *E-pública*, nº 2, 2014, pp. 82-83, disponível em https://www.fd.uc.pt/~fpaula/pdf/novidades_julho14.pdf [12.06.2022].

pormenor, por contrato de urbanização ou de desenvolvimento urbano ou por ato administrativo de controlo prévio”. Ou seja, se perderem o potencial edificatório que traziam, nomeadamente por caducidade do prazo de execução dos empreendimentos projectados, poderão voltar à condição de solo rústico.

Este “retorno ao estado de natureza” deverá ser apelativo para os proprietários. A LBSOTU prevê que lhes possam ser atribuídas compensações caso reconvertam as potencialidades edificatórias dos seus terrenos em utilizações mais ecologicamente orientadas, compensações essas que poderão advir do pagamento de serviços ambientais que os seus terrenos passem a fornecer pelo Fundo municipal de sustentabilidade criado pelo artigo 62º, nº 4, da LBSOTU (e que deve ser operacionalizado por cada município, de acordo com as suas características)³¹. Como explica Fernanda Paula Oliveira, a questão de saber se um proprietário de solo rústico pode ser remunerado pelas externalidades positivas produzidas pelo seu terreno ganha hoje acuidade e merece resposta positiva.

Todavia, cumpre saber o que constitui valor acrescentado para efeitos de remuneração, ou seja, o que se traduz numa benfeitoria *necessária* (dever associado à função social da propriedade rústica) ou *voluptuária* (poder de incrementar a qualidade dos serviços ambientais produzidos), pois só a segunda deve ser remunerada. Como escreve a Autora citada, “não são todos os usos nem todas as inibições a dar lugar a esta possibilidade, devendo o legislador explicitar, de forma clara, os *usos correntes* admitidos nestes solos (não remuneráveis) os quais, uma vez identificados, permitem o cálculo de uma compensação *a pagar* pelo proprietário sempre que seja autorizado (por plano ou licença) a realizar um uso mais remunerador (nomeadamente, o edificatório) e, em contrapartida, o cálculo de uma compensação *a receber* pelo proprietário sempre que ele leve a cabo um uso ambientalmente mais adequado, que pode ser ou não compatível com os usos correntes”³². Neste contexto, Fernanda Paula Oliveira apela à constituição de um “fundo

³¹ Sobre este fundo, veja-se Carla Amado GOMES, “Os fundos municipais para a sustentabilidade ambiental e urbanística”, in Fernanda Paula Oliveira (coord.), *Actas do I Congresso de Direito do Urbanismo*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 97 e ss.

³² Fernanda Paula OLIVEIRA, “A utilização do solo rústico (não urbanizável)”, in Suzana Tavares da Silva (coord.), *Desafios Actuais em Matéria de Sustentabilidade Ambiental e Energética*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 271 e ss., 287.

eco-perequativo”³³, que pode rever-se, pelo menos parcialmente, no Fundo de Sustentabilidade a que já aludimos.

Este esquema de reconversão fundiária faz todo o sentido se lermos conjugadamente o artigo 2º — “Constituem fins da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo: a) Valorizar as potencialidades do solo, salvaguardando a sua qualidade e a realização das suas funções ambientais, económicas, sociais e culturais, enquanto suporte físico e de enquadramento cultural para as pessoas e suas atividades, fonte de matérias-primas e de produção de biomassa, reservatório de carbono e reserva de biodiversidade”; a alínea a) do nº 2 do artigo 3º — na qual se apela “à preservação de recursos naturais, à salvaguarda da capacidade de produção dos ecossistemas a longo prazo e da biodiversidade, do equilíbrio biológico, do clima e da estabilidade geológica, harmonizando a vida humana e o ambiente”; e ainda o artigo 13º, nº 2 (todos da LBSOTU), do qual decorre que “Os proprietários do solo rústico têm o direito de utilizar os solos de acordo com a sua natureza, traduzida na exploração da aptidão produtiva desses solos, diretamente ou por terceiros, preservando e valorizando os bens culturais, naturais, ambientais e paisagísticos e de biodiversidade”.

Tendo em consideração estas novas oportunidades abertas pela LBSOTU — que deverão merecer apoio consistente das autoridades municipais —, o cenário de esverdeamento dos limites periurbanos das cidades é menos lírico do que poderia pensar-se há alguns anos. Todavia, devo sublinhar que a contrapartida do pagamento de serviços ambientais que deverá alavancar a reconversão das periferias urbanas em Portugal está algo comprometida, pelo menos temporariamente, uma vez que o recenseamento do tipo de serviços ambientais que Portugal oferece está por fazer, e bem assim a contabilização dos valores agregados. A Resolução do Conselho de Ministros nº 55/2018, de 7 de Maio, que aprova a Estratégia Nacional da Conservação da Natureza e Biodiversidade 2030 enaltece a importância de implementação destas contrapartidas mas reconhece o insuficiente conhecimento que temos das suas características e potencial, bem como a imperiosa necessidade de se proceder a um levantamento exaustivo.

³³ Fernanda Paula OLIVEIRA, “A utilização...”, *op. cit.*, p. 287.

Já a “invasão” massiva do espaço urbano por hortas é mais difícil de conceber, pelo menos em cidades com média e alta densidade, que de acordo com a tendência preconizada pela LBSOTU, tenderão a reabilitar e a verticalizar o seu património edificado. Se promovidas por iniciativa pública, em terrenos públicos, *maxime* municipais — veja-se a experiência da cidade de Oeiras, com as suas hortas urbanas de acesso e utilização regulamentada³⁴ —, terá que se ponderar a mais valia da afectação quando confrontada, por exemplo, com construção de habitação social. Já se os terrenos pertencerem a privados, a sua situação no interior da malha edificada da cidade faz com que a sua destinação a fins agrícolas seja pouco apetecível, dado valor do solo urbanizável. Porém, uma política pública adequada pode alterar este cenário: passando a gestão dos estabelecimentos de ensino básico e secundário para as autarquias, se estas quiserem fornecer refeições biológicas aos alunos, poderá contratualizar esse fornecimento, gerando saúde e eficiência energética.

Insiste-se, porém, em que mesmo a reconversão das cinturas limítrofes deverá tornar-se apetecível para os proprietários dos solos — essa será sobretudo uma tarefa do Fundo municipal de sustentabilidade ambiental e urbanística³⁵, mas também de vários fundos europeus que apoiam a reconversão das cidades para modelos menos carbónicos³⁶. O exemplo do Agri-Urban é particularmente ilustrativo da tentativa de “ruralização” da cidade, tendo em Portugal como pioneira a cidade do Fundão. O programa visa promover iniciativas relacionadas com: a intensificação de circuitos menores de produção e consumo; o acesso à terra e cativação de emprego para jovens na agricultura; a criação de políticas de formação e apoio à inclusão de novos

³⁴ Regulamento nº 162/2018, do Município de Oeiras, publicado no DR, II, de 14 de Março de 2018.

³⁵ Que não é tarefa fácil, como já alertei em “Os fundos municipais...”, *op. cit.*, a pp. 106-107.

³⁶ Vejam-se por exemplo dois Fundos estruturais europeus direccionados para as cidades: Urban Innovative Actions — <https://www.uia-initiative.eu/en/uia-cities>; UrbAct, na dimensão urbano-rural que envolve trabalhar o “ambiente urbano” (<http://urbact.eu/urban-rural>), e Agri-Urban na dimensão rural-urbana, que implica modificar o espaço urbano num sentido mais rural (<http://urbact.eu/agri-urban>). Como se pode ler na página do programa, o Agri-Urban assenta em três eixos, todos eles ancorados num conceito multidimensional de sustentabilidade: i) sociocultural (promoção da qualidade de vida e bem-estar; fortalecimento do sentido de pertença nas comunidades locais; criação de empregos no sector alimentar; capacitação das comunidades, fortalecendo o papel dos cidadãos no desenvolvimento económico); ii) económico (integração territorial através da atracção e fixação de população; melhoria da imagem da cidade através do aumento da competitividade pela captação de profissionais e empreendedores); e iii) ambiental (promoção da agricultura biológica e de boas práticas; preservação do solo, evitando a ocupação urbana de terras férteis e incorporando a agricultura em espaços urbanos adequados e na interface urbano-rural; fomentar a multifuncionalidade em terras rurais).

produtores; o desenvolvimento da agricultura urbana; o incentivo à produção de produtos orgânicos e de projectos de reconversão de terras agrícolas. Enfim, o Agri-Urban pretende favorecer uma nova ligação entre os espaços urbanos e rurais, através de um foco urbano integrado e colocando a meta na criação de emprego.

SOME DISTINCTIVE TRAITS OF THE PORTUGUESE CONSTITUTIONALISM

Catarina Santos Botelho*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.12>

1. Foreword

Benedita Mac Crorie was light – pure light. She captivated her students, her colleagues and peers with her disarming intelligence, grace, humbleness, and irreprehensible intellectual honesty. I had the absolute privilege of getting to know her throughout the years, and to witness how she beautifully balanced her life as a wife and a mother to two amazing children with the challenging responsibilities of an academic job. She was an inspiration and an example to me and to many others. I will forever treasure our conversations, her wise guidance, and the memory of her beguiling smile. This essay is dedicated to her and to her beloved family.

* Assistant Professor and Department Chair of Constitutional Law at the Porto Faculty of Law, Universidade Católica Portuguesa; email: cbotelho@porto.ucp.pt

2. Distinctive traits of Portuguese constitutionalism

2.1. A unique hybrid constitutional justice system¹

The Portuguese constitutional review model is hybrid, as it shares characteristics of the monist/Kelsenian model as also traits of the diffused model of judicial review. The American influence is an indirect one. In fact, Article 63 of the first republican Portuguese Constitution (1911) was inspired in the Brazilian Constitution (1891), which in turn was influenced by the United States Constitution (1787).

In comparison with the Italian, German and Spanish systems of judicial review, the Portuguese system has some unique traits². If the first states opted for concentrated constitutional justice and to give incidental control mechanisms the form of preliminary review, the latter gives *judicial review powers to ordinary courts* as well. Accordingly, if an ordinary judge finds that the norm applicable to a case is unconstitutional, the judge does not suspend the process and questions the Constitutional Court. The Portuguese ordinary courts can *dismiss* the norm application in that concrete judicial process, since they are under the duty not to apply rules, they consider unconstitutional (Article 204)³. Despite having these powers, matters in the ordinary courts can be referred to a court outside the ordinary jurisdiction – a Constitutional Court.

Notwithstanding the appraisal of the original traits of the Portuguese constitutional justice model, the truth is that many scholars suggest improvements. One of the deficits of protection is the absence of a constitutional

¹ Catarina Santos BOTELHO, “Is there a middle ground between constitutional patriotism and constitutional cosmopolitanism? The Portuguese Constitutional Court and the use of foreign (case) law”, in Giuseppe Franco Ferrari (ed.), *Judicial Cosmopolitanism – The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Brill, 2019, pp. 424-448, pp. 426-427.

² *Vide*, amongst many references, Jorge MIRANDA, “As instituições políticas portuguesas”, in AAVV, *La Constitución Portuguesa de 1976 – Un estudio académico treinta años después*, 2006, pp. 35-ff, p. 41; José de Melo ALEXANDRINO, “Il sistema portoghese dei diritti e delle libertà fondamentali: zone franche nella tutela giurisdizionale”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2003, pp. 271-ff, p. 272; Maria Lúcia AMARAL, “Problemas da Judicial Review em Portugal”, *Themis*, VI, 2005, pp. 67-90, p. 82; and Vital MOREIRA, “A ‘fiscalização concreta’ no quadro do sistema misto de justiça constitucional”, *Boletim Comemorativo do 75º Tomo do BFD*, 2003, pp. 815-ff.

³ See J. J. Gomes CANOTILHO and Vital MOREIRA, *A Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 517-523.

complaint mechanism, similar to the Spanish “*recurso de amparo constitucional*” or the German “*Verfassungsbeschwerde*”⁴.

2.2. The longest unamendable clause in the world⁵

Unamendable clauses (also called entrenchment/eternity clauses) are armors against constitutional law’s contingency and portrait a given constitutional identity.⁶ They impose substantial limits to constitutional change.

The Portuguese unamendable clause is so remarkable that it raises the pertinent question of its compatibility with a plural and democratic State⁷. For the first time in Portuguese constitutional history, Article 288 (former Article 290) establishes several substantial limitations to the amendment power⁸.

⁴ António VITORINO, “A justiça constitucional – Notas sobre o futuro (possível?) da justiça constitucional”, *Revista do Ministério Público*, vol. VI, pp. 9-14; Catarina Santos BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais – Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 167-284; Catarina Santos BOTELHO, “Haja uma Nova Jurisdição Constitucional – Pela introdução de um mecanismo de acesso directo dos particulares ao Tribunal Constitucional”, *Revista da Ordem dos Advogados*, nº 70, 2011, pp. 591-623; Jorge MIRANDA, *Ideias para uma revisão constitucional em 1996*, Lisboa, Cosmos, 1996, p. 29; Jorge Reis NOVAIS, “Em Defesa do Recurso de Amparo Constitucional (ou uma Avaliação Crítica do Sistema Português de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade)”, *Themis*, ano VI, 2005, pp. 91-117; J.J. Gomes CANOTILHO, *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 79; Manuel Afonso VAZ, *A Responsabilidade Civil do Estado – Considerações breves sobre o seu estatuto constitucional*, Porto, Universidade Católica Editora, 1995, p. 15, nt. 30 and p. 16, nt. 33; Marcelo Rebelo de SOUSA and José de Melo ALEXANDRINO, *Constituição da República Portuguesa – Comentada*, Lisboa, Livraria Petrony, 2000, p. 103; Maria Lúcia AMARAL, “Queixas Constitucionais e Recursos de Constitucionalidade (Uma Lição de ‘Direito Público Comparado’)”, in AAVV, *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 473-501, pp. 496-499; Nuno PIÇARRA, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como juiz legal e o processo do artigo 177º do Tratado da CEE – As relações entre a ordem jurídica comunitária e as ordens jurídicas dos Estados-membros da perspectiva dos tribunais constitucionais*, Lisboa, Livraria Petrony, 1991, pp. 95-96; Paulo OTERO, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, Lisboa, Lex, 1993, p. 121; and Vital MOREIRA “Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional”, in AAVV, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional – Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 177-198, p. 192.

⁵ I will follow very closely my considerations in Catarina Santos BOTELHO, “Constitutional narcissism on the couch of psychoanalysis: Constitutional unamendability in Portugal and Spain”, *European Journal of Law Reform*, vol. 21, nº 3, 2019, pp. 346-376, pp. 363-366.

⁶ Richard ALBERT, “Constitutional Handcuffs”, *Arizona State Law Journal*, vol. 42, 2010, pp. 663-715, p. 700.

⁷ See Francisco Lucas PIRES, *Teoria da Constituição de 1976 – A Transição Dualista*, Coimbra, 1988, p. 161; and Rui MEDEIROS, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, op. cit., p. 213. Peter Šuber *apud* Fernando ARAÚJO, “Limites à revisão constitucional – um paradoxo?”, *Polis – Revista de Estudos Políticos*, nº 7-8, 1999, pp. 95-99, referred to this norm as “a distressing naivety” of the Portuguese constituent power.

⁸ In the Portuguese constitutional history, only the republican constitution of 1911 established an entrenchment clause, which was the “republican form of government”.

The substantial limits to amendments are the following: “a) National independence and unity of the state; b) The republican form of government; c) Separation between church and state; d) Citizens’ rights, freedoms and guarantees; e) The rights of workers, works councils, and trade unions; f) The coexistence between the public, private, and cooperative, and social sectors of ownership of the means of production; g) The existence of economic plans, within the framework of a mixed economy; h) The appointment of the elected officeholders of the entities that exercise sovereignty, of the organs of the autonomous regions and of local government organs by universal, direct, secret and periodic suffrage, and the proportional representation system; i) Plural expression and political organisation, including political parties, and the right of democratic opposition; j) The separation and interdependence of the entities that exercise sovereignty; l) The subjection of legal norms to review of their positive constitutionality and of their unconstitutionality by omission; m) The independence of the courts; n) The autonomy of local authorities; o) The political and administrative autonomy of the Azores’ and Madeira’s archipelagos”⁹.

Material limits can be *implicit* as well. Scholars have identified some implicit limitations, such as: the protection of territorial integrity (inferred from the unity of the State)¹⁰, the principle of irresponsibility of judges (derived from the principle of judicial independence and impartiality), and the prohibition of lifelong mandates (resulting from the democratic principle)¹¹.

The current version of the Portuguese Constitution contains 14 clauses of entrenchment, as some were removed or altered in the constitutional amendment of 1989. Therefore, “it is quite clear that the unchangeable clause was indeed changed. The collapse of communism and the political changes of the 90s asked for a renewed understanding of what a constitution should

⁹ This provision was approved by a significant majority, since only five parliament members of the conservative CDS-PP (Popular Party) voted against it.

¹⁰ Oran DOYLE, “Constraints on Constitutional Amendment Powers”, in R. Albert *et al.* (eds.), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, Portland, Hart Publishing, 2017, pp. 73-95, p. 94. Yaniv ROZNAI and Susan SUTEU, “The Eternal Territory? The Crimean Crisis and Ukraine’s Territorial Integrity as an Unamendable Constitutional Principle”, *German Law Journal*, vol. 16, 2015, pp. 542-580, p. 573, believe that the alteration of a polity such as territoriality should be done through existing constitutional processes.

¹¹ Jónatas E. M. MACHADO, “The Portuguese Constitution of 1976”, in X. Contiades (ed.), *Engineering Constitutional Change – A Comparative Perspective on Europe, Canada and USA*, Routledge, 2013, pp. 273-298, p. 283.

be: not a government's programme, not a semantic constitution, but an open constitution. As the constitutional *praxis* did not take these limits into consideration, they became obsolete norms"¹².

The Portuguese Constitution does not seem to allow a simultaneous double revision, which is the synchronized amendment of the entrenchment clause and of the principles and articles related to that limit¹³. However, the 1989 amendment did operate a synchronized amendment, eliminating former paragraph *j*) from the substantial limits list¹⁴. Simultaneously, Article 81 of the Constitution was modified regarding "nationalizations" and "rural estate property", while other significant changes were introduced in the economic Constitution, concerning the "structure of the means of production".

2.3. The economic constitution

One of the most interesting features of the Portuguese Constitution is the relevance given to economic, social, and cultural rights. Notwithstanding the incompleteness of the sociological split between functional and aspirational conceptions of constitutionalism, the Portuguese constitution fits well in the latter. *Aspirational constitutionalism* embodies the following traits: a prolix and exhaustive constitutional text; a wide catalogue of fundamental rights; and the very generous granting of social constitutional rights, even beyond the budgetary possibilities of the State¹⁵. Such constitutional arsenal is sometimes difficult to interpret and to implement. Therefore, questions rise regarding the dilution of borders between judicial and legislative power¹⁶.

¹² Catarina Santos BOTELHO, "Constitutional narcissism on the couch of psychoanalysis...", *op. cit.*, pp. 363-264. See Richard ALBERT, "Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude", *American Journal of Comparative Law*, vol. 62, n° 3, 2014, pp. 641-686. Another interesting perspective is the idea of "constitutional atrophy". See Adrian VERMEULE, "The Atrophy of Constitutional Powers", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 32, n° 3, pp. 421-444.

¹³ Catarina Santos BOTELHO, "Constitutional narcissism on the couch of psychoanalysis...", *op. cit.*, p. 363.

¹⁴ Paragraph *j*) stated "the participation of grass-roots popular committees in the local government". The former version of paragraph *f*) entrenched "the principle of collective appropriation of the means of production, of the soil, and of natural resources" and "the prohibition of monopolies and large rural estates" (currently paragraph *f*) has a softer tone: "the coexistence of the public, private and cooperative and social sectors of ownership of the means of production"). Former paragraph *g*) entrenched the "principle of democratic central planning of the economy" (now: "economic plans" "within the framework of a mixed economy").

¹⁵ Catarina Santos BOTELHO, *Os direitos sociais em tempos de crise...*, *op. cit.*, pp. 167-164.

¹⁶ Catarina Santos BOTELHO, "Aspirational constitutionalism, social rights prolixity and judicial activism: trilogy or trinity?", *Comparative Constitutional Law and Administrative Law Quarterly*, vol. 3, n° 4, 2017, pp. 62-87, pp. 76-84.

The wishful thinking of the Portuguese constitutional framers is well documented. Many foreign authors considered this baroque text an inconsistent compromise between liberalism and socialism, or a “project for building a future”¹⁷. Portuguese *economic constitution* was inspired in the Constitution of the Republic of Weimar (1919) and the philosophies of “economic democracy” (*Wirtschaftsdemokratie*) and “social market economy” (*soziale Marktwirtschaft*)¹⁸.

One must highlight, though, that, during the monarchic constitutions (1822, 1826, and 1838) and the first republican constitutional experience (1911) a kind of “implicit economic constitutionalism” occurred: minimum state and maximum individual freedoms (economic liberalism)¹⁹. The authoritarian Constitution of 1933 was the first Portuguese constitution ever to implement an economic and social order – corporatism – being, thus, the first formal economic constitution²⁰.

The current Portuguese Constitution (1976), implemented after the transition to democracy, tried to implement a socialist economic constitution, which gathered legal, philosophical and economic principles envisioned for transitioning to a classless society²¹. Revolutionary socialism and collectivism meant economic change through: (i) collective appropriation of the main means of production; (ii) democratic economic planning; (iii) and the exercise of democratic power by working people²². The Constitution recognized three major sectors of ownership: the public sector (which should be the dominant one); the cooperative sector; and the private sector.

¹⁷ Orlando de CARVALHO, “The Constitution of the Republic of Portugal and the ownership of the means of production”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1981, pp. 223-229, p. 223.

¹⁸ See António Luís Silva BATISTA, “As constituições económicas portuguesa e espanhola em perspectiva comparada: transição democrática e abertura relativa dos sistemas económicos ibéricos”, *O Direito*, vol. IV, 2012, pp. 909-950; and Paulo Alves PARDAL, “O acidentado percurso da constituição económica portuguesa”, *Revista de Concorrência e Regulação*, nº 22, 2015, pp. 17-53, pp. 20-21.

¹⁹ Manuel Afonso VAZ, *Direito Económico*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 51-52.

²⁰ Paulo Alves PARDAL, “O acidental percurso da constituição económica portuguesa”, *op. cit.*, p. 25.

²¹ The constitutional text had norms such as: “the Portuguese Republic is a Democratic State [with] the goal of assuring the transition to socialism through the creation of conditions for the exercise of power by the working classes” (article 2); “the law can regulate that the expropriation of landowners, owners and entrepreneurs or shareholders does not give rise to any compensation” (Article 82); “all nationalizations [are] irreversible conquests of the working classes” (Article 83).

²² Orlando de CARVALHO, “The Constitution of the Republic of Portugal...”, *op. cit.*, p. 224.

Constitutional amendments of 1982 and 1989 were of paramount importance, as they revisited the economic constitution, eliminated many of its norms, and neutralized the main socializing traits²³. Additionally, after the Portuguese adhesion to the (then) European Communities, in 1985, and the Maastricht Treaty, in 1992, the economic constitution shifted very clearly to a market economy and to a regulatory state. The current economic constitution (Articles 80 to 107) is, beyond a doubt, surpassed by the European economic constitution²⁴.

Hence, some doctrine considers that the Portuguese economic constitution needs further amendments which can truly reflect the European integration²⁵. More vehemently, Paulo Otero considers that the economic constitution should be fully interpreted in conformity with EU law, even if that means the “marginalization or ignorance of constitutional provisions contrary or barely compatible with certain imperatives that stem from EU law”²⁶.

2.4. Perfectionism and prolixity of the fundamental rights catalogue

Fundamental rights are codified in the Portuguese constitution “with a careful, quite perfectionist, systematization which can rarely be found in comparative constitutional law”²⁷. The Fundamental rights catalogue consists of sixty-eight articles. With regard to liberty rights, if the Constitution bravely

²³ Catarina Santos BOTELHO, “Aspirational constitutionalism, social rights prolixity and judicial activism...”, *op. cit.*, p. 66.

²⁴ Manuel Afonso VAZ and Manuel Fontaine CAMPOS, “Anotação ao artigo 80º”, in J. Miranda & R. Medeiros (eds.), *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. II, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2018, pp. 13-27.

²⁵ Carlos Blanco de MORAIS, *Curso de Direito Constitucional – Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 260; Francisco Pereira COUTINHO and Nuno PIÇARRA, “Portugal: The Impact of European Integration and the Economic Crisis on the Identity of the Constitution”, in A. Albi and S. Bardutzky (eds.), *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, 2019, pp. 591-639, 600; and Pedro COUTINHO, *A Constituição Económica Portuguesa à Luz da Globalização e da Integração Europeia*, Lisbon, AAFDL, 2021.

²⁶ Paulo OTERO, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 549. In a similar vein, Vital MOREIRA, “A CRP e a União Europeia”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Coimbra, Almedina, vol. I, 2016, pp. 869-926, p. 905.

²⁷ Jorge Reis NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 240.

declares that they “bind private entities” (Article 18, § 1), it then paradoxically abandons them to the ordinary justice, as a constitutional complaint mechanism is not consecrated in the Constitution²⁸.

As I mentioned above, the hope for continuous progress translated in the Portuguese constitution having one of the widest social rights catalogues in the world and probably the broadest in Europe.

For example, Article 66 consecrates the *right to environment and quality of life* with such density that it places the Portuguese Constitution as a pioneer in environmental protection through fundamental rights’ constitutionalization. Echoing this concern, the Portuguese constitution influenced the Spanish, Brazilian and Mozambican ones²⁹. Besides this, the detailed list of rights, freedoms and guarantees regarding the criminal justice system (articles 27 to 32) is quite unusual from a comparative constitutional law perspective³⁰.

In consonance with the “clear-cut division of the time”³¹, the Portuguese Constitution rifts fundamental rights in *two categories*: (i) rights, liberties, and freedoms (Title II – Articles 24 to 57); and (ii) social, economic, and cultural rights (Title II – Articles 58 to 79).

This division would not be relevant if the constitutional framer did not consecrate a special regime for rights, liberties, and freedoms (herein liberty rights). Indeed, the Portuguese Constitution reserves a special regime to liberty rights³². This raises the question of social rights’ regime. Is it the

²⁸ Jorge Reis NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional...*, *op. cit.*, p. 289.

²⁹ Maria da Glória GARCIA and Gonçalo MATIAS, “Anotação ao artigo 66º”, in J. Miranda and R. Medeiros (eds.), *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 1340-1355.

³⁰ Francisco Pereira COUTINHO and Nuno PIÇARRA, “Portugal: The Impact of European Integration...”, *op. cit.*, pp. 606-607.

³¹ “This systematic option is the reality of most international legislation approved after the Second World War. In 1966, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) were approved. [In] an international regional dimension, there is also a clear division between the European Convention on Human Rights (1950) and the European Social Charter (1961). The latter has a very inferior enforceability level when compared to the ECHR”. Catarina Santos BOTELHO, “Aspirational constitutionalism, social rights prolixity...”, *op. cit.*, pp. 68-69. See also SIMON DEAKIN and Jude BROWNE, “Social Rights and Market Order: Adapting the Capability Approach”, in T. K. Hervey & J. Kenner (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective*, Hart Publishing, 2003, pp. 27-43, p. 38.

³² They have immediate applicability, bind public and private entities and benefit from rigorous limitations to their restriction (Article 18, clearly inspired by Article 1/3 from the German *Grundgesetz*); the right to “resist any order that infringes their rights, freedoms or guarantees and, when it is not possible to resort to the public authorities, to use force to repel any aggression” (Article 21); furthermore, unless it also authorizes the Government to do so, the

same as liberty rights? The Portuguese doctrine is highly divided in this matter³³. I stand for a renewed understanding of social rights, grounded in material indivisibility and structural interaction between liberty rights and social rights³⁴.

Article 17 consecrates an open clause on fundamental rights concreteness, which, in turn, allows immediate applicability of rights that have a similar/analogous nature to liberty rights³⁵. This permits bridging liberty rights and social rights, upgrading social rights sometimes more evanescent structure. From a comparative constitutional law perspective, Article 17 is an innovative norm³⁶.

Social rights enforcement was unsettled during Troika's intervention in Portugal (2011-2014). The Memorandum of Understanding signed between the Monetary International Fund, the European Commission and the European Central Bank compelled the Portuguese legislators to a very strict austerity programme. Consequently, several measures which distressed Portuguese societal tissue were implemented: public sector wage cuts, tax increases, flexibilization of dismissal rules, pensions cuts and other welfare benefits, privatization of public utilities, increased working hours (for civil

Assembly of the Republic (Parliament) has exclusive competence to legislate on liberty rights [*b*] n° 1 Article 165 – Although some social rights also benefit from this partially exclusive legislative competence from the Assembly of the Republic, given *f*), *g*) and *b*) no 1 Article 165 (bases of social security, national health service, nature/ecologic balance/cultural heritage and the e general regime governing rural and urban rentals); finally, amongst several material limits on constitutional amendment, “constitutional revision laws must respect citizens’ rights, freedoms and guarantees” [*d*] Article 288].

³³ There are “three main narratives that were built around this inquiry: (*i*) Some authors defend a rigid bifurcation between liberty and social rights and even argue for *an ontological superiority* of liberty rights when compared with social rights. Far from conferring independent constitutional rights, social rights would be principles orientating the state’s action. (*ii*) On the other extreme of this discussion, others defend regime *parity* between both rights and refuse any distinction. Then, all *infra* constitutional legislation on social rights is a constitutional *continuum*. (*iii*) The majority of the doctrine supports an intermediate thesis – more or less equidistant – which states that there is no substantial hierarchy between rights (are indivisible, unitary and non-hierarchical), just a *formal* distinction, based either on different regimes, on State’s duties or even on the determinability of the right’s content”. Catarina Santos BOTELHO, “Aspirational constitutionalism, social rights prolixity...”, *op. cit.*, pp. 72-73.

³⁴ Catarina Santos BOTELHO, *Os direitos sociais em tempos de crise...*, *op. cit.*, pp. 313-321.

³⁵ Article 17 states the following: “The regime governing rights, freedoms and guarantees applies to those set out in Title II and to fundamental rights of an analogous nature”.

³⁶ Carlos Blanco de MORAIS, *Curso de Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 573; Catarina Santos BOTELHO, *Os direitos sociais em tempos de crise...*, *op. cit.*, p. 122, and pp. 305-311; Jorge MIRANDA and Rui MEDEIROS, “Anotação ao artigo 17º”, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, *op. cit.*, pp. 302-309; J.J. Gomes CANOTILHO and Vital MOREIRA, *A Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2017, pp. 370-378; and Manuel Afonso VAZ, *Teoria da Constituição...*, *op. cit.*, p. 160.

servants and equivalent), convergence of pension systems (public and private sectors), amongst other measures³⁷.

In the beginning of the application of the Memorandum of Understanding, the PCC was criticized for its *favor legislatoris* jurisprudence³⁸. Yet, deference towards the legislator started to decrease by 2012, as the argument of a “transitional and exceptional circumstance” could not be sustained for a long period of time³⁹. In 2013/2014, the PCC considered the argument of the exceptional economic-financial conjuncture as surpassed⁴⁰.

PCC’s crisis jurisprudence received unprecedented attention and international coverage⁴¹. If some acclaimed the Court’s unwillingness to convey with social state downsizing, others criticized it for obstructing free-market economy, and even suggested the “dissolution of the Constitutional Court as an independent court”⁴².

For current purposes, we can discuss if the “constitutional identity” of some EU Member States (such as Greece, Spain, Portugal or Italy) was respected by the European entities during their international bailouts. To Francisco

³⁷ Catarina Santos BOTELHO, “Aspirational constitutionalism, social rights prolixity...”, *op. cit.*, p. 79.

³⁸ During 2010 and 2011, PPC judgments seemed to adhere to the crisis’ rhetoric and to refrain from interfering with budgetary impositions and international commitments. See PCC ruling number 399/2010, from October 27th (retroactive personal income tax pensions); and number 396/2011, from September 21th, (public sector wage cuts).

³⁹ Therefore, its tolerance to the crisis argument would be *inversely proportional* to the duration of the crisis. PCC ruling number 353/2012, from July 5th (suspension of the Christmas-month (13th month) and holiday-month (14th month) payments of annual salaries, both for persons who receive salaries from public entities and for persons who receive retirement pensions from the public social security system). This judgment was highly controversial, as the PCC limited the retroactive effects of the declaration of unconstitutionality on the grounds of “exceptionally important public interest” (Article 282/4). In fact, the PCC suspended its decision’s effects in order to permit the full execution of the state budget (which had already been executed for half a year). PCC ruling number 187/2013, from April 5th (review of the constitutionality of norms contained in the State Budget Law for 2013).

⁴⁰ PCC ruling number 862/2013, from December 19th (Civil Service Law – Statute governing the Retirement of the Public Sector Staff); number 413/2014, from May 30th (review of the constitutionality of norms contained in the State Budget Law for 2014 – the PCC declared the unconstitutionality of the majority of the measures syndicated); number 575/2014, from August 14th (proposed creation of an additional tax – “Sustainability Contribution” – updating pensions in the public social protection system); number 3/2016, from January 13th (elimination of the lifetime annuity for former political officials, declared unconstitutional on the grounds of the violation of the principle of the protection of trust).

⁴¹ Joaquim Cardoso da COSTA, “Tribunal Constitucional e debate público”, in AAVV, *40 Anos de Políticas de Justiça em Portugal*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 113-141.

⁴² See generally, Andreas DIMOPOULOS, “PIGS and Pearls: State of Economic Emergency, Right to Resistance and Constitutional Review in the Context of the Eurozone Crisis”, *Vienna Journal on International Constitutional Law*, vol. 7, n° 4, 2013, pp. 501-520; Catarina Santos BOTELHO, “Aspirational constitutionalism, social rights prolixity...”, *op. cit.*, pp. 78-81; Luis GORDILLO PÉREZ, “Derechos Sociales y Austeridad”, *Lex Social*, 2014, pp. 34-56; and Susana CORADO, Nuno GAROUPA & Pedro MAGALHÃES, “Judicial Behaviour Under Austerity – An Empirical Analysis of Behavioral Changes in the Portuguese Constitutional Court, 2002-2016”, *JLC*, vol. 26, 2017, at 10.

Balaguer Callejón, the “economic interpretation of the Constitution that was imposed all over Europe, and to which a constitutional interpretation of the crisis shall have been opposed to”, did not respect the pluralist democracy principle⁴³. It is also important to mention that the PCC was not some sort of “‘Don Quixote’ fighting the windmills of austerity”, as it “made every effort to internalize the European and international obligations of the Portuguese state”⁴⁴.

2.5. The insular autonomic regime

Portugal was always a unitary state. With the transition to democracy, after several decades of dictatorship, the democratic principle called for some decentralization of the majority deliberation: the insular autonomic regime⁴⁵. Nevertheless and contrary to other constitutional experiences (such as Spain), autonomy is not a right *per se* but a “constitutional status”. It is the Constitution that defines which regions there are – in the Portuguese case, the Azores and Madeira archipelagos – and the extension of their competences⁴⁶.

According to article 6 of the Portuguese Constitution, Portugal is a partial and homogeneous regional unitary state⁴⁷. In fact, there is a single *Kompetenz-Kompetenz* power, but with two autonomous regions with limited legislative, executive and international powers⁴⁸. Along with Continental Portugal, they form the whole of the Portuguese Republic. One can wonder: Why these regions and not others?

⁴³ Francisco BALAGUER CALLEJÓN, “El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del Derecho Constitucional nacional”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 99-121, p. 101. Similarly, Catarina Santos BOTELHO, *Os direitos sociais em tempos de crise...*, *op. cit.*, pp. 487-488.

⁴⁴ Francisco Pereira COUTINHO and Nuno PIÇARRA, “Portugal: The Impact of European Integration...”, *op. cit.*, pp. 618-619.

⁴⁵ Maria Lúcia AMARAL, *A Forma da República – Uma introdução ao estudo do direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 367-378.

⁴⁶ Maria Lúcia AMARAL, *A Forma da República...*, *op. cit.*, p. 371.

⁴⁷ See Jorge MIRANDA, “Anotação ao artigo 6º”, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, *op. cit.*, pp. 138-147; and J. J. Gomes CANOTILHO & Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *op. cit.*, pp. 642-651.

⁴⁸ See Filipa Urbano CALVÃO, Manuel Fontaine CAMPOS and Catarina Santos BOTELHO, *Introdução ao Direito Público*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 158; and Rui LANCEIRO, “The international powers of the Portuguese autonomous regions of Azores and Madeira”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, nº 51, 2010, pp. 293-320.

The answer is straightforward. They were established due to their insularity and historical autonomic aspirations. Article 225, § 1, very clearly establishes that “the grounds for the specific political and administrative regime of the Azores and Madeira archipelagos are their geographic, economic, social and cultural characteristics and the island populations’ historic aspirations to autonomy”⁴⁹. In a similar tone, Article 229, § 1 asserts that “in cooperation with the self-government organs, the entities that exercise sovereignty shall ensure the economic and social development of the autonomous regions, with a particular view to the correction of the inequalities derived from insularity”⁵⁰.

Therefore, Article 81, e), states that “in the economic and social field the state is under a priority duty to promote the correction of the inequalities derived from the autonomous regions’ insular nature and encourage those regions’ progressive integration into broader economic areas within a national or international framework”⁵¹.

Partial regional autonomy (self-government) is therefore one of the identifying traits of the Portuguese constitutional system. This is so vital, that regional autonomy is an “eternity clause”, refrained from the amendment process [Article 288, o) of the Constitution].

Article 225, § 3 of the Constitution of the Portuguese Republic establishes that the regional political and administrative autonomy does not affect the “integrity of the sovereignty of the state and must be exercised within the overall framework of this Constitution”. Besides the Constitution, the Political and Administrative Statutes of each of the Autonomous Region, regulate the exercise of self-government. Addressing “disputes over the autonomy”, the regional self-governance regime enhanced through the various amendments to the Portuguese Constitution.

A singular trait of the Portuguese Constitution is that, as far as political associations and parties are concerned, “no party may be formed with

⁴⁹ J. J. Gomes CANOTILHO and Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, *op. cit.*, pp. 641-644.

⁵⁰ J. J. Gomes CANOTILHO and Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, *op. cit.*, pp. 688-692.

⁵¹ J. J. Gomes CANOTILHO and Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, *op. cit.*, pp. 964-974.

a name or manifesto objectives that show it has a regional nature or scope” (Article 51, § 4). The *prohibition of regional parties* has been criticized by some, as it restricts freedom of association, contributes to low turnout rates in the autonomous regions, and does not respect the autonomy of the regions.

It is relevant to mention that this prohibition, consecrated in 1976, was thought to be short-term. In fact, in the course of the Portuguese transition to democracy, there was some concern about separatist tendencies in the autonomous regions of Azores and Madeira. Although these fears were unfounded, the prohibition of regional parties was even reinforced, as it moved from the organizational part to the fundamental rights catalogue⁵².

2.6. Flexibility of the legal definition of the right to strike

The right to strike is, under the Portuguese Constitution, a fundamental right (placed in the rights, liberties and guarantees catalogue) and immediately applicable to public and private entities (Article 18). According to Article 57, § 2, “workers have the competence to define the scope of the interests that are to be defended by a strike and the law may not limit that scope”⁵³.

The lack of a legal conceptualization of the right to strike does not allow a distinction between conducts that can be considered strikes and other behaviours that should be excluded from constitutional protection⁵⁴. If some scholars blame the constitutional prohibition of legal limitation of “the scope of the interests that are to be defended by a strike” for the absence of a legal concept of strike⁵⁵, others argue that this legal flexibility should be restricted by a legal definition which takes into consideration the sociological

⁵² Jorge MIRANDA, “Anotação ao artigo 51º”, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, *op. cit.*, pp. 1008-1021, p. 1016; and J. J. Gomes CANOTILHO & Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *op. cit.*, p. 658.

⁵³ See J. J. Gomes CANOTILHO & Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *op. cit.*, pp. 750-760; and Rui MEDEIROS, “Anotação ao artigo 57º”, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, *op. cit.*, pp. 1124-1135.

⁵⁴ J. J. Gomes CANOTILHO e Jorge LEITE, “Ser ou não ser uma greve (a propósito da chamada ‘greve self-service’)”, *Questões Laborais*, vol. 13, 1999, pp. 3-44, p. 15.

⁵⁵ José João ABRANTES, “A greve no novo Código do Trabalho”, in AAVV, *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 651-661, p. 74; and Pedro Romano MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 1194.

perspective of the strike. Nevertheless, Article 57, § 2 displays “a rare case of express prohibition of fundamental rights’ restrictions”⁵⁶.

Additionally, Article 57, § 4, explicitly prohibits employers’ lockouts. A lockout is a crime, punishable with imprisonment up to two years and may result in a fine applied to the employer (Articles 544 and 545 of the Portuguese Labour Code).

The Portuguese prohibition of lockout is so wide that the Portuguese state had to make reservations to the European Social Charter: Portugal formally declared that the obligations entered under Article 6, § 4 shall in no way invalidate the prohibition of lockouts as enshrined in the Portuguese Constitution.

Another interesting aspect is that the constitutional prohibition of lockout was subject to the PCC appreciation, with the argument that it could be a case of unconstitutional constitutional norm. In Ruling 480/89, without formally answering the *vexata quaestio* of whether unconstitutional constitutional norms were a valid constitutional theory, the PCC decided that the prohibition of lockout did not violate the equality principle⁵⁷. In fact, it considered that equality should not be refrained in a formal dimension, but share a material dimension as well. The material dimension of the equality principle allows to treat differently what is different and equally what is equal. In this sense, the Court considered that the employer and the employee were not in an equal position, and therefore the law could treat them in a different way. If the PCC had decided otherwise, probably it would have to deem that constitutional norm unconstitutional.

2.7. Prohibition of military/ paramilitary, racist or fascists organizations – Limits to pluralism?

Regarding the freedom of organization, the triad *violent, racist and fascist* is constitutionally forbidden. Article 46º, § 4 states that “armed associations, military, militarized or paramilitary-type associations and

⁵⁶ J. J. Gomes CANOTILHO & Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, op. cit.*, p. 756.

⁵⁷ From 13.07.1989.

organisations that are racist or display a fascist ideology are not permitted”⁵⁸. On the one hand, the Portuguese Constitution prohibits parties which resort to or encourage *violence* (armed associations, military, militarized or paramilitary-type), even if they are not subversive or racist *per se*. Such exclusion flows from the rule of law, democratic principle and the unicity of the armed forces (Article 275, § 2)⁵⁹.

On the other hand, *racist* organizations are prohibited, as they violate the human dignity principle (equal social dignity). There are a few historical examples, such as the apartheid, some colonialist organizations, holocaust, genocide, skinheads’ movements, etc.)⁶⁰. The reference to “racist” organizations was not in the original version of the Portuguese Constitution, being added later through the constitutional amendment of 1997.

Additionally, the prohibition of *fascism* is a legacy from the Portuguese authoritarian regime of 1933-1974. The Preamble of the Portuguese Constitution very clearly attests that “on the 25th of April 1974 the Armed Forces Movement crowned the long resistance and reflected the deepest feelings of the Portuguese people by overthrowing the fascist regime”. Some doctrine considers such prohibition an unconstitutional constitutional norm or a “material constitutional self-rupture”, since it violates the principles of equality and pluralism⁶¹. Is it justified to prohibit only extreme-radical-right and not also extreme-radical-left organizations, such as some communist organizations which historically were also accountable for massive deaths and human rights violations?

The Constitutional Court is responsible for declaring, according to the terms and for the purposes of Law no. 64/78, dated 6 October, that an

⁵⁸ See Jorge MIRANDA, “Anotação ao artigo 46º”, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, *op. cit.*, pp. 952-960; and J. J. Gomes CANOTILHO & Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *op. cit.*, pp. 642-651.

⁵⁹ According to Article 275, no. 2, “the Armed Forces shall be composed exclusively of Portuguese citizens and shall have a single organizational structure for the whole of Portuguese territory”. See J. J. Gomes CANOTILHO and Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, *op. cit.*, pp. 868-872.

⁶⁰ J. J. Gomes CANOTILHO & Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *op. cit.*, p. 648.

⁶¹ Jorge MIRANDA, “Anotação ao artigo 46º”, *op. cit.*, pp. 959-960. Therefore, the Author recommends that this article be interpreted restrictively (according to Article 18, no. 2): the prohibition only affects the political organization and not freedom of speech; by “fascist ideology” one should interpret an ideology similar to the Portuguese pre-revolution period or to the Italian fascist experience, which influenced the Portuguese one. In agreement with this last assertion, see J. J. Gomes CANOTILHO & Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *op. cit.*, p. 648.

organization has adopted a fascist ideology and for decreeing its respective abolition” (Article 10 of the Law of the Portuguese Constitutional Court).⁶² Regarding the Parliament, “members of the Assembly of the Republic shall lose their seat in the event that [they] are convicted of participating in organizations that are racist or display a fascist ideology” [Article 160, § 1, d)].

2.8. A *sui generis* system of government and the government’s power to legislate in all the subjects that are not reserved to the parliament

After several decades of parliamentary instability (during the First Republic, 1910-1926) and dictatorship (1926-1933 and 1933-1974), the Portuguese Constitution of 1976 sought to establish a system of government that would emphasize checks and balances between the main political organs: President, government and parliament⁶³.

The Portuguese political system is mostly characterized as *semi-presidential*, since the President of the Republic is directly elected and the government (and Prime-Minister) are politically responsible to the legislature⁶⁴. Others, though, prefer the designation of “premier-presidential system”⁶⁵, or even “parliamentary system”⁶⁶.

The Portuguese system was influenced by the French semi-presidentialism, and the rationalized parliamentarism of the Weimar Republic⁶⁷. The *parliamentary* traits are the following: the government as a political autonomous organ (Article 182); the government is responsible to the

⁶² Law no. 28/82, of 15 November, modified by Law no. 143/85, of 26 November, Law no. 85/89, of 7 September, Law no. 88/95, of 1 September, Law no. 13-A/98, of 26 February, and Organic Law no. 1/2001.

⁶³ Vitalino CANAS, “The Semi-Presidential System”, *ZaöRV*, vol. 64, 2004, pp. 95-124, p. 95.

⁶⁴ Gianluca PASSARELLI, “The government in two semi-presidential systems: France and Portugal in a comparative perspective”, *French Politics*, vol. 8, n° 4, 2010, pp. 402-428, Octavio Amorin NETO and Marina Costa LOBO, “Portugal’s semi-presidentialism (re)considered: An assessment of the President’s role in the policy process, 1976-2006”, in AAVV, *Portugal in the Twenty-First Century: Politics, Society and Economics*, 2012, p. 49; and Vitalino CANAS, “The Semi-Presidential System”, *op. cit.*, p. 116.

⁶⁵ Robert ELGIE, *Semi-presidentialism – Sub-Types and Democratic Performance*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 29, 122, 132–43.

⁶⁶ J. J. Gomes CANOTILHO and Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, *op. cit.*, p. 19.

⁶⁷ Manuel Afonso VAZ *et al.*, *Direito Constitucional – O sistema constitucional português*, Porto, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 30-37.

parliament, either through the consideration of the government's programme (Article 192), the request for confidence motion (Article 193) or the motion of no confidence (Article 194); and the ministerial counter-signature (Article 140). The characteristics of the *presidential* regime are three: direct election of the President (Article 120), presidential veto (Article 136), and presidential powers of political *indirizzo* [such as Article 133, *d*]). Last but not least, the *rationalized parliamentary* traits relate to the government's double responsibility to the parliament and to the President (Articles 190 and 191), and the dissolution of the parliament by the President (Article 172).

Notwithstanding external influences, the Portuguese Constitution reveals some unique traits. The government is not necessarily formed by the party that wins the parliamentary elections. Article 187, § 1 of the Constitution affirms that the “the President of the Republic appoints the Prime Minister after consulting the parties with seats in the Assembly of the Republic and in the light of the electoral results”, but he needs parliamentary support in order to get his programme expressly or implicitly approved (Article 192)⁶⁸.

Even if the nomination of the current Portuguese government – a contraption (*geringonça*) formed by the Socialist Party (PS), the Communist Party (PCE) and the far-left party Left Bloc (BE) – was consistent with the Constitution, it generated some criticism amongst PSD and CDS-PP, the elections winning parties⁶⁹. However, while the assertion that the party/colligation with the highest percentage of votes wins the elections is correct, it does not mean that it is entitled to form government. One thing is to *win the legislative elections*, another one is to *form government*.

Another interesting trait of the Portuguese political system is that the President cannot dismiss the government at his discretion, but only “when it becomes necessary to do so in order to ensure the normal operation of the democratic institutions and after first consulting the Council of State” (Article 195, § 2). The Council of State is “the political organ that advises the President of the Republic” (Article 141).

⁶⁸ Catarina Santos BOTELHO, “Portugal: The State of Liberal Democracy”, *op. cit.*, pp. 230-234.

⁶⁹ In my opinion, behind this political distress was the fact that there was a kind of “gentlemen’s agreement” according to which the political alliances in the Parliament would be made known to the electorate *a priori* and not *a posteriori*.

In continuity with the previous Constitution of 1933, the current Constitution grants the government a wide range of legislative powers: (i) *exclusive powers* “to legislate on matters that concern his own organization and modus operandi” (Article 198, § 2); (ii) *independent powers* to legislate “on matters that do not fall within the exclusive competence of the Assembly of the Republic” [Article 198, § 1, a)], and therefore law (parliament’s legislation) and decree-law (government’s legislation) share the exact same legal status, being mutually revocable (*lex posteriori derogat lex anteriori*); (iii) and *dependent powers* to legislate on matters of the competence of the Parliament (Article 165), “subject to authorization” [Article 198, § 1, b)] or to “make executive laws that develop the principles or the general bases of the legal regimes contained in laws that limit themselves to those principles or general bases” [Article 198, § 1, c)]⁷⁰.

In Europe, parliaments are decreasing their political and legislative strength in favour of governments, which possess indirect democratic legitimacy⁷¹. The length of the Portuguese government’s independent/concurring powers are unique in a comparative constitutional law perspective⁷². Although the parliament is the most important legislative organ – since *qualitatively* the utmost relevant subjects belong to its area of legislative competence (Articles 161, 164 and 165)⁷³ and it has primacy even above governmental legislation (Article 169)⁷⁴ – the truth is that *quantitatively*, the government legislates much more⁷⁵. In fact, the government produces 80% of the legislation⁷⁶.

⁷⁰ J. J. Gomes CANOTILHO and Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, *op. cit.*, pp. 477-483.

⁷¹ Carlos Blanco de MORAIS, *O Sistema Político no Contexto da Erosão da Democracia Representativa*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 722; and Paulo OTERO, *Direito Constitucional Português*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2010, p. 209.

⁷² Carlos Blanco de MORAIS, *O Sistema Político...*, *op. cit.*, pp. 719-723; and Jorge MIRANDA and Jorge Pereira da SILVA, “Anotação ao artigo 161º”, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. II, *op. cit.*, pp. 502-516, p. 506.

⁷³ See Jorge MIRANDA and Catarina Santos BOTELHO, “Anotações aos artigos 164º e 165º”, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. II, *op. cit.*, pp. 527-555.

⁷⁴ According to Article 169, no 1: “1. Save for those passed in the exercise of the Government’s exclusive legislative competence, executive laws may, upon a motion made by ten Members of the Assembly of the Republic within the thirty days following their publication [be] subjected to consideration by the Assembly of the Republic with a view to causing them to cease to be in force or amending them”.

⁷⁵ Manuel Afonso VAZ *et al.*, *Direito Constitucional – O sistema constitucional português*, *op. cit.*, pp. 52-58.

⁷⁶ Carlos Blanco de MORAIS, *As Leis Reforçadas – As leis reforçadas pelo procedimento no âmbito dos critérios estruturantes das relações entre actos legislativos*, Coimbra, 1998, p. 193; Jaime VALLE, *A participação do Governo no exercício da função legislativa*, Coimbra, 2004, p. 294; and Jorge MIRANDA and Jorge Pereira da SILVA, “Anotação ao artigo 161º”, *op. cit.*, pp. 502-516, pp. 505-506.

Some argue that the extent of governmental competences is too generous and should be shortened through constitutional amendment⁷⁷. To counterbalance the government's (possibly) excessive legislative powers, the President plays a relevant role. Unlike the veto of parliament legislation, which can be surpassed⁷⁸, the veto of government legislation is definitive (Article 136, § 4)⁷⁹.

Therefore, the Portuguese President is more than a mere "*pouvoir neutre*" (Benjamin Constant) which preserves national stability, guarantees checks and balances between the organs of the state and guards the Constitution of 1976. Willingly, the President can play a more interventive political role.

2.9. Restrictiveness of referenda

National referenda were introduced, in a very restrictive way, by the second constitutional amendment of 1989. 1997's constitutional amendment implemented a specific referendum for the creation of administrative regions (Article 256) and a regional referendum (Article 232, § 2). In practice, Portugal only had three national referenda (1998 – abortion; 1998 – regionalization; and 2007 – abortion) since the transition to democracy.

There are several concrete principles guiding referenda, such as: the existence of a relevant national, regional or local interest at stake (Articles 115, § 3 and 232, § 2); unicity of the referendum subject (Article 115, § 6); yes or no questions (Article 115, no 6); and the existence of a binding effect only

⁷⁷ José de Melo ALEXANDRINO, "A preponderância do Governo no exercício da função legislativa", *Legislação (Cadernos do INA)*, 2009, pp. 99-108.

⁷⁸ According to Article 136, § 2: "If the Assembly of the Republic confirms its vote by an absolute majority of all the Members of the Assembly of the Republic in full exercise of their office, the President of the Republic must enact the legislative act within a time limit of eight days counting from its receipt".

⁷⁹ Although a government with a parliamentary majority can always surpass the presidential veto, through Article 197, § 1, d): "In the exercise of its political functions the Government has the competences to present and submit government bills and draft resolutions to the Assembly of the Republic". Then, the government can "copy-paste" its law-decree into a draft resolution to the parliament. If the parliament approves the draft and the subsequent law, the President can veto that law, but the parliament is able to surpass the veto by an absolute majority (Article 136, § 2).

“when the number of voters exceeds half the number of registered electors” (Article 115, § 11)⁸⁰.

A unique trait of the Portuguese system is that referenda *are not for the immediate popular approval or disapproval*, but to decide whether that legal diploma (law, convention, local decree, etc.) should be approved or rejected by the pertinent legislative organs. The idea was to avoid populist manipulations in favour of representative democracy, although this argument is weak given the restrictiveness and requirements of referenda design in the Portuguese system⁸¹.

A quorum of participation was introduced by 1997’s constitutional amendment. Accordingly, it is required that the number of voters exceeds “half the number of registered electors” (Article 115, § 11) for the referendum to have binding effect. The *ratio legis* was to avoid binding referendum results over relevant national questions approved by an electoral minority⁸².

However, this rule has been heavily criticized by some Portuguese doctrine, since it has the pernicious effect of encouraging abstention⁸³. If turnout is not over 50%, then the referendum is nonbinding and merely consultative. This rule could make sense if our Constitution allowed referenda over constitutional issues⁸⁴. Yet, such referenda are expressly forbidden in Portugal [Article 115, § 4, a)], as well in other states such as Greece and Luxembourg.

2.10. Universal Declaration of Human Rights as a constitutional *continuum*

Article 16, § 2, regarding the scope and interpretation of fundamental rights, states that “the constitutional norms concerning fundamental

⁸⁰ Jorge MIRANDA, “O referendo e o plebiscito: a experiência portuguesa”, *Cuestiones Constitucionales*, vol. 19, 2008, pp. 149-171, p. 158.

⁸¹ Jorge MIRANDA, “O referendo e o plebiscito: a experiência portuguesa”, *op. cit.*, p. 159.

⁸² J. J. Gomes CANOTILHO and Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 101.

⁸³ J. J. Gomes CANOTILHO and Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, *op. cit.*, p. 101; Jorge MIRANDA, “O referendo e o plebiscito: a experiência portuguesa”, *op. cit.*, pp. 149-171, p. 160; and Pedro MAGALHÃES, “A necessária eliminação do nº 11 do artigo 115º”, J.A. Tavares *et al.* (eds.), *A Constituição Revista*, Lisboa, FFMS, 2011, pp. 103-105.

⁸⁴ Jorge MIRANDA, “O referendo e o plebiscito: a experiência portuguesa”, *op. cit.*, p. 160.

rights must be interpreted and completed in harmony with the Universal Declaration of Human Rights”. The question, therefore, is the following: Is the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) a constitutional *continuum* or a mere interpretative instrument?

To some doctrine, Article 16, § 2 is an interpretative norm, as it refers to an exterior parameter of interpretation: The UDHR⁸⁵. In this sense, the Portuguese Constitution should be interpreted in consonance with the Declaration. An example could be Article 2 of the UDHR, which, when interpreted toe to toe with the Portuguese prohibition of discrimination (Article 13, § 2 of the Constitution⁸⁶) clarifies that this prohibition is not exhaustive, but merely suggestive. Therefore, we can argue that the Constitution also prohibits discriminating people with disabilities⁸⁷.

Other scholars, though, enlarge the above interpretation and argue that Article 16, § 2 proceeds to the formal reception of the UDHR as a material extension of the written constitution. The UDHR thus has a supra-constitutional value⁸⁸. Concretely, it expands the fundamental rights catalogue (Articles 24 to 79) and other fundamental rights consecrated elsewhere – in ordinary laws or in international norms – derived from the “open clause” in matters of fundamental rights (Article 16, § 1)⁸⁹. Accordingly, and as the Portuguese Constitution lacks a general permission of fundamental rights’ restriction, Article 29, § 2 of the UDHR could be immediately applicable as a constitutional norm for restriction⁹⁰.

⁸⁵ J. J. Gomes CANOTILHO and Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, *op. cit.*, p. 367.

⁸⁶ Article 13, § 2: “No one may be privileged, favoured, prejudiced, deprived of any right or exempted from any duty for reasons of ancestry, sex, race, language, territory of origin, religion, political or ideological beliefs, education, economic situation, social circumstances or sexual orientation”.

⁸⁷ Catarina Santos BOTELHO, “A indiferença à diferença”, *Observador*, 17.04.2018, available at <https://observador.pt/opiniao/a-indiferenca-a-diferenca/>

⁸⁸ Jorge MIRANDA, “Anotação ao artigo 16º”, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, *op. cit.*, pp. 289-301, p. 290.

⁸⁹ Article 16, no. 1, states that: “The fundamental rights enshrined in the Constitution shall not exclude any others set out in applicable international laws and legal rules”. About the Portuguese “open clause”, see Ana Maria Guerra MARTINS and Miguel Prata ROQUE, “Universality and Binding Effect of Human Rights from a Portuguese Perspective”, in R. Arnold (ed.), *The Universalism of Human Rights*, Heidelberg, Springer, 2013, pp. 297-324, p. 309.

⁹⁰ Article 29, § 2 foresees the following: “In the exercise of their rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society”.

This doctrinal approach is criticized by authors that highlight its inconsistency with Article 18, § 2 of the Portuguese Constitution, which limits fundamental rights' restrictions "in cases expressly provided for in the Constitution"⁹¹. Furthermore, human rights law instruments should never be interpreted in a way that diminishes human rights protection (Article 53 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union)⁹².

⁹¹ J. J. Gomes CANOTILHO and Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, *op. cit.*, pp. 367-369.

⁹² Which states that: "Nothing in this Charter shall be interpreted as restricting or adversely affecting human rights and fundamental freedoms as recognised, in their respective fields of application, by Union law and international law and by international agreements to which the Union, the Community or all the Member States are party, including the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and by the Member States' constitutions".

A HARMONIZAÇÃO DO DIREITO DA REESTRUTURAÇÃO E DA INSOLVÊNCIA A PARTIR DO EXEMPLO PORTUGUÊS – “PERCALÇOS” DA TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA 2019/1023 PELA LEI Nº 9/2022

Catarina Serra*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.13>

1. Sobre o processo de transposição¹

Como é do conhecimento geral, a transposição da Directiva sobre reestruturação e insolvência (doravante apenas Directiva)² para o Direito

* Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça desde 2018. Professora da Universidade do Minho com contrato na situação prevista no artigo 73º do ECDU.

¹ Com o presente texto visa a autora homenagear a Colega e Amiga Benedita MacCrorie, cuja partida prematura ainda hoje parece inverosímil. O texto teve por base a intervenção realizada pela autora no Congresso Luso-Espanhol “A transposição da Directiva 2019/1023”, organizado pelo Instituto Jurídico / Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e realizado na Capela do Colégio da Trindade, no dia 3 de Junho de 2022.

² Trata-se, mais precisamente, da Directiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Junho de 2019 sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, e que

português foi efectuada pela Lei nº 9/2022, de 9 de Janeiro, em vigor desde 9 de Abril.

É sabido que a transposição da Directiva para o Direito português foi feita em pouco tempo, o que quer dizer sem (possibilidade de) grande reflexão prévia.

Pode invocar-se a razão COVID-19, mas isso atenua a culpa e não justifica o “crime”. As grandes linhas da Directiva são conhecidas pelo menos desde a Recomendação da Comissão de 12 de Março de 2014³.

Algumas das medidas da Directiva têm um grau de novidade e um grau de complexidade acentuados e, por vezes mesmo, algum sincretismo, que é agravado por uma má tradução da versão portuguesa.

Acresce que a própria Directiva não disponibiliza um modelo de reestruturação preventiva, limitando-se a prever medidas avulsas com que os Estados-membros devem ou podem compor o regime nacional.

Tudo isto fazia antever uma transposição muito difícil e concorre para que a transposição para o Direito português não tenha sido a melhor possível. Registam-se algumas discrepâncias, desconformidades e até desvios em relação ao que impunha a Directiva.

Mesmo sem comparar transposições (a transposição para o Direito português com a transposição para o Direito espanhol, *etc.*), só partindo do exemplo português, já é possível duvidar-se de que a Directiva venha a realizar a tão ambicionada harmonização do Direito da insolvência.

altera a Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestruturação e insolvência). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32019L1023> [01.08.2022]. Sobre a Directiva, em traços largos, cf. Catarina SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 554 e s. (esp. 560 e s.)

³ Trata-se, evidentemente, da Recomendação da Comissão de 12 de Março de 2014 sobre uma nova abordagem em matéria de falência e de insolvência das empresas. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/LSU/?uri=celex%3A32014H0135> [01.08.2022]. Para uma referência geral à Recomendação cf. Catarina SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, *op. cit.*, pp. 556 e s.

2. Sobre a Lei nº 9/2022 (o seu alcance)

O alcance da Lei nº 9/2022 corresponde, *grosso modo*, ao alcance da Directiva sobre reestruturação e insolvência e reflectido no seu título, mais precisamente as referências aos “*regimes de reestruturação preventiva*” e ao “*perdão das dívidas e as inibições*”.

As alterações com maior impacto são, portanto, ao nível do Processo Especial de Revitalização (PER) e – com carácter mais aparente do que real – da exoneração do passivo restante.

As alterações restantes, no domínio do processo de insolvência, são residuais e, na sua maioria, dirigidas a esclarecer os pontos que suscitavam controvérsia – feitas nem tanto *por causa* mas mais *por ocasião* da transposição da Directiva.

Como se disse, em diversos pontos o regime adoptado em cumprimento do dever de transposição apresenta discrepâncias, desconformidades ou desvios relativamente ao disposto na Directiva.

Ilustre-se com três exemplos: a formação de categorias, a “paralisação” da obrigação de apresentação à insolvência e o impacto dos cenários de insolvência e de pré-insolvência no conteúdo dos contratos.

3. Formação de categorias no PER

A matéria convoca, por um lado, os artigos 17^o-C, nº 3, al. *d*), e nº 4, e 17^o-F, nº 1, alíneas *c*), *d*) e *e*), nº 5, al. *a*), *i*) a *iv*), e nº 7, alínea *a*), do CIRE e, por outro lado, os artigos 9^o e 11^o e os considerandos 43 a 47 e 53 a 56 e 58 da Directiva, bem como os artigos 2^o, nº 1, 2), 3) e 6), da Directiva.

A possibilidade de tratamento das partes afectadas em categorias é, sem dúvida, a matéria que merece maior destaque no regime do PER.

Como já houve oportunidade de dizer, a possibilidade de tratamento em categorias tem duas grandes virtualidades: converte a aprovação do plano numa operação certificadora da sua aptidão para satisfazer uma maioria diversificada de interesses (em vez de a perpetuar como mera operação quantitativa) e facilita, na prática, a reestruturação preventiva, já que é mais fácil, em princípio, dar por verificadas as condições de homologação quando

os indivíduos estão agrupados em categorias, pela simples razão de que, entre outras coisas, não é preciso confrontar o tratamento de cada indivíduo com o tratamento dos restantes; é suficiente confrontá-lo com o tratamento dos indivíduos da mesma categoria ou das categorias com o mesmo grau^{4,5}.

O ordenamento jurídico português era um dos poucos em que a medida nunca havia sido ensaiada⁶, pelo que a sua conformação há-de ter consumido parte significativa do tempo do legislador português – sem grandes resultados, porém. Veja-se.

De acordo com a lei portuguesa, existem hoje duas classificações dos credores (*rectius*: das partes afectadas pela reestruturação): uma obrigatória, em classes (baseada na classificação dos créditos do artigo 47º do CIRE), e uma facultativa, em categorias (baseada no critério da suficiente comunhão de interesses).

A segunda classificação apresenta várias discrepâncias em relação à Directiva⁷.

Em primeiro lugar, a Directiva refere-se à necessidade de as categorias serem “definidas com base em critérios verificáveis e nos termos do direito nacional” (cf. artigo 9º, nº 4, 1º parágrafo, da Directiva), o que aponta para a necessidade de as leis internas disponibilizarem critérios gerais e objectivos⁸.

Não correspondendo a isso, o legislador português apresenta apenas um elenco exemplificativo de categorias (trabalhadores, sem distinção da

⁴ Cf., neste sentido, Catarina SERRA, “Satisfação dos direitos dos credores no âmbito do PER: são os credores todos iguais?”, *Católica Law Review*, 2021, p. 35 e pp. 39-40. Explica-se aí que a divisão em categorias distancia o princípio da igualdade dos credores individualmente considerados ou *uti singuli* (dos credores-indivíduos) e remete-o para o plano das categorias. Assim sendo, é mais fácil sindicá-lo o respeito pelo princípio da igualdade. Desde logo, não há que confrontar o tratamento de cada sujeito com o tratamento de todos os sujeitos restantes mas apenas com os sujeitos restantes da sua categoria ou das categorias do mesmo grau (deve existir igualdade intra-categorias e igualdade entre categorias do mesmo grau). Depois, as diferenças de tratamento entre categorias são, em princípio, compreensíveis (a desigualdade entre categorias é justificada).

⁵ Cf., para uma primeira abordagem às vantagens da aprovação do plano por categorias, Catarina SERRA, “A harmonização do Direito substantivo da Insolvência”, in Catarina Serra (coord.), *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 15 e s. Cf. ainda Catarina SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, op. cit., p. 573.

⁶ Cf. Catarina SERRA, “A harmonização do Direito substantivo da Insolvência”, op. cit., p. 16 (nota 3).

⁷ Cf., sobre isto, Catarina SERRA, “Formação de categorias e aprovação do plano de recuperação no quadro do Processo Especial de Revitalização – Primeiras observações críticas à Lei nº 9/2022, de 11 de Janeiro”, in Conferência “O Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e a transposição da Directiva 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho”, Ministério da Justiça / Secretaria-Geral do Ministério da Justiça, 2022. Disponível em <https://justica.gov.pt/Portals/0/Ficheiros/Organismos/JUSTICA/EbookCONF-PRR-VF2.pdf> [01.08.2022].

⁸ Cf. Reinhard DAMMANN, in Christoph Paulus e Reinhard Dammann, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, München/Oxford/Baden-Baden, Beck/Hart/Nomos, 2021, p. 158.

modalidade do contrato; sócios; entidades bancárias que tenham financiado a empresa; fornecedores de bens e prestadores de serviços; credores públicos).

Existe, pois, o risco de adopção de critérios subjectivos, por cada devedor, com o intuito de facilitar a aprovação do plano em cada caso.

Em segundo lugar, a Directiva prevê categorias de partes afectadas (cf. artigo 9º, nº 4, 1º parágrafo, da Directiva) e não de credores.

A lei portuguesa parece esquecer esse facto, associando (quase) sempre as categorias a “*credores afectados*”.

É verdade que, no elenco exemplificativo da lei portuguesa, é expressamente referida a categoria dos sócios. Mas não se diz que eles só podem formar uma categoria enquanto detentores de participações (no capital), portanto, enquanto titulares de interesses, e não de créditos [cf. artigo 2º, nº 1, 2) e 3), da Directiva].

Em terceiro lugar, enquanto na Directiva se regula a aprovação do plano numa regra separada da homologação judicial (cf. artigo 9º, nº 6, da Directiva), na lei portuguesa regula-se a aprovação do plano em sede de homologação – em conjunto com as condições da homologação [cf. artigo 17º-F, nº 5, alíneas *a*), *i*) a *iv*), do CIRE].

Daqui (desta indevida sistematização) decorrem mais alguns desvios em relação àquilo que é exigido ou pretendido pela Directiva.

Na Directiva determina-se, precisamente, que “[o] plano de reestruturação é adotado pelas partes afectadas mediante obtenção de uma maioria do montante dos respetivos créditos ou interesses em cada uma das categorias”.

Ao regular-se na Directiva a aprovação do plano numa regra separada, promove-se a ideia de que o plano deve ser aprovado, em primeira linha, por todas as categorias e só subsidiariamente (enquanto condição da homologação) por uma maioria ou parte das categorias – estabelece-se como que uma preferência pela unanimidade. A ideia é o que o plano é tanto melhor quanto mais alargado/diversificado o leque de interesses que for capaz de conciliar.

Ora, na lei portuguesa não há – não pode dizer-se que haja – uma preferência pela aprovação por todas as categorias. O artigo 17º-F, nº 7, do CIRE dispõe que “o juiz decide se deve homologar o plano de recuperação ou recusar a sua homologação[,] aferindo: a) Se o plano foi aprovado nos termos do nº 5”. As várias modalidades de aprovação do plano aparecem, assim, no mesmo plano, como equivalentes.

Mas há mais: na Directiva exige-se que, para se considerar aprovado dentro de cada categoria, o plano seja aprovado por uma maioria do montante dos créditos ou interesses representados nessa categoria.

Ora, na lei portuguesa não há uma exigência de maioria dos créditos ou interesses dentro de cada categoria. O proémio da alínea *a*) do nº 5 do artigo 17º-F do CIRE dispõe que, para a aprovação do plano em cada uma das categorias, é preciso que ele seja “votado favoravelmente em cada uma das categorias por mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos” – da totalidade dos votos emitidos (note-se) e não da totalidade dos créditos ou interesses com direito de voto. A maioria exigida para o plano se considerar aprovado em cada categoria não corresponde a uma genuína maioria dos interesses que cada categoria representa.

Ao regular-se na Directiva a aprovação do plano numa regra separada, consegue-se ainda assegurar que os sócios das micro, pequenas e médias empresas (MPME) têm o poder de impedir a homologação do plano quando isso não seja da sua vontade.

Segundo a Directiva, a homologação do plano é um mecanismo pensado para ultrapassar os casos em que não há aprovação por todas as categorias e que, por razões que se prendem com a natureza e a estrutura típica das MPME, deve manter-se opcional para MPME. Mais exactamente, a Directiva determina que a “reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores” se realize sob proposta do devedor ou, pelo menos, com o acordo do devedor (cf. artigo 11º, nº 1, da Directiva), admitindo embora que os Estados-membros limitem a exigência aos casos em que o devedor seja MPME (artigo 11º, nº 1, 2º parágrafo, da Directiva). O que significa que, pelo menos no caso das MPME, o devedor deve dar o seu acordo para que se passe à fase da homologação.

No considerando 58 da Directiva reitera-se esta salvaguarda e disponibiliza-se a explicação: “Os detentores de participações em PME que não sejam simples investidores, mas antes os proprietários da empresa, e contribuam para a empresa de outra forma, por exemplo, com competências de gestão, poderão não se sentir incentivados a avançar para a reestruturação nestas condições. Por este motivo, o mecanismo de reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores deverá permanecer facultativo para os devedores que sejam PME”.

Diferentemente, na lei portuguesa não há forma de os sócios de MPME impedirem que o plano siga para apreciação das condições da homologação. À aprovação do plano com ou sem a aprovação por todas as categorias segue-se, inelutavelmente, a fase da homologação (*rectius*: da apreciação das condições da homologação) e, quando o plano venha a ser homologado, ele impõe-se a todas as partes afectadas, incluídos os sócios⁹.

Sendo este o enquadramento, é bem provável que as empresas portuguesas resistam a formar categorias, ditando a inutilidade prática de um sistema que poderia ser muito importante para facilitar a reestruturação preventiva e assegurar um tratamento (mais) justo das partes afectadas.

4. Obrigação de apresentação à insolvência (e o período da suspensão das acções executivas)

A matéria concita, no essencial, o artigo 18º, nº 2, do CIRE e o artigo 7º, nº 1, e o considerando 38 da Directiva.

O novo artigo 18º, nº 2, do CIRE é do seguinte teor: “Excetua-se do dever de apresentação à insolvência: *a)* As empresas que se tenham apresentado a processo especial de revitalização durante o período de suspensão das medidas de execução previsto nos nºs 1 e 2 do artigo 17º -E. *b)* As pessoas singulares que não sejam titulares de uma empresa na data em que incorram em situação de insolvência”.

O disposto na nova alínea *a)* do artigo 18º do CIRE está directamente relacionado como o artigo 7º, nº 1, da Directiva, onde se prevê: “Se durante o período da suspensão das medidas de execução, emergir uma obrigação, nos termos do direito nacional, de um devedor apresentar um pedido de abertura de um processo de insolvência suscetível de terminar na liquidação do devedor, essa obrigação deve ser suspensa pela duração da suspensão em causa”.

⁹ Sobre o assunto cf. Catarina SERRA, “Enquadrar a recuperação das PME (*rectius*: MPE) à luz da Lei nº 9/2022, de 11 de Janeiro”, *Revista de Direito Comercial*, 2022, pp. 449 e ss. Disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/enquadrar-a-recuperacao-das-pme> [01.08.2022]. Cf. também Catarina SERRA, “Nova reestruturação de empresas: coordenadas na óptica das Micro e Pequenas Empresas”, in *VI Congresso – Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2022, pp. 110-112.

Trata-se de uma regra de transposição obrigatória, com uma utilidade evidente: salvaguardar os casos em que, verificando-se a insolvência no decurso do PER, poderia ficar comprometida a reestruturação^{10 11 12}.

A primeira observação a fazer é que a Directiva determina a “*suspensão*” e a lei portuguesa regula o caso, *ipsis verbis*, como uma “*excepção*”, a par do caso das pessoas singulares não titulares de empresa.

Para contrariar esta impressão, há que valorizar a delimitação no tempo (“durante o período da suspensão das medidas de execução”). Só assim a “*excepção*” perde a natureza de isenção em sentido próprio e se afasta, nesta medida, do caso regulado na alínea *b*).

A segunda questão advém, justamente, da duração da “*excepção*”. A “*excepção*” perdura durante o período da suspensão das medidas executivas. Mas o período da suspensão não coincide com o prazo das negociações do PER e, sobretudo, não acompanha o processo até final.

É verdade que o que vem determinado na Directiva é também que a obrigação de apresentação à insolvência se suspende “durante o período da suspensão das medidas executivas” (cf. artigo 7º, nº 1, da Directiva). Mas a medida de suspensão de que se fala na Directiva não se identifica com a / não se reduz à suspensão que se produz no contexto (e por força da abertura) de um processo em sentido próprio.

Com efeito, na Directiva parece encarar-se a suspensão das medidas executivas como uma medida *a se*, uma medida avulsa e autonomizável de reestruturação preventiva, que pode ser requerida e fixada judicialmente,

¹⁰ Antes desta alteração, era obrigatório concluir que a obrigação de apresentação à insolvência subsistia. Entendia-se, então, que se impunha uma excepção: no caso de o plano estar aprovado (para não desaproveitar uma perspectiva já materializada de reestruturação). Cf., neste sentido, Catarina SERRA, “Revitalização – A designação e o misterioso objecto designado. O processo homónimo (PER) e as suas ligações com a insolvência (situação e processo) e com o SIREVE”, in Catarina Serra (coord.), *I Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 94. Cf., também neste sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23.10.2018, proc. 8074/16.6T8CBR-D.C1.S2.

¹¹ Estão, visivelmente, excluídos os casos em que as empresas já estejam insolventes antes do recurso ao PER. Tal equivaleria a admitir que há empresas insolventes que recorrem – podem recorrer ao PER –, o que seria contraditório com a configuração do PER como um processo pré-insolvential e com o facto constitutivo da obrigação de apresentação à insolvência (só há obrigação de apresentação à insolvência quando a empresa está insolvente). Cf. Catarina SERRA, “Revitalização – A designação e o misterioso objecto designado. O processo homónimo (PER) e as suas ligações com a insolvência (situação e processo) e com o SIREVE”, *op. cit.*, pp. 93-94. Cf., também neste sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23.10.2018, proc. 8074/16.6T8CBR-D.C1.S2.

¹² Lendo o artigo 7º, nº 2, da Directiva (bem como o considerando 38), verifica-se que a Directiva exige também a suspensão do direito dos outros legitimados de requererem a declaração de insolvência. A exigência foi cumprida através do disposto no artigo 17º-E, nº 9, alínea *b*), do CIRE que determina a suspensão dos processos em que seja requerida a insolvência.

em termos (alcance, prazo, etc.) adequados às circunstâncias de cada caso¹³. Repare-se que a Directiva se refere ao “*pedido de suspensão*” e à “*concessão de uma suspensão*” [cf. artigo 7º, nº 5, alíneas *b*) e *d*), da Directiva]. Veja-se ainda o considerando 40, em que se prevê a hipótese de o devedor “*solicitar a suspensão*”.

Ora, o legislador português concentra as medidas de reestruturação preventiva no PER. Deveria, pois, ter regulado melhor a suspensão tendo em conta a tramitação do processo¹⁴.

Em conformidade com o artigo 17º-E, nºs 1 e 2, do CIRE o período da suspensão tem uma duração máxima de quatro meses – *rectius*: de cinco meses¹⁵ – e produz-se automaticamente com a abertura do PER (é um efeito processual do despacho de nomeação do administrador judicial provisório)¹⁶.

Enquanto isso, de acordo com o artigo 17º-D, nº 7, do CIRE, o prazo das negociações é de dois meses, podendo ser prorrogado, por uma vez e por um mês, o que se traduz numa duração máxima de três meses.

Atendendo a que o período da suspensão tem em vista criar condições propícias para as negociações do plano – o que é confirmado pela exigência de que o pedido de prorrogação seja requerido dentro do prazo de negociações (cf. artigo 17º-E, nº 2, do CIRE) e que o levantamento da suspensão tenha por fundamento o facto de a suspensão deixar de cumprir o objectivo de apoiar as negociações [cf. artigo 17º-E, nº 3, alínea *a*), do CIRE] –, seria natural que se tivesse feito coincidir o período da suspensão com o prazo das negociações¹⁷.

¹³ Cf., neste sentido, Catarina SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, op. cit., p. 576.

¹⁴ Esta visão redutora da reestruturação preventiva ao PER é causa de outros problemas, como se verá, a propósito das cláusulas *ipso facto*.

¹⁵ Olhando para o nº 2, logo se verifica que o prazo referido como “*máximo*” no nº 1 admite prorrogação, uma vez, por um mês, desde que se verifiquem determinadas condições. Lendo a norma homóloga na Directiva, verifica-se que também aí se prevê um “*período máximo*” de quatro meses (cf. artigo 6º, nº 6, da Directiva) e que, “*não obstante*”, se admite a prorrogação (cf. artigo 6º, nº 7, da Directiva), referindo-se adiante que a “*duração total da suspensão*” (prazo inicial e prorrogação) não pode exceder doze meses (cf. artigo 6º, nº 8, da Directiva).

¹⁶ Este será o prazo normal ou típico, aplicável na maioria dos casos. Será maior quando houver lugar a prorrogação; será menor quando as negociações cessem antes, seja porque o plano é aprovado antes do esgotamento do prazo, seja porque se conclui antecipadamente que não é possível aprovar o plano e / ou a empresa desiste das negociações.

¹⁷ Adaptando o que observa Tomáš RICHTER (*in* Christoph Paulus e Reinhard Dammann, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, op. cit., pp. 105-106) a propósito da Directiva, poder-se-ia dizer que a suspensão deve operar tanto retroactivamente (quando esteja em causa uma reestruturação do tipo do artigo 17º-I do CIRE, em que o plano é negociado antes da abertura do processo) como prospectivamente (quando as negociações

Iniciando-se, porém, o período da suspensão logo que se abre o processo e iniciando-se o prazo das negociações numa fase mais adiantada (cerca de um mês depois¹⁸), o curso dos dois prazos tenderá a convergir, a partir de certa altura¹⁹.

Subsiste, em qualquer caso, a segunda “desregulação” indicada: não está previsto que o período da suspensão se prolongue até ao final do processo. Sendo assim, a obrigação de apresentação à insolvência pode ressurgir numa altura indesejável – quando o plano está aprovado mas ainda não homologado.

Nestes casos, para que não se desperdice, injustificadamente, uma possibilidade já materializada de reestruturação, deve entender-se que a aprovação do plano pelos credores dispensa a empresa da obrigação de apresentação à insolvência.

5. Cláusulas *ipso facto*

A matéria relaciona-se com o disposto nos artigos 17^o-E, n^o 13, e 119^o do CIRE e no artigo 7^o, n^o 5, e no considerando 40 da Directiva.

A expressão “cláusulas *ipso facto*” (literalmente: “por esse facto”) designa, tradicionalmente, as cláusulas que atribuem a uma das partes o direito de pôr termo ao contrato quando se verifique certo facto. Quer dizer: o efeito produz-se por mera ocorrência do facto (*ipso facto*), mesmo que o devedor não tenha faltado ao cumprimento de nenhuma obrigação²⁰.

comecem depois da abertura do processo) – numa palavra: que a suspensão deve acompanhar as negociações, seja qual for a localização temporal destas por referência a qualquer processo (em curso ou iminente).

¹⁸ Uma vez publicado o despacho de abertura, há vinte dias para a reclamação de créditos, cinco dias para a elaboração da lista provisória de créditos e cinco dias para as impugnações desta lista, começando o prazo das negociações a contar desde o fim deste prazo.

¹⁹ Evidentemente, pode haver situações (anómalas) em que o período da suspensão termina antes de o plano ser aprovado e homologado, o que significa que as acções retomam os seus termos para cobrança de créditos que previsivelmente seriam regulados no plano, causando alguma entropia.

²⁰ Como explica Pablo D. HEREDIA, “Las cláusulas de vencimiento anticipado y de resolución contractual frente al procedimiento de reestructuración preventiva”, in María Isabel Candelario Macias e Stefania Pacchi (dirs.), *La Directiva de la UE 1023/2019 sobre insolvencia (Estudios desde diferentes ordenamientos)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, p. 241, “[n]inguna de tales cláusulas se vincula a incumplimientos de las prestaciones contractuales del deudor insolvente. Puede este último haber cumplido debidamente sus obligaciones y ni siquiera ser deudor de la parte ‘in bonis’ en el momento en que la cláusula cobra operatividad. Lo que cuenta es otra cosa: el ‘factum’ determinado por su sometimiento al procedimiento de reestructuración”.

A regulação das cláusulas *ipso facto* no quadro da insolvência e da pré-insolvência merece destaque pelas funções que desempenha / é susceptível de desempenhar.

Desde logo, impede o credor de se desvincular do contrato e com isso resolver a sua situação fora ou à margem do processo pelo simples facto de o devedor recorrer ao processo²¹. Além disso, afasta o risco de a empresa ser penalizada pelo mero facto de adoptar medidas de reestruturação preventiva, funcionando como um mecanismo para promover a acção atempada²², justamente o primeiro passo para o sucesso da reestruturação.

Dispõe-se no artigo 17º-E, nº 13, do CIRE: “É nula a cláusula contratual que atribua ao pedido de abertura de um processo especial de revitalização, à abertura de um processo especial de revitalização, ao pedido de prorrogação da suspensão das medidas de execução ou à sua concessão o valor de uma condição resolutiva do negócio ou confira, nesse caso, à parte contrária um direito de indemnização, de resolução ou de denúncia do contrato”.

Enquanto isso, no artigo 7º, nº 5, da Directiva diz-se: “Os Estados-Membros asseguram que os credores não sejam autorizados a recusar a cumprir, nem de resolver, antecipar ou, de qualquer outra forma, alterar contratos executórios em prejuízo do devedor, através de uma cláusula contratual que preveja tais medidas”.

São notórias as diferenças entre o regime disposto na Directiva e o regime disposto na lei portuguesa²³.

²¹ Cf., neste sentido, Tomáš RICHTER, in Christoph Paulus e Reinhard Dammann, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, op. cit., pp. 135-136.

²² Esta medida relaciona-se, de facto, com o considerando 40 da Directiva, onde se explica que “[q]uando um devedor instaurar um processo de insolvência, certos fornecedores podem deter direitos contratuais, previstos nas designadas cláusulas *ipso facto*, que os habilitem a resolver o contrato de fornecimento unicamente com base na insolvência, mesmo que o devedor tenha cumprido devidamente as suas obrigações. As cláusulas *ipso facto* poderão ser igualmente de aplicação quando um devedor solicitar a aplicação de medidas de reestruturação preventiva. Se tais cláusulas forem invocadas quando o devedor esteja apenas a negociar um plano de reestruturação ou a solicitar a suspensão das medidas de execução, ou em virtude de qualquer evento relacionado com a suspensão, a resolução antecipada pode ter um impacto negativo na empresa do devedor e no êxito da sua recuperação. Por conseguinte, nesses casos, é necessário prever que os credores não possam invocar essas cláusulas *ipso facto* alusivas à negociação de um plano de reestruturação, à suspensão ou a qualquer evento semelhante relacionado com esta última”.

²³ Para uma comparação pormenorizada cf. Hígina CASTELO, “Contratos executórios e cláusulas *ipso facto* no âmbito do PER”, *Revista de Direito Comercial*, 2022, pp. 846 e ss.

Em primeiro lugar, na Directiva o regime não é aplicável a todos os contratos mas apenas aos chamados “*contratos executórios*”²⁴, ou seja, aos contratos em execução ou em curso de execução²⁵, definidos como os contratos (não necessariamente bilaterais) em que, à data do início da suspensão, não haja ainda total cumprimento por qualquer das partes²⁶.

Em segundo lugar, na Directiva o regime abrange não só cláusulas com efeito extintivo do contrato (condições resolutivas, cláusulas de resolução ou denúncia e cláusulas indemnizatórias) mas também cláusulas modificativas dos termos do contrato, designadamente as cláusulas de vencimento antecipado ou de exigibilidade antecipada da obrigação²⁷.

Em terceiro lugar, na Directiva não se comina a nulidade (ou a ilicitude) das cláusulas mas tão-só a impossibilidade da sua invocação em determinadas circunstâncias. Por outras palavras: os sujeitos ficam impedidos de exercer os direitos contratuais que derivam destas cláusulas. A ideia é a de que devem repudiar-se as cláusulas na medida em que a sua invocação possa ter impacto no êxito da recuperação²⁸.

Mas o mais grave de tudo – e este é o quarto e mais importante desvio – é que na Directiva se estende o alcance da medida a qualquer negociação de plano de reestruturação enquanto na lei portuguesa, o regime está confinado ao PER, ou seja, é configurado por exclusiva referência ao PER ou a medidas que só têm lugar no quadro do PER (o pedido de prorrogação da suspensão e a sua concessão).

²⁴ A nova expressão é completamente alheia à linguagem jurídica portuguesa e não é a melhor para designar está em causa. A expressão foi transposta para a lei a partir da versão portuguesa da Directiva (cf. artigo 17º-E, n.ºs 10 e 11, do CIRE). Mas é preciso notar que nas versões em outras línguas a expressão inglesa “*executory contracts*” foi mais bem traduzida (não tão literalmente). Com a mesma opinião Higinia CASTELO, “Contratos executórios e cláusulas *ipso facto* no âmbito do PER”, *op. cit.*, p. 834.

²⁵ É a expressão correspondente à de “*negócios em curso*” (cf. capítulo IV do título IV) ou de “*negócios ainda não cumpridos*” (cf. epígrafe da norma do artigo 102º do CIRE).

²⁶ Seguindo as definições da Directiva, trata-se dos “contrato[s] celebrado[s] entre o devedor e um ou mais credores, ao abrigo do[s] qual[is] as partes têm ainda obrigações a cumprir no momento em que é concedida ou aplicada a suspensão das medidas de execução” [cf. artigo 2º. nº 1, 5), da Directiva].

²⁷ Diferentemente, no caso dos contratos executórios essenciais conformou-se o alcance da proibição à norma da Directiva (cf. artigo 7º, nº 4, da Directiva), dizendo-se, no artigo 17º-E, nº 10, do CIRE que “os credores não podem recusar cumprir, resolver, antecipar ou alterar unilateralmente contratos executórios essenciais”. Veja-se que este é um regime distinto, visando impedir os credores de pôem fim ao contrato por não pagamento de dívidas anteriores à suspensão, portanto, não estando em causa, na realidade, cláusulas *ipso facto*.

²⁸ Segundo Tomás RICHTER (Christoph PAULUS e Reinhard DAMMANN, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, *op. cit.*, p. 137), trata-se de uma regra puramente substantiva.

Efectivamente, complementando o artigo 7º, nº 5, da Directiva, o considerando 40 estabelece que deve ficar excluída a invocação também das cláusulas que tenham por referência a *negociação de um plano de reestruturação*.

Ora, os considerandos são mecanismos de interpretação de normas, que ajudam a compreender o fim dos instrumentos normativos, e não deixam de ter, eles próprios, uma função normativa, se bem que complementar (*supplementary normative role*)²⁹ ³⁰.

Seja como for, é evidente que se verifica igualdade de razões.

A omissão desta hipótese na lei portuguesa é um resultado da já mencionada visão excessivamente redutora da reestruturação preventiva, que determinou que as alterações legislativas contemplassem apenas o PER e as medidas que o compõem.

Mas é preciso ter em conta o artigo 17º-E, nº 13, com o artigo 119º do CIRE, sobre o regime das cláusulas *ipso facto* no processo de insolvência, para perceber o alcance do problema.

O artigo 119º do CIRE, também alterado pela Lei nº 9/2022, é do seguinte teor: “1. É nula qualquer convenção das partes que exclua ou limite a aplicação das normas anteriores do presente capítulo. 2. É, em particular, nula a cláusula que atribua à declaração de insolvência de uma das partes o valor de uma condição resolutiva do negócio ou confira, nesse caso, à parte contrária um direito de indemnização, de resolução ou de denúncia em termos diversos dos previstos no presente capítulo. 3. É lícito às partes atribuírem a quaisquer situações anteriores à declaração de insolvência os efeitos previstos no número anterior”.

No artigo 119º do CIRE registam-se duas alterações.

²⁹ Cf., neste sentido, Roberto BARATTA, “Complexity of EU Law in the Domestic Implementing Process”, *The Theory and Practice of Legislation* (formerly *Legisprudence: International Journal of Legislation European Union Legislation*), vol. 2, nº 3, 2014, pp. 296-298. Disponível em <https://pdfslide.net/documents/the-theory-and-practice-of-legislation-unimcit-theory-and-practice-of-legislation.html> [01.08.2022]. O que, definitivamente, os considerandos não têm é um efeito normativo independente ou autónomo do articulado que complementam, ou seja, não podem estabelecer regras à margem ou completamente dissociadas do articulado a que respeitam. Cf., neste sentido, Tadas KLIMAS e Jflrate VAITUKAIT, “The Law of Recitals in European Community Legislation”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 15, nº 1, 2008, pp. 85 e ss. Disponível em <https://nsuworks.nova.edu/ilsajournal/vol15/iss1/6/> [01.08.2022].

³⁰ Desvaloriza o considerando e diz que os Estados-membros podem optar pelos termos mais exíguos do artigo 7º, nº 5, da Directiva Tomáš RICHTER, in Christoph Paulus e Reinhard Dammann, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, op. cit., p. 136.

No nº 2 é substituída apenas uma palavra, passando a falar-se em “*declaração* de insolvência” em vez de em “*situação* de insolvência”³¹, pondo-se fim à discussão doutrinal sobre se o facto relevante era a situação de insolvência ou a declaração de insolvência³².

Diga-se, desde já, que não era neste sentido que se esperava que fosse o esclarecimento. Se a finalidade principal do processo de insolvência é a satisfação dos credores com respeito pelo princípio da igualdade, deveria evitar-se que os contratos chegassem já resolvidos ao processo, sob pena de ficar precludido o direito de opção do administrador da insolvência (pelo seu cumprimento ou pela sua recusa) nos termos da lei da insolvência. A esta luz, teria sido melhor, pois, uma solução mais compreensiva, que valorizasse a (mera) situação de insolvência neste contexto³³.

Mas o problema é que o novo texto do nº 3 do artigo 119º do CIRE³⁴ vem contrariar directamente o artigo 17º-E, nº 13, do CIRE, afirmando a licitude de cláusulas que se refiram a *quaisquer* outras situações, ou seja, incluindo cláusulas que, segundo esta última norma, são nulas. Regista-se, em suma, uma incompatibilidade entre normas.

Ora, é evidente que, sendo as novas normas contemporâneas e não podendo falar-se em revogação tácita de nenhuma delas, o alcance do nº 3 do artigo 119º do CIRE terá de ser limitado pelo disposto no artigo 17º-E, nº 13, do CIRE ou seja, terão de se subtrair à liberdade contratual as cláusulas que se refiram às situações anteriores à declaração de insolvência tal como descritas no artigo 17º-E, nº 13, do CIRE – situações de reestruturação preventiva em que a empresa recorra ao PER.

Sucede, porém, que nem com esta ressalva se evitam todas as consequências nefastas, permanecendo, como já se disse, a descoberto situações que, não se enquadrando no PER, deviam, em conformidade com a Directiva

³¹ Sublinhado nosso.

³² Cf., sobre esta discussão, e para a defesa da solução oposta à que agora é consagrada, Catarina SERRA, *Lições de Direito da Insolvência, op. cit.*, p. 235.

³³ Sem prejuízo do que se dirá a seguir no contexto normativo do PER.

³⁴ No nº 3 foi substituído todo o texto, procedendo-se, na prática, à eliminação de uma regra que só com esforço era possível compreender. Cf. Catarina SERRA, *Lições de Direito da Insolvência, op. cit.*, p. 236.

e por igualdade de razões, ser abrangidas – desde logo, outras situações de reestruturação preventiva que não passam pelo PER³⁵.

A empresa pré-insolvente não recorre sempre ao PER para estabelecer negociações com os seus credores. Isto pode ser assim porque o PER não é o instrumento adequado ou porque, simplesmente, não é possível recorrer ao PER (não estão preenchidos os respectivos requisitos). Pense-se nas negociações informais – que tanto podem ser autónomas como ser preparatórias do RERE (regime do acordo) ou do PER abreviado – e nas negociações que podem ter lugar sob a égide do RERE (regime da negociação).

Sendo todas estas formas legítimas e adequadas de acção em hipótese de crise, não deveriam ser igualmente acauteladas à luz da finalidade de promoção da acção atempada da empresa³⁶?

6. Considerações finais na óptica *from future backwards*

É sabido que no final de 2020 se iniciou um estudo para avaliar os impactos de uma possível e futura iniciativa política, destinada a reforçar a convergência das leis nacionais de insolvência dos Estados-Membros da União Europeia³⁷. Os principais objectivos políticos são os de tornar os resultados dos processos de insolvência mais previsíveis e encorajar a circulação

³⁵ Ir-se-ia mais longe: a proibição do exercício dos direitos contratuais que derivam destas cláusulas deveria ainda abranger, se não todas as situações anteriores à declaração de insolvência, de forma a incluir a situação em que a empresa insolvente se apresenta à insolvência, pelo menos todas as situações de pré-insolvência, mesmo aquela em que a empresa (em insolvência iminente) se apresenta à insolvência. Esta não é uma medida de reestruturação preventiva mas é uma forma legítima de acção.

³⁶ Tudo ponderado, não seria estranho que se viesse a arguir violação do princípio da efectividade. Segundo este princípio, as regras nacionais não podem tornar impossível ou excessivamente onerosa a efectivação de um direito que decorre da ordem jurídica europeia. Significa isto que as empresas não podem ser obrigadas a recorrer especificamente ao PER para gozarem de uma protecção que o Direito da União Europeia lhes reconhece.

³⁷ As referências baseiam-se nos elementos disponibilizados na página da Comissão. Disponível em https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12592-Insolvency-laws-increasing-convergence-of-national-laws-to-encourage-cross-border-investment_en [01.08.2022]. Foram ainda actualizadas com apoio na intervenção efectuada por Ondrej Vondracek (Director Jurídico e de Política da Direcção-Geral da Justiça e do Consumidor da Comissão no Congresso Luso-Espanhol “A transposição da Diretiva 2019/1023”, organizado pelo Instituto Jurídico/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e realizado na Capela do Colégio da Trindade, no dia 3 de Junho de 2022.

transfronteiriça de capitais, em conformidade com os objectivos do Plano de Acção da União dos Mercados de Capitais³⁸.

Finalizado o estudo, anuncia-se para breve (para o segundo semestre de 2022) a adopção de um novo instrumento (com toda a probabilidade uma Directiva), em que serão reguladas, segundo a última projecção conhecida, matérias como as da impugnação de actos prejudiciais à massa, do rastreio e da apreensão dos bens, da insolvência das pequenas e médias empresas e da negociação prévia de planos de recuperação³⁹.

Sucedo que o recente esforço de harmonização encontrou mais obstáculos do que aqueles que se imaginavam, relacionados com as dificuldades inerentes à interpretação e à transposição da Directiva e as deficiências que daí decorrem. O caso português ilustra-o bem.

Deve, além do mais, ter-se presente que parte dos Estados-membros (em que se incluem a Espanha e os Países Baixos) ainda não transpôs a Directiva⁴⁰.

Numa palavra e em conclusão, olhando para o que foi feito (e para o que ainda está por fazer), dir-se-ia que é demasiado cedo para voltar a intervir. Mas, como sempre, deixa-se margem para que a prática demonstre o contrário.

³⁸ Trata-se da Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões “Uma União dos Mercados de Capitais ao serviço das pessoas e das empresas - novo plano de acção”, Bruxelas, 24.9.2020 COM(2020) 590 final. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0590&from=EN&lang3=choose&lang2=PT&lang1=PT> [01.08.2022]. Pode ler-se aí que “[a] acentuada divergência entre os regimes nacionais de insolvência constitui um obstáculo estrutural de longa data ao investimento transfronteiras”, prevendo-se, sob o título “acção nº 11”, que “[a] fim de tornar mais previsíveis os resultados dos processos de insolvência, a Comissão adotarà uma iniciativa legislativa ou não legislativa para assegurar uma harmonização mínima ou uma maior convergência em domínios específicos do direito da insolvência no setor não bancário. Além disso, em colaboração com a Autoridade Bancária Europeia, a Comissão irá ponderar as possibilidades de melhorar a comunicação de dados, a fim de permitir uma avaliação regular da eficácia dos regimes nacionais de execução de empréstimos”.

³⁹ Reconhece-se que outras matérias são mais difíceis de harmonizar e por isso não devem ser já abordadas. Trata-se, nomeadamente, dos deveres e da responsabilidade de administradores no caso de insolvência da empresa, da formação das comissões de credores, da graduação de créditos e dos pressupostos do processo de insolvência (a definição de insolvência).

⁴⁰ De acordo com o *tracker on the implementation of the EU Directive on Restructuring and Insolvency* da INSOL Europe até 21 de Julho de 2022 tinham transposto a Directiva a Grécia, a Áustria, a França, a Alemanha, Portugal, a Croácia, a Lituânia, a Eslováquia, a Estónia, a Roménia, a Dinamarca, a Itália, a Eslovénia, a Finlândia, a Suécia e a Hungria. Disponível em <https://www.insol-europe.org/tracker-eu-directive-on-restructuring-and-insolvency> [01.08.2022].

ASPETOS SUCESSÓRIOS DA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA – ALGUMAS REFLEXÕES EM TORNO DOS NOVOS ARTIGOS 22º E SS. DA LEI DA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA (NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 72/2021, DE 12 DE NOVEMBRO)

Cristina Dias*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.14>

1. Notas prévias – a apresentação do problema

A regulamentação legal da procriação medicamente assistida em Portugal encontra consagração na Lei nº 32/2006, de 26 de julho, com alterações introduzidas pelas Leis nº 59/2007, de 4 de setembro, nº 17/2016, de 20 de junho, nº 25/2016, de 22 de agosto, nº 58/2017, de 25 de julho, nº 49/2018, de 14 de agosto, nº 48/2019, de 8 de julho, nº 72/2021, de 12 de novembro, e nº 90/2021, de 16 de dezembro. A Lei da Procriação Medicamente Assistida (LPMA) sofreu alterações sucessivas nos últimos

* Professora Catedrática da Escola de Direito da Universidade do Minho – cdias@direito.uminho.pt.

tempos, desde o alargamento do leque de beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida (PMA), a admissibilidade da gestação de substituição em certos casos, entretanto, afastada pela declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, resultante do acórdão do Tribunal Constitucional nº 225/2018, de 24 de abril¹, e a sua mais recente admissibilidade (com a Lei nº 90/2021, de 16 de dezembro), à possibilidade de recurso a técnicas de PMA *post mortem*.

A utilização das técnicas de reprodução medicamente assistida gera vários problemas jurídicos, não sendo evidentemente possível analisá-los a todos neste estudo. Dedicar-nos-emos a uma breve reflexão de alguns aspetos sucessórios da PMA.

O artigo 2º, nº 1, da LPMA, apresenta como técnicas de PMA a inseminação artificial, a fertilização *in vitro*, a injeção introcitoplasmática de espermatozoides, a transferência de embriões, gâmetas ou zigotos, o diagnóstico genético pré-implantação e outras técnicas laboratoriais de manipulação genética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias². Acrescenta depois o nº 2 do mesmo artigo, introduzido pela Lei nº 25/2016, de 22 de agosto (que regulou o acesso à gestação de substituição), que a presente lei se aplica ainda às situações de gestação de substituição previstas no seu artigo 8º.

Podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual (artigo 6º, nº 1, da LPMA).

A lei parte do princípio de que só uma mulher pode gerar uma criança e, por isso, só admite o recurso às técnicas de PMA às mulheres (sós ou casadas ou unidas de facto com pessoa de sexo diferente ou do mesmo sexo). Admitir que um homem só possa recorrer a tais técnicas implicaria uma diferente forma de regular e admitir a gestação de substituição, o que não foi pretendido pelo legislador.

¹ Publicado em *Diário da República*, 1.ª série, nº 87, de 7 de maio de 2018.

² Os artigos 3º a 18º da referida lei aplicam-se a todas as técnicas. Só são reguladas especificamente a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* e o diagnóstico genético pré-implantação, determinando o artigo 47º a aplicação das normas da fertilização *in vitro* às restantes técnicas.

Poderá discutir-se a compatibilidade do acesso a técnicas de PMA a todas as mulheres com o princípio da subsidiariedade dos métodos de PMA, previsto no artigo 4º, nº 1, da LPMA. Na verdade, e atendendo aos beneficiários previstos no artigo 6º, mais do que um método subsidiário o recurso a técnicas de PMA configura um método complementar de procriação.

A regulação da PMA exigiu uma resposta jurídica do legislador a várias questões, muitas polémicas e com implicações éticas. Além das já mencionadas podemos destacar

os problemas decorrentes do recurso a métodos heterólogos (do ponto de vista do estabelecimento da filiação e repercussões sucessórias daí resultantes) e a técnicas *in vitro* (o problema dos embriões excedentários).

Na impossibilidade de analisarmos todas estas matérias, propomo-nos analisar alguns problemas sucessórios que se colocam pelo facto de ter havido recurso a técnicas de PMA. O tema central a abordar cingir-se-á à solução recentemente encontrada pelo legislador, nos artigos 22º e ss. da LPMA, quanto à inseminação *post mortem*.

Para contextualizar, convém lembrar que a sucessão pode ser legal ou negocial. O autor da sucessão poderá contemplar, por testamento ou pacto sucessório (nos casos admitidos por lei), quem quiser, dispondo da totalidade dos seus bens ou, tendo herdeiros legitimários, da sua quota disponível. Tentaremos analisar neste ponto a possibilidade de o autor da sucessão contemplar, por testamento ou pacto sucessório, como seu herdeiro o filho que virá a nascer por recurso a técnicas de PMA, já concebido (embrião) ou mesmo concepturo. Analisaremos esta questão em articulação com a capacidade para suceder.

Quanto à sucessão legal, impõem-se algumas considerações, já que os descendentes e os ascendentes são herdeiros legais (legítimos e legitimários) uns dos outros. Ora, o recurso a técnicas de PMA exige a resposta a algumas questões face às soluções sucessórias apresentadas pela lei.

2. Inseminação artificial ou fertilização *in vitro post mortem* (homóloga) – uma análise dos novos artigos 22º, 22º-A e 23º da LPMA e dos artigos 2033º e 2046º do Código Civil

A inseminação artificial *post mortem* está prevista nos artigos 22º, 22º-A e 23º da LPMA³. De referir que as normas aplicam-se também à fertilização *in vitro*, por força do artigo 26º da mesma lei.

Para melhor compreensão da matéria impõe-se um olhar à anterior redação dos artigos 22º e 23º da LPMA.

Dispunha o artigo 22º da LPMA que, após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não era lícito à mulher ser inseminada com sémen do falecido, ainda que este tivesse consentido no ato de inseminação. O sémen que, com fundado receio de futura esterilidade, fosse recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem vivesse em união de facto seria destruído se aquele viesse a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen.

Havendo violação da referida proibição, e daí resultasse gravidez da mulher inseminada, a criança que viesse a nascer seria havida como filha do falecido. Mas se, à data da inseminação, a mulher tivesse contraído casamento ou vivesse há pelo menos dois anos em união de facto com homem que, nos termos do artigo 14º da LPMA, desse o seu consentimento a tal ato, seria este considerado como pai da criança, aplicando-se ao caso o disposto no nº 3 do artigo 1839º do Código Civil.

Já seria, porém, lícita a transferência *post mortem* de embrião para permitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que fosse o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão (artigo 22º, nº 3, da LPMA).

³ Repare-se que, tal como refere Paulo NASCIMENTO, “Procriação medicamente assistida *post mortem*: efeitos familiares e sucessórios”, in AAVV, *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*, Porto Alegre, Magister Editora, 2008, p. 222 e nota 10, a questão discute-se a propósito da inseminação *post mortem* face ao progenitor masculino, uma vez que, senão impossível, são raríssimas as situações de nascimento de filho após a morte do progenitor feminino. Reporta o autor o caso de Susan Torres, nos EUA: estando grávida de 17 semanas, foi-lhe diagnosticado um cancro cerebral e considerada “cerebralmente morta” pela equipa médica. A manutenção artificial das suas funções vitais permitiu o nascimento de uma criança do sexo feminino.

Eram essencialmente os casos previstos nos artigos 23º, nº 1, e 22º, nº 3, da LPMA, que levariam ao nascimento de uma criança em que o pai era o falecido, que podiam colocar alguns problemas sucessórios.

Importaria considerar duas situações distintas, consoante houvesse ou não conceção.

Se já houvesse conceção, havendo embrião, aplicar-se-ia o artigo 22º, nº 2, da LPMA, admitindo a transferência para o útero. Sendo, assim, a criança que viria a nascer teria a sua maternidade e paternidade estabelecida nos termos gerais e nos termos da LPMA. Estando a filiação estabelecida, e preenchidos os pressupostos da vocação sucessória, tendo capacidade sucessória enquanto nascituro, haveria produção de efeitos sucessórios legais e, eventualmente, se fosse o caso, testamentários.

Na verdade, aberta a sucessão, serão chamados à titularidade das relações jurídicas do falecido aqueles que gozam de prioridade na hierarquia dos sucessíveis, desde que existam e tenham a necessária capacidade. São, por isso, pressupostos da vocação: 1) a titularidade pelo chamado da designação sucessória prevalente no momento da morte; 2) a sua existência; 3) a sua capacidade sucessória⁴.

O segundo pressuposto da vocação sucessória é o da existência do chamado, ou seja, exige-se uma existência posterior do chamado (o chamado deve sobreviver ao *de cuius*, ainda há de existir no momento da morte do autor da sucessão) e uma existência anterior do chamado (o chamado já há de existir no momento da morte do *de cuius*)⁵.

Quanto à sucessão de nascituros já concebidos, o artigo 2033º, nº 1, do Código Civil, equipara-os às pessoas nascidas, chamando-as à sucessão (legitimária, legítima, testamentária e contratual). É evidente que tal vocação sucessória fica dependente da condição legal suspensiva do seu nascimento. De facto, os nascituros já concebidos têm uma certa existência jurídica, ainda

⁴ Quanto aos pressupostos da vocação sucessória, v., entre outros, Cristina DIAS, “Comentário ao artigo 2032º”, in Cristina Dias (coord.), *Código Civil Anotado, livro V, Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 31 e ss.

⁵ R. Capelo de SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª ed. renovada, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 284, destaca o facto de se falar da existência do chamado e não da sua personalidade jurídica. A personalidade jurídica só se adquire, de acordo com o artigo 66º, nº 1, do Código Civil, com o nascimento completo e com vida, e, de acordo com o artigo 2033º do mesmo código, a vocação sucessória tem lugar não apenas quanto a seres dotados de personalidade jurídica mas também relativamente a nascituros já concebidos e até em relação a concepturos (nascituros não concebidos).

que não tenham uma personalidade jurídica plena. Tal decorre não só do artigo 66º, nº 2, mas também de outras normas que conferem alguns direitos aos nascituros, como o artigo 1885º (o nascituro pode ser perflhado). Os nascituros já concebidos são chamados à sucessão, detendo uma espécie de personalidade jurídica limitada, não se tratando de qualquer exceção ao pressuposto da existência da vocação sucessória.

Se não houvesse concepção, a inseminação e a fertilização eram proibidas pelo nº 1 do artigo 22º da LPMA, mas, havendo violação de tal proibição, o artigo 23º da mesma lei determinava a forma de estabelecer a paternidade. Tal criança teria, assim, a sua filiação estabelecida.

Em consequência, e a não ser que se admitisse a divisibilidade do estado de filho (e, se assim fosse, não haveria efeitos sucessórios, violando-se, além do princípio da unidade do estado, o princípio da igualdade entre os filhos), haveria efeitos sucessórios legais (contra o disposto na anterior redação do artigo 2033º do Código Civil, em matéria de capacidade sucessória dos concepturos).

Na verdade, os nascituros ainda não concebidos podem vir a ser chamados na sucessão testamentária ou contratual [artigo 2033º, nº 2, al. *a*), do Código Civil]. A admissibilidade da sucessão de concepturos na sucessão testamentária e contratual visa respeitar o princípio da liberdade negocial e testamentária e satisfazer as eventuais motivações do autor da sucessão (p. ex., o desejo do testador de afastar certas pessoas da sucessão por razões pessoais, mas já pretenda contemplar os filhos delas, por tais razões não se manterem em relação a eles, ou de evitar desigualdades entre filhos nascidos e concebidos, por um lado, e concepturos, por outro lado, quando estes últimos sejam prováveis e o testador pretenda beneficiar todos os filhos de certa pessoa)⁶.

Para que os nascituros não concebidos venham a ser chamados, na sucessão testamentária ou contratual, é necessário que, nos termos do artigo 2033º, nº 2, al. *a*), do Código Civil, sejam filhos de pessoa(s) determinada(s), viva ao tempo da abertura da sucessão.

O chamamento de nascituros não concebidos parece uma exceção ao requisito da existência, uma vez que não há aqui uma realidade biológica,

⁶ V., Pereira COELHO, *Direito das Sucessões*, lições policopiadas ao curso de 1973-1974, Coimbra, 1992, pp. 195-197, e R. Capelo de SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 287, nota 724.

como acontece com os nascituros já concebidos. Contudo, e apesar de serem mais limitados os casos em que assumem relevância jurídica, e muito embora não tenham personalidade jurídica, parece que cabem no artigo 66º, nº 2, do Código Civil, e, portanto, a sua vocação fica também dependente da condição suspensiva do seu nascimento.

Sendo assim, a possibilidade que o artigo 23º, nº 1, da LPMA, admitia, e o estabelecimento da paternidade a favor do marido ou do companheiro da mãe que consentiu no ato de inseminação (artigo 22º, nº 1, da LPMA), permitiria, uma vez estabelecida a filiação, o chamamento à sucessão legal de alguém que não estava ainda concebido no momento da abertura da sucessão, contra o disposto no referido artigo 2033º, nº 2, alínea *a*), com as consequências daí decorrentes para a estabilidade das relações jurídicas sucessórias (a sucessão futura do concepturo abalaria os vínculos sucessórios entretanto constituídos a favor de outros sucessíveis prioritários numa fase inicial. Por exemplo, o nascimento do concepturo ao tempo da abertura da sucessão afastaria a sucessão e partilha dos bens entretanto realizada a favor dos ascendentes do *de cuius*).

Por outro lado, no caso de o marido da mãe deixar testamento em que contemplava o filho a conceber, tal disposição seria nula por atentar contra o disposto no então artigo 22º, nº 1, da LPMA. Mas mesmo que se admitisse a sua validade, se a proibição fosse violada e a criança fosse concebida, a disposição testamentária teria de respeitar o artigo 2033º do Código Civil: filho de pessoa determinada viva ao tempo da abertura da sucessão.

Relacionado com esta questão está o problema da validade do consentimento do *de cuius* para o ato da inseminação. Uma vez que o artigo 22º da LPMA proíbe qualquer utilização do sémen do falecido, não teria qualquer eficácia um eventual consentimento deste para utilização do mesmo. Na verdade, a proibição da inseminação *post mortem* aplicava-se quer tivesse existido ou não tal consentimento (referia a lei que a proibição existia ainda que o falecido tivesse consentido).

A existência de um eventual consentimento poderia apenas relevar para efeitos do estabelecimento da paternidade, nos termos do artigo 23º, nº 1, da LPMA. Como refere Paulo Nascimento, se o marido ou o uni-do de facto pré-falecido não tivesse manifestado a sua vontade no que toca à inseminação, não faria sentido associar a este caso a consequência do

artigo 23º, nº 1, da LPMA, e “a paternidade não deverá ser estabelecida quando não há consentimento”⁷. Assim, “a paternidade fundada na inseminação homóloga *post mortem* é a que foi consentida, tendo em vista um projecto de paternidade futuro”⁸.

O consentimento a que nos referimos não é um consentimento expressamente *post mortem*. Das informações a prestar para obtenção do consentimento dos beneficiários constava a necessária destruição do sémen em caso de morte. Assim, um consentimento para utilização de tal material genético nessas circunstâncias, a existir, seria ineficaz. O que relevava é que existisse consentimento para a técnica de PMA escolhida e não tivesse sido revogado (v., artigo 14º da LPMA).

O artigo 18º do Decreto nº 415/VII (aprovado em 1999 pela Assembleia da República e depois vetado pelo Presidente da República)⁹ considerava que não era lícito à mulher, após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, fazer-se inseminar com esperma do falecido, salvo se este tivesse consentido na inseminação e esta tivesse lugar nos três meses seguintes ao falecimento. A opção legislativa inicial seguiu caminho diferente.

Um outro problema que a inseminação *post mortem* podia colocar, e que aquele artigo 18º também tentava resolver, tinha a ver com a inexistência de um prazo para a utilização do sémen ou para a transferência do embrião. A lei referia apenas a existência de um prazo considerado ajustado à tomada da decisão no caso de transferência de embrião.

O nascimento do filho após a morte do pai pode ocorrer muito tempo depois desta e da consequente abertura da sua sucessão. Ora, o estabelecimento da filiação, nos termos do artigo 22º, nº 3, e sobretudo do artigo 23º, nº 1, implica uma série de consequências jurídicas que resultam do estado de filho e, de entre elas, e para o que aqui nos importa, efeitos sucessórios. Assim,

⁷ Paulo NASCIMENTO, “Procriação medicamente assistida *post mortem*: efeitos familiares e sucessórios”, *op. e loc. cit.*, p. 227.

⁸ Paulo NASCIMENTO, “Procriação medicamente assistida *post mortem*: efeitos familiares e sucessórios”, *op. e loc. cit.*, p. 228. No mesmo sentido, v., Sandra MAGALHÃES, *Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 118 e ss. É o que acontece no ordenamento jurídico espanhol que, proibindo a inseminação *post mortem*, considera como pai, em caso de violação da proibição, o marido ou unido de facto falecido se este tiver deixado declaração expressa no sentido dessa utilização e apenas nos 12 meses após a sua morte.

⁹ V., *Diário da Assembleia da República*, II Série – A, nº 80, de 16 de julho de 1999, pp. 2296-2301.

o facto de ser filho de alguém implica que seja também seu herdeiro (legal). O nascimento do filho nas condições aqui em análise acarretaria insegurança e instabilidade das relações jussucessórias e a possibilidade de o filho poder, mediante o instituto da petição da herança, requerer a parte que lhe caberia na herança contra os sucessores originariamente chamados.

Só assim não seria se, admitindo-se a divisibilidade do estado de filho, não existissem quaisquer outros efeitos do artigo 23º, nº 1, da LPMA, que não o estabelecimento da paternidade. A questão que se coloca é a de saber se será possível o estabelecimento da paternidade, reconhecendo-se o vínculo da filiação e a verdade biológica, salvaguardando-se, assim, o direito constitucional à identidade pessoal e ao conhecimento da ascendência biológica, separando-se das consequências patrimoniais do mesmo reconhecimento e, em especial, da eventual obtenção de benefícios sucessórios. Pode alguém ser filho apenas para determinados efeitos e não para outros, como, por exemplo, os sucessórios?

Já tivemos oportunidade de expressar a nossa opinião quanto a esta questão¹⁰. Julgamos que sempre se poderia assegurar o direito do filho ao conhecimento da sua origem genética, afastando-se os benefícios sucessórios e o estatuto patrimonial resultante do estado de filho, e protegendo-se os eventuais e prévios herdeiros que legitimamente foram chamados à sucessão.

A questão tem sido discutida, na doutrina e na jurisprudência, a propósito do prazo de caducidade das ações de investigação da paternidade (ou maternidade). À luz do artigo 1817º do Código Civil, pode discutir-se se o prazo vale para todos os efeitos resultantes da filiação ou se o prazo de caducidade apenas se aplica aos efeitos patrimoniais, admitindo-se a cindibilidade do estatuto pessoal e do patrimonial e a divisibilidade do estado¹¹.

¹⁰ “Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade – anotação ao ac. do STJ, de 9.4.2013, Proc. 187/09”, *Cadernos de Direito Privado*, nº 45, janeiro-março, 2014, pp. 32-59.

¹¹ A defesa da não existência de um prazo de caducidade foi apresentada pela Provedoria de Justiça, na Recomendação nº 36/B/99, de 22 de dezembro de 1999, e no Projeto de Lei nº 92/IX, de 2002, do partido Os Verdes – <http://www.osverdes.pt/pages/posts/projecto-de-lei-nordm.-92ix-investigacao-da-paternidadematernidade-alteracao-de-prazos-3857.php> [20.12.2013] –, desde que o pretense filho renunciasse aos eventuais direitos sucessórios decorrentes do estabelecimento do vínculo. Referia Guilherme de OLIVEIRA, “Caducidade das ações de investigação”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 1, nº 1, 2004, p. 13, nota 19, que esta alteração causaria mais dificuldades do que as que existem. De facto, se se tratasse da possibilidade de renúncia, por parte dos pretendidos filhos, aos efeitos patrimoniais passariam a existir duas classes de filhos, o que seria claramente inconstitucional por violação do artigo 36º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa. Por outro lado, se se considerasse que a ação de investigação só poderia prosseguir havendo renúncia à produção dos efeitos patrimoniais, teria de aceitar-se

Tal como Jorge Duarte Pinheiro, interrogamo-nos se esta será uma solução razoável à luz do princípio da indivisibilidade ou unidade do estado¹². O reconhecimento da filiação e do estatuto de filho implica a produção de um conjunto de efeitos, “a atribuição de um todo complexo”. Seguindo o autor citado, a lei permite algumas derivações, devidamente justificadas, do princípio da indivisibilidade do *status familiae*, tais como as previstas nos artigos 1603º e 1856º do Código Civil, que tornam, assim, viável um desvio da regra da unidade do estado no âmbito da ação de investigação e reconhecimento da filiação. Também Paulo Nascimento, pronunciando-se a propósito da possibilidade de o filho concebido postumamente por recurso a técnicas de procriação medicamente assistida não ser herdeiro, admite que o vínculo da filiação, ainda que reconhecido, possa não trazer associados alguns efeitos, nomeadamente, sucessórios¹³. Admite, portanto, exceções ao princípio da unidade ou indivisibilidade do estado das pessoas, das quais destaca os artigos 1819º, nº 2, e 1856º do Código Civil. Decorre do artigo 1819º, nº 2, que, se o investigador não demandar também os herdeiros e legatários cujos direitos sejam atingidos pela procedência da ação, poderá vir a ser declarado filho da falecida, mas a qualidade sucessória daqueles herdeiros e legatários não é afetada. Por seu lado, o artigo 1856º permite a perfilhação posterior à morte do filho, mas a mesma só produz efeitos em favor dos descendentes do perfilhado, restringindo-se os efeitos sucessórios do ato de perfilhação.

Assim sendo, e uma vez que desta forma se assegura o direito fundamental do filho em ver estabelecidas as suas relações de filiação, parece-nos ser de defender a possibilidade de cindir os efeitos do reconhecimento da paternidade, afirmando o direito pessoal, o estatuto da filiação, e recusando o direito patrimonial/sucessório, a propósito da anterior solução dos artigos 22º, nº 3, e 23º, nº 1, da LPMA. Mas muito provavelmente não terá sido esta a ideia pensada pelo legislador ao apresentar aquela solução legislativa.

que o estatuto de filho tem um conteúdo disponível. Finalmente, sempre se teria de determinar se a exclusão dos efeitos patrimoniais se limitava aos direitos sucessórios ou abrangeria também uma eventual prestação de alimentos (do filho em relação ao progenitor ou deste em relação ao filho).

¹² Jorge Duarte PINHEIRO, “Inconstitucionalidade do artigo 1817º, nº 1, do Código Civil – anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional nº 23/2006, de 10.1.2006”, *Cadernos de Direito Privado*, nº 15, julho-setembro de 2006, p. 52.

¹³ Paulo NASCIMENTO, “Procriação medicamente assistida *post mortem*: efeitos familiares e sucessórios”, *op. e loc. cit.*, pp. 234-237.

Como já tivemos oportunidade de referir, a Lei nº 72/2021, de 12 de novembro, trouxe novas respostas para esta matéria. Alterando a LPMA, permitiu o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida através da inseminação com sémen após a morte do dador, nos casos de projetos parentais expressamente consentidos, e colocou ao lado das pessoas nascidas ou concebidas (nascituros) as pessoas concebidas (ou a conceber), nos termos da lei, no quadro de um procedimento de inseminação *post mortem*. Na verdade, julgamos que o legislador não quis referir-se, na nova redação dada ao artigo 2033º, nº 1, do Código Civil, apenas às pessoas já concebidas (nascituros) no momento da morte do autor da sucessão – o que nenhuma novidade a procriação medicamente assistida traria neste contexto, uma vez que a transferência *post mortem* de embrião já era admitida -, mas também aos nascituros ainda não concebidos e cujo nascimento resultará de uma inseminação com sémen da pessoa falecida (ocorrida depois da abertura da sucessão). Permite-se, portanto, que também os concepturos que venham a ser concebidos por recurso a inseminação *post mortem* sejam chamados à sucessão. Evidentemente que o chamamento destas pessoas concebidas ou a conceber estará sujeito ao previsto na LPMA, em especial nos artigos 22º, 22º-A e 23º.

Assim, determina o artigo 22º que, de forma a concretizar um projeto parental claramente estabelecido e consentido, e decorrido o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão (que não deve ser inferior a seis meses, salvo razões clínicas ponderosas devidamente atestadas pelo médico que acompanha o procedimento – nº 4), é lícito, após a morte do marido ou do unido de facto: a) Proceder à transferência *post mortem* de embrião; b) Realizar uma inseminação com sémen da pessoa falecida (nº 1).

Tal possibilidade é aplicável aos casos em que o sémen seja recolhido, com base em fundado receio de futura esterilidade, para fins de inseminação da mulher com quem o homem esteja casado ou viva em união de facto e o dador vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen (nº 2). O sémen recolhido com base em fundado receio de futura esterilidade, sem que tenha sido prestado consentimento para a inseminação *post mortem* (v., artigos 22º-A e 42º-A LPMA), é destruído se a pessoa vier a falecer durante o período estabelecido para a respetiva conservação (nº 3). Os procedimentos devem iniciar-se no prazo máximo de três anos contados

da morte do marido ou unido de facto, podendo realizar-se um número máximo de tentativas idêntico ao que está fixado para os centros públicos (nº 5). A inseminação com sémen do marido ou do unido de facto, bem como a implantação *post mortem* de embrião, só pode ocorrer para a concretização de uma única gravidez da qual resulte nascimento completo e com vida (nº 6).

É, ainda, assegurado, a quem o requerer, acompanhamento psicológico no quadro da tomada de decisão de realização de uma inseminação *post mortem*, bem como durante e após o respetivo procedimento (nº 7).

Existindo consentimento para a possibilidade de inseminação *post mortem*, a herança do progenitor falecido mantém-se jacente durante o prazo de três anos após a sua morte, o qual é prorrogado até ao nascimento completo e com vida do nascituro caso esteja pendente a realização dos procedimentos de inseminação permitidos nos termos do artigo 22º, nº 5, da LPMA (v., artigo 23º, nº 5, da LPMA, e artigo 2046º, nº 2, do Código Civil).

Nestes casos, a herança é posta em administração (artigo 23º, nº 6, da LPMA).

A realização de procedimentos de inseminação *post mortem* sem consentimento do dador e que prejudiquem interesses patrimoniais de terceiros, designadamente direitos sucessórios, faz incorrer os seus autores no dever de indemnizar, sem prejuízo da efetivação da responsabilidade criminal prevista na LPMA.

A solução prevista no artigo 22º, nº 1, al. a), da LPMA, existindo um embrião, e estabelecendo-se a filiação nos termos previstos no Código Civil, está de acordo com a solução prevista no âmbito do direito sucessório.

A questão que, neste ponto, poderá colocar-se tem a ver com o estabelecimento da paternidade no caso do marido da mãe e eventual cessação da presunção se o filho vier a nascer mais de 300 dias depois da morte do marido. Existindo embrião criopreservado e não havendo um prazo para a transferência para o útero materno, existe nascituro para efeitos sucessórios, ou seja, o artigo 2033º do Código Civil apenas exige que a concepção já tenha ocorrido no momento da abertura da sucessão e não que o nascimento ocorra dentro do período de 300 dias após a morte (ainda que tradicionalmente tenha sido essa evidentemente a ideia, numa altura em que não havia concepção por recurso a técnicas de procriação medicamente assistidas). Portanto, havendo

embrião, há nascituro e há sucessível (ainda que venha a nascer muito tempo depois da morte do marido da mãe).

No caso de implantação *post mortem* de embrião já existente no momento da abertura da sucessão, o filho pode nascer decorridos mais de 300 dias contados a partir da morte do pai. Admitindo-se a concepção fora do organismo materno, a qualificação como nascituro dá-se a partir da concepção (seja *in vivo* ou *in vitro*), ainda que o nascimento só ocorra muito depois. Assim, existindo embrião haverá nascituro para efeitos do chamamento sucessório¹⁴.

Contra este entendimento, e defendendo uma interpretação restritiva, há quem afaste a qualidade de herdeiro legal (legítimo e legitimário) ao filho resultante de uma transferência de embriões *post mortem* (e existentes no momento da abertura da sucessão) e que nasça mais de 300 dias após a abertura da sucessão¹⁵. Por sua vez, Jorge Duarte Pinheiro considera que o princípio da não discriminação com base no nascimento resultante da utilização de técnicas de PMA afasta “uma interpretação restritiva que negue a qualidade de sucessível legal ao filho, resultante de uma implantação *post mortem* de embrião já existente no momento da abertura da sucessão, só porque nasceu decorridos mais de 300 dias contados a partir da morte do pai”¹⁶.

A Lei nº 72/2021, de 12 de novembro, veio permitir o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida através da inseminação com sémen após a morte do dador, nos casos de projetos parentais expressamente consentidos, que a anterior redação legislativa vedava, como vimos.

Por seu lado, o artigo 23º da LPMA, relativo à paternidade, determina que se, em virtude da inseminação realizada nos termos previstos nos artigos 22º e 22º-A da LPMA, resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido (nº 1). Se a inseminação *post mortem* ocorrer em violação do disposto nos referidos artigos, a criança

¹⁴ Sendo assim, não poderá ter aplicação, nestes casos, a cessação da presunção da paternidade prevista no artigo 1829º do Código Civil.

¹⁵ V., Oliveira ASCENSÃO, “Procriação assistida e Direito”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2000, p. 672.

¹⁶ Jorge Duarte PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 5.ª ed., Lisboa, Gestlegal, 2022, p. 229. No mesmo sentido, v., Tiago DUARTE, “*In vitro veritas?*” – *A procriação medicamente assistida na Constituição e na lei*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 114, nota 237; Paulo NASCIMENTO, “Procriação medicamente assistida *post mortem*: efeitos familiares e sucessórios”, *op. e loc. cit.*, pp. 239 e 240; e Cristina DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, 7.ª ed., reimpressão, Coimbra, Almedina, 2021, p. 115.

que vier a nascer é havida como filha do falecido (nº 2), salvo se, à data da inseminação, a mulher tiver contraído casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de facto com homem que, nos termos do artigo 14º da LPMA, dê o seu consentimento a tal ato, caso em que se aplica o disposto no nº 3 do artigo 1839º do Código Civil (nº 3) ou se verificar o previsto no nº 7 do artigo 23º da LPMA.

Em qualquer caso, não fica prejudicado o direito de conhecimento da identidade genética por parte da criança que vier a nascer (nº 4).

Do ponto de vista sucessório, e acautelando os problemas anteriormente referidos, o artigo 2033º do Código Civil, na redação dada pela Lei nº 72/2021, de 12 de novembro, alarga a capacidade sucessória às pessoas concebidas (ou a conceber), nos termos da lei, no quadro de um procedimento de inseminação *post mortem*.

Por seu lado, dispõe agora o nº 5 do artigo 23º da LPMA que, existindo consentimento para a possibilidade de inseminação *post mortem*, a herança do progenitor falecido mantém-se jacente durante o prazo de três anos após a sua morte, o qual é prorrogado até ao nascimento completo e com vida do nascituro caso esteja pendente a realização dos procedimentos de inseminação permitidos nos termos do nº 5 do artigo 22º da LPMA. Nestes casos, a herança é posta em administração (v. artigo 2046º do Código Civil).

A realização de procedimentos de inseminação *post mortem* sem consentimento do dador e que prejudiquem interesses patrimoniais de terceiros, designadamente direitos sucessórios, faz incorrer os seus autores no dever de indemnizar, sem prejuízo da efetivação da responsabilidade criminal prevista na presente lei (artigo 23º, nº 7, da LPMA).

5. Notas finais

Lê-se no sumário da decisão do Tribunal da Comarca de Lisboa, 10.ª vara cível, de 29 de julho de 2014, que “só é admitida a inseminação *post mortem* de embrião desde que vise realizar um projecto parental claramente esclarecido por escrito antes do falecimento do pai. Na sequência de o diagnóstico de leucemia linfóide aguda, o falecido depositou esperma para criopreservação junto do hospital, tendo assinado duas declarações de

consentimento no sentido da manutenção da criopreservação do sémen e expresso por declaração de vontade que o sémen não fosse destruído de forma a poder ser utilizado pela mulher no âmbito do projeto parental de ambos. Após a morte do marido, a mulher solicitou a entrega do sémen, a fim de com ele gerar uma criança. A nível constitucional, a procriação artificial humana é concebida como um direito social cujo exercício se destina a proteger a instituição familiar, pelo que o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida apenas é admissível no seio de um casal e na medida em que se revele indispensável para superar uma situação de infertilidade que afete qualquer dos seus membros. Deste modo, os seus fins apenas deverão servir a dignidade da vida humana e o supremo interesse da criança e mesmo quando fundada no consentimento expresso da pessoa, a reprodução *post mortem* gera pessoas que nunca conhecerão o pai genético com violação do seu direito à integridade pessoal e genética, desrespeita os direitos do homem que já faleceu e escapa à finalidade terapêutica primordial que deve guiar estas técnicas. Considerando que o esperma é uma substância que contém o código genético de alguém, apta para contribuir para a criação de um novo ser humano, não é juridicamente uma coisa, mas uma emanção da personalidade da pessoa de quem foi retirado e falecendo a pessoa, extingue-se a personalidade, devendo ser igualmente destruído o seu material genético. Nestes termos, não obstante as autorizações e declarações de vontade emitidas em vida pelo falecido, o material genético objeto de preservação é o esperma e não os embriões, pelo que a inseminação é expressamente proibida por lei”.

A solução resultava, como vimos, das disposições previstas nos artigos 22º e 23º da LPMA na sua anterior redação. A utilização de técnicas de PMA pode colocar alguns problemas do ponto de vista sucessório. Sem prejuízo de outros que possam surgir, tentámos analisar neste contexto a capacidade sucessória no caso de inseminação artificial ou fertilização *in vitro post mortem*. As soluções apresentadas pela LPMA, nos seus anteriores artigos 22º e 23º, colocavam alguns problemas, como tivemos oportunidade de analisar. A lei distinguia consoante houvesse ou não um embrião já constituído, mas ambas as situações colocavam dúvidas.

A Lei nº 72/2021, de 12 de novembro, trouxe uma nova solução legislativa, permitindo não só a utilização de técnicas de PMA *post mortem* no caso de existir um embrião, bem como com a utilização de sémen criopreservado.

No caso de implantação *post mortem* de embrião já existente no momento da abertura da sucessão (permitida mesmo à luz da anterior redação do artigo 22º da LPMA), o filho pode nascer decorridos mais de 300 dias contados a partir da morte do pai. Admitindo-se a concepção fora do organismo materno, a qualificação como nascituro dá-se a partir da concepção (seja *in vivo* ou *in vitro*), ainda que o nascimento só ocorra muito depois. Assim, existindo embrião haverá nascituro para efeitos do chamamento sucessório.

Se não há concepção, a Lei nº 72/2021, de 12 de novembro, alterou a solução legislativa inicial. A inseminação e a fertilização eram proibidas pelo nº 1 do artigo 22º da LPMA, mas, havendo violação de tal proibição, o artigo 23º da mesma lei determinava a forma de estabelecer a paternidade. Tal criação teria, assim, a sua filiação estabelecida e, em consequência, a não ser que se admitisse uma exceção ao princípio da indivisibilidade do estado de filho, haveria efeitos sucessórios legais (contra o disposto no artigo 2033º do Código Civil, na sua anterior redação, em matéria de capacidade sucessória dos concepturos).

A lei não resolvia também o problema da relevância jurídica de um eventual consentimento do progenitor falecido (que podia interessar para efeitos do estabelecimento da paternidade), nem fixava um prazo para a utilização do sémen ou para a transferência do embrião. Apenas se mencionava a existência de um prazo considerado ajustado à tomada da decisão no caso de transferência de embrião.

Tais soluções legais acarretavam insegurança e instabilidade das relações jussucessórias e a possibilidade de o filho poder requerer a parte que lhe caberia na herança contra os sucessores originariamente chamados, preteridos perante o aparecimento ulterior de um herdeiro prioritário.

A atual solução legislativa considera lícito, de forma a concretizar um projeto parental claramente estabelecido e consentido, e decorrido o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão (que não deve ser inferior a seis meses, salvo razões clínicas ponderosas devidamente atestadas pelo médico que acompanha o procedimento), após a morte do marido ou do unido de facto, a transferência *post mortem* de embrião, bem como a realização de uma inseminação com sémen da pessoa falecida (artigo 22º, nº 1, da LPMA).

Tal possibilidade é aplicável aos casos em que o sémen seja recolhido, com base em fundado receio de futura esterilidade, para fins de inseminação da mulher com quem o homem esteja casado ou viva em união de facto e o dador vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen. O sémen recolhido com base em fundado receio de futura esterilidade, sem que tenha sido prestado consentimento para a inseminação *post mortem* (v., artigos 22º-A e 42º-A LPMA), é destruído se a pessoa vier a falecer durante o período estabelecido para a respetiva conservação.

Prevendo a possibilidade de uma inseminação com sémen da pessoa falecida, a LPMA tinha que resolver os problemas sucessórios que elencámos anteriormente, nomeadamente a possibilidade de um filho (mero concepturo no momento da abertura da sucessão) vir exigir a sua parte na herança do progenitor, contra outros sucessores entretanto chamados, gerando grande instabilidade nas relações sucessórias. Considera agora a lei que, existindo consentimento para a possibilidade de inseminação *post mortem*, a herança do progenitor falecido mantém-se jacente durante o prazo de três anos após a sua morte, o qual é prorrogado até ao nascimento completo e com vida do nascituro caso esteja pendente a realização dos procedimentos de inseminação permitidos nos termos do artigo 22º, nº 5, da LPMA (v., artigo 23º, nº 5, da LPMA, e artigo 2046º, nº 2, do Código Civil). Nestes casos, a herança é posta em administração (artigo 23º, nº 6, da LPMA).

As soluções agora encontradas pelo legislador no domínio da LPMA são uma forma de solucionar os eventuais problemas jus-sucessórios decorrentes do recurso a técnicas de PMA *post mortem*. A alteração legislativa é recente e só o tempo permitirá aferir a eficácia de tais soluções.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O MODELO PORTUGUÊS DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Diana Coutinho*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.15>

1. Nota prévia

O presente artigo versa sobre a temática da gestação de substituição, em particular à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. A escolha do tema pretende fazer jus à merecida homenagem desta obra, a Senhora Professora Doutora Benedita Mac Crorie, que de forma exímia e cativante dedicou parte da sua jornada ao estudo, investigação e discussão em torno do princípio da dignidade da pessoa humana. Recordamos com saudade a determinação, simpatia e generosidade da Senhora Professora Benedita. As palavras serão sempre insuficientes para a homenagear, a sua perda é inestimável.

Conhecemos a Senhora Professora Benedita, no exercício das suas funções de docência, nós na qualidade de discente da licenciatura em Direito

* Professora Convidada (equiparada a Professora Auxiliar) da Escola de Direito da Universidade do Minho e Professora Auxiliar da Universidade Lusófona do Porto. Contacto: d6988@uminho.pt

da Escola de Direito da Universidade do Minho. Tivemos a honra de a ter como docente às unidades curriculares de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais, e os seus ensinamentos marcaram o nosso percurso académico. Posteriormente, na qualidade de Colegas da Escola de Direito da Universidade do Minho, tivemos a sorte de partilhar e debater algumas ideias e preocupações, em eventos científicos, com a Senhora Professora Benedita, inclusivamente sobre o tema que trazemos à análise no presente artigo.

Desta forma singela, e sem pretensões de um estudo exaustivo, deixamos a nossa contribuição para honrar a memória, mais do que merecida, da Professora Benedita.

2. Noção de gestação de substituição

Podemos definir gestação de substituição¹ como uma forma de reprodução humana através da qual uma mulher (a gestante) compromete-se a gerar e dar à luz uma criança para terceiro(s), o (s) beneficiário (s), a quem a deve entregar após o parto. Este compromisso tem por base um acordo de vontades entre as partes, oneroso ou gratuito, no qual a gestante de substituição renuncia a todos os direitos sobre a criança, incluindo os poderes e deveres que decorrem do regime jurídico da maternidade.

Assim, na gestação de substituição, o nascimento de uma criança ocorre por intermédio de um terceiro elemento, a gestante de substituição, que cede o seu útero (e todo o seu corpo) para uma gravidez a favor de terceiros (de um projeto parental de outrem). É a gestante de substituição que passa por todo o processo biológico de reprodução humana (desde a fecundação do óvulo até ao parto) ou por apenas parte desse processo (desde a transferência do embrião até ao parto). Veja-se que a gestação de substituição pode ser gestacional, quando a gestante não contribui com os seus óvulos, mas apenas gera um embrião criado *in vitro* com material genético que pertence aos beneficiários /ou dadores; ou genética, quando a gestante contribui com os seus óvulos.

¹ Para um estudo sobre o tema, Diana COUTINHO, *As problemáticas e os desafios contemporâneos em torno da gestação de substituição*, Coimbra, Almedina, 2022.

A gestação de substituição não é uma técnica de procriação medicamente assistida, embora a sua regulamentação esteja inserida precisamente na Lei da Procriação Medicamente Assistida (LPMA), conforme veremos melhor *infra*. Em geral, as técnicas de PMA têm como função auxiliar o processo de reprodução humana (sobretudo em virtude de infertilidade), evitar a transmissão de doenças genéticas ou o tratamento de doença grave. Embora a prática (legal) de gestação de substituição implique o recurso a uma técnica de PMA, estamos perante situações distintas. No caso das técnicas de PMA, a mulher que recorre às técnicas é aquela que vai gerar no seu útero e dar à luz (está a realizar o seu projeto parental). Por seu turno, na gestação de substituição, as técnicas apenas são usadas para conceber um embrião criado com material biológico dos beneficiários (dos dois; de apenas um deles com material biológico doado) ou embrião doado e transferi-lo para o útero da gestante, sendo que esta pretende ajudar os beneficiários a realizarem o seu projeto parental.

Facilmente se compreende que a situação configurada como gestação de substituição coloca em causa o brocado latino *mater semper certa est*. Além disso, afasta-se do conceito tradicional de reprodução natural e da reprodução assistida enquanto processo unitário de conceção, gestação e parto centrados numa única mulher, independentemente da utilização de material biológico doado e da forma tradicional de constituir família ou das regras comuns do estabelecimento da filiação.

3. O modelo português de gestação de substituição

3.1. O contexto legal antes de 2016

Conforme mencionado *supra*, o regime jurídico da gestação de substituição encontra-se previsto na LPMA, sem prejuízo de existirem disposições normativas em diplomas legais como o Código Civil (CC), o Código Penal (CP) ou instrumentos internacionais ratificados por Portugal, que podem ser aplicadas a esta temática.

Em 2016 foi admitida no nosso ordenamento jurídico a prática de gestação de substituição, nomeadamente por força da Lei nº 25/2016, de

25 de agosto, ainda que a título excepcional e mediante o preenchimento de pressupostos de admissibilidade restritos (artigo 8º da LPMA).

Anteriormente, e expressamente desde 2006 com a criação da LPMA, era absolutamente proibida a prática de gestação de substituição. Independentemente da modalidade da maternidade de substituição² (gratuita ou onerosa, genética ou gestacional), se fosse celebrado um contrato de maternidade de substituição seria nulo e a gestante seria considerada a mãe da criança (nos termos gerais do direito da filiação). A opção do legislador de 2006 centrou-se na proteção do superior interesse da criança, na prevenção de conflitos que pudessem colocar em causa a paz familiar e nos valores tradicionais do direito da família.

Contudo, o mesmo legislador entendeu que a essa proibição não teria o mesmo impacto para efeitos penais. Assim, apenas a prática de negócio de maternidade de substituição oneroso constituía um ilícito criminal. Desta forma, os sujeitos que celebrassem um contrato oneroso de maternidade de substituição eram punidos com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias (nº 1 do artigo 39º da LPMA). O artigo 39º, nº 2 da LPMA veio ainda punir as pessoas que, por qualquer meio, promovessem a maternidade de substituição a título oneroso. Esta promoção contemplava os convites diretos ou por interposta pessoa, ou de anúncio público. Qualquer destas situações configurava uma conduta ilícita, suscetível de ser punida com pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias. Esta punição visava, sobretudo, dissuadir e impedir a formação e realização destes contratos feitos por agências, clínicas ou agentes de intermediação que lucravam com a realização destes negócios e conduziam aos inerentes perigos de exploração de mulheres e da sua instrumentalização. Porém, nos termos redigidos, esta solução conferia a possibilidade de sancionar os pais intencionais e a gestante.

3.2. O contexto legal após 2016

A Lei nº 25/2016 veio regular o acesso à gestação de substituição, embora só com a promulgação do Decreto Regulamentar nº 6/2017, de 31 de julho, se tornou possível o início dos processos de gestação de substituição. Apesar

² Termologia usada até 2016 pela LPMA.

da alteração da nomenclatura (de maternidade para gestação de substituição), o conceito legal manteve-se (nº 1 do artigo 8º da Lei da PMA). A LPMA passou a ser aplicável, com as devidas adaptações, à gestação de substituição (nº 2 do artigo 2º da referida Lei), destacando-se a aplicação em matéria de direitos e deveres dos beneficiários (artigos 12º e 13º), consentimento (artigo 14º) ou confidencialidade (artigo 15º).

O modelo português assentava na natureza gratuita e excepcionalidade, permitindo o acesso em “casos de ausência de útero e de lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas o justifiquem” (artigo 8º, nº 2 da LPMA). A lei exigia a utilização de material genético de pelo menos um dos beneficiários, proibindo a utilização de ovócitos da gestante no procedimento em que participasse (cf. artigo 8º, nº 3, da LPMA) e também proibía a existência de uma subordinação económica (laboral ou de prestação de serviços) ou jurídica entre as partes do contrato (artigo 8º, nº 6 da LPMA). A celebração do contrato estava dependente de autorização do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), da audição prévia da Ordem dos Médicos e da prestação do consentimento das partes (artigo 8º, nº 8, 10, artigo 14º da LPMA e artigo 2º do Decreto Regulamentar).

Este modelo de gestação de substituição foi considerado, segundo o Tribunal Constitucional (TC), não atentatório da dignidade humana (nem da gestante, nem da criança nascida com recurso à gestação de substituição), não obstante aquele tribunal ter considerado que alguns aspetos do seu regime legal violavam valores constitucionalmente protegidos e, por conseguinte, ter declarado inconstitucionais algumas das normas do regime jurídico da gestação de substituição.

Um ano depois, foi aprovado o Decreto nº 383/XIII da Assembleia da República (AR) que procederia à sétima alteração à Lei nº 32/2006, de 26 de julho, em concreto introduzindo alterações ao regime jurídico da gestação de substituição. Porém, o referido Decreto foi vetado pelo Presidente da República, que enviou para o TC um pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade de duas normas constantes do artigo 2º do referido Decreto. Na sequência de tal pedido, o TC proferiu o acórdão nº 465/2019. Face às decisões do TC, até ao final de 2021 continuou sem ser permitido a realização de contratos de substituição.

4. O Princípio da Dignidade Humana e o modelo português gestação de substituição

4.1. O acórdão nº 225/2018 do Tribunal Constitucional

Após a aprovação da Lei nº 25/2016, um grupo de deputados veio invocar a inconstitucionalidade dos artigos 8º, 15º e 20º, nº 3, da LPMA³, e que se traduziam em três grupos essenciais de questões.

No primeiro grupo, encontrava-se o artigo 8º, diretamente relacionado com o regime da gestação de substituição, em relação ao qual os deputados invocaram que violava os princípios da dignidade da pessoa humana [artigos 1º e 67º, nº 2 alínea e) da CRP], da igualdade (artigo 13º da CRP), dever do Estado de proteção da infância (artigo 69º, nº 1, da CRP) e o princípio da proporcionalidade (artigo 18º, nº 2, da CRP)⁴.

No segundo grupo, encontrava-se o artigo 15º da LPMA, com implicações também no regime da gestação de substituição devido à sua aplicação como regime comum, tendo os deputados invocado que este artigo, em conjugação com os artigos 10º, nº1 e 2 e 19º da LPMA, violavam o direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (artigo 26º, nº 1 e 3 da CRP) e também os princípios da dignidade humana, da igualdade e proporcionalidade⁵.

Por fim, o terceiro grupo referia-se ao artigo 20º, nº 3 da LPMA: em matéria de PMA, os deputados invocaram que este também violava os direitos à identidade pessoal, desenvolvimento e personalidade e identidade genética, bem como os princípios de igualdade e proporcionalidade⁶.

De forma geral, conforme mencionamos *supra*, o TC considerou que o modelo português de gestação de substituição criado pela Lei nº 25/2016 não atentava contra a dignidade humana. Por outras palavras, o modelo português – excecional, gratuito, nos casos de acesso determinados na lei, meramente gestacional, com utilização de material genético de pelo menos um dos beneficiários, consentimento prestado pelas partes e celebrado por

³ Para uma análise mais completa dos fundamentos, veja-se o acórdão do TC nº 225/2018, de 7 de Maio, <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao-tribunal-constitucional/225-2018-115226940>, [20.06.2022].

⁴ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1885.

⁵ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1885.

⁶ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1885.

escrito – não colocava em causa o princípio da dignidade humana, nem o dever do Estado de proteção da infância. Porém, considerou que existiam determinados aspetos do regime material da gestação de substituição que violavam direitos e princípios fundamentais.

Em particular, o TC apontou três argumentos principais para declarar a inconstitucional do modelo português de gestação de substituição, a saber: a excessiva indeterminação da lei (artigo 8º, nº 4, 10 e 11º da LPMA); a ausência de direito ao arrependimento da gestante (ou limitação da liberdade de revogação ao início do processo terapêutico) e a ausência de concretização do regime de nulidade do contrato de gestação de substituição (artigo 8º, nº 12, LPMA).

Em simultâneo, o TC também declarou inconstitucional o anonimato dos dadores e da gestante de substituição (artigo 15º da LPMA). Desta forma, declarou a inconstitucionalidade das normas dos artigos 8º, nº 4, 10º, 11º (e, por consequência, do nº 2 e 3 do mesmo artigo), do artigo 8º, nº 5 (em conjugação com o artigo 14º), do artigo 8º, nº 7º, do artigo 8º, nº 12 (todas da LPMA), por violarem valores e princípios fundamentais da CRP, como o princípio da segurança jurídica, da determinabilidade das leis, o direito ao desenvolvimento da personalidade conjugado com o princípio da dignidade humana, o direito a constituir família e o direito à identidade pessoal⁷.

4.2. O modelo português de 2016 e a dignidade humana à luz do Tribunal Constitucional⁸

Conforme mencionado *supra*, um dos argumentos invocados pelo grupo de deputados que requereu a inconstitucionalidade do artigo 8º da LPMA refere-se ao modelo português de gestação de substituição violar o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º da CRP), em particular a dignidade da gestante e da criança nascida na sequência do contrato de gestação de substituição.

⁷ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, pp. 1944-1945.

⁸ O tópico em apreço corresponde, em parte, ao ponto 2, do subcapítulo II, da parte II da nossa tese de Doutoramento. Diana COUTINHO, *As problemáticas e os desafios contemporâneos em torno da gestação de substituição*, *op. cit.*, pp. 647-660.

A importância do princípio da dignidade humana é indiscutível, tratando-se da base que fundamenta todo o Direito e assumindo um particular relevo na gestação de substituição. A LPMA consagra expressamente que o recurso à PMA e à gestação de substituição deve respeitar a dignidade humana (artigo 2º da LPMA).

A violação da dignidade da pessoa humana foi apontada pela doutrina como uma das principais fragilidades da Lei nº 25/2016. Por exemplo, para Maria Margarida Pereira, a falta de proteção da gestante e da criança configurava uma violação da dignidade da pessoa humana⁹, tendo a Autora criticado o facto de a Lei nº 25/2016 não permitir o direito de arrependimento da gestante após o parto. Para esta Autora, a limitação do direito ao arrependimento da gestante configurava uma “afronta à dignidade humana”¹⁰. Além disso, considerava que o modelo português não protegia o superior interesse da criança nem a sua identidade pessoal e livre desenvolvimento da sua personalidade¹¹.

Em sentido diferente, Benedita Mac Crorie não entendia que o modelo português atentasse contra a dignidade humana, uma vez que considerava que a invocação deste princípio apenas se justificava em situações extremas¹². Aliás, antecipando a decisão do TC, a Autora pressupôs que o TC não iria considerar o modelo de gestação de substituição violador da dignidade humana, caso tivesse em consideração a intenção subjacente à celebração do contrato, ao significado social da ação, à exigência do consentimento livre e esclarecido, à gratuidade e à inexistência de relação de subordinação jurídica

⁹ Maria Margarida Silva PEREIRA, “Uma gestação inconstitucional: o descaminho da lei da gestação de substituição”, *Julgare Online*, janeiro de 2017, pp. 18-19. Disponível em <http://julgar.pt/uma-gestacao-inconstitucional-o-descaminho-da-lei-da-gestacao-desubstituicao-2/> [30.01.2018].

¹⁰ A Autora sugeria a aplicação de um regime similar ao processo de adoção, ou seja, com a prestação do consentimento após o parto (cf. artigo 1982º, nº 3, do CC). Segundo esta Autora, não se podia ignorar a importância do processo biológico de gravidez e do parto no desenvolvimento da personalidade da gestante, bem como a sua vontade. Maria Margarida Silva PEREIRA, “Uma gestação inconstitucional: o descaminho da lei da gestação de substituição”, *op. cit.*, pp. 3-20. Na verdade, o TC adotou uma posição parecida quanto à circunstância da limitação temporal do direito à livre revogabilidade da gestante afetar a sua dignidade, embora não considere que o modelo de gestação de substituição, em si próprio, seja contrário a este princípio.

¹¹ Maria Margarida Silva PEREIRA, “Uma gestação inconstitucional: o descaminho da lei da gestação de substituição”, *op. cit.*, p. 3.

¹² Benedita MAC CRORIE, “O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida”, in Luísa Neto e Rute Teixeira Pedro (coords.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017, p. 61, disponível em https://cije.up.pt/client/files/0000000001/ebook-pma-2018_550.pdf [30.01.2019].

ou económica entre as partes¹³. Ora, efetivamente, o TC teve em consideração alguns dos aspetos referidos por Benedita Mac Crorie, nomeadamente os interesses subjacentes à celebração do contrato, a voluntariedade do consentimento e a gratuidade.

Na sua decisão, o TC começou por “atribuir um sentido substancial ao princípio”¹⁴, entendendo que era essencial para a “delimitação do espaço de livre conformação do legislador em matéria de regulação da PMA”¹⁵. O TC aderiu à fórmula do objeto, conforme se pode retirar da seguinte afirmação: “conhecendo um importante valor heurístico à chamada ‘fórmula do objeto’ de Günter Dürig (‘a dignidade humana é atingida quando o ser humano em concreto é degradado [herabgewürdigt] a objeto, a um simples meio, a uma realidade substituível’). [Se] é inerente ao ser-humano de cada um — ou seja, a todo e qualquer indivíduo da espécie humana — ter ‘direito a ter direitos’ e, portanto, a qualidade de sujeito titular dos direitos que lhe asseguram o exercício da autonomia na definição e prossecução dos seus fins próprios — os direitos fundamentais —, daí decorre necessariamente que cada um enquanto ser humano não possa ser degradado, desde logo pelos poderes públicos, a mero objeto, isto é, não possa ser tratado como simples meio para alcançar fins que lhe sejam totalmente estranhos”¹⁶. No entendimento do TC, o princípio da dignidade humana deve ser compreendido como limite ao tratamento da pessoa como objeto – como meio para atingir um fim –, mas também como “valor intrínseco a cada ser humano” de tomar decisões sobre a sua vida, em função de uma autonomia ética¹⁷.

¹³ Benedita MAC CRORIE, “O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida”, *op. cit.*, p. 60.

¹⁴ Benedita MAC CRORIE, “Novamente o princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida: análise do acórdão nº 225/2018 do Tribunal Constitucional”, in Benedita Mac Crorie *et al.* (coords.), *Temas de Direito e Bioética - Novas Questões do Direito da Saúde*, vol. I, Braga, Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, 2018, p. 36, disponível em https://issuu.com/comunicadireito/docs/direito_e_bioetica_web [30.01.2019].

¹⁵ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1906.

¹⁶ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, pp. 1907-1908; Benedita MAC CRORIE, “Novamente o princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida: análise do acórdão nº 225/2018 do Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, pp. 36-37. Sobre a fórmula do objeto, veja-se Benedita MAC CRORIE, “O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in AAVV, *Estudos em Comemoração do Décimo Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, 2004, pp. 171 e ss.

¹⁷ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1908. Alguns autores já se tinham pronunciado sobre a dimensão de autonomia ética do princípio da dignidade humana. Por exemplo, Benedita Mac Crorie considerava que esta é uma das dimensões do princípio e que permite à pessoa determinar se está ou não a ser instrumentalizada. Benedita

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana foi utilizado como critério de aferição da conformidade do regime jurídico da gestação de substituição com a Constituição, embora a partir de uma divisão de apreciação. Isto é: o TC começou por apreciar se o modelo de gestação de substituição em si estava em conformidade com a Constituição (análise da admissibilidade em si) e só depois apreciou a conformidade do seu regime jurídico com a Constituição¹⁸.

Em concreto sobre o modelo português de gestação de substituição não violar a dignidade da gestante de substituição¹⁹, o TC fundamentou a sua decisão com base em cinco aspetos: na natureza gratuita do contrato; no papel ativo da gestante na realização do projeto parental dos beneficiários, o qual se traduz na realização de interesses constitucionalmente protegidos na participação da gestante enquanto realização de um projeto pessoal próprio que reflete o seu direito à liberdade de ação e ao livre desenvolvimento da personalidade; na gestação de substituição como realização de interesses constitucionalmente protegidos dos beneficiários; e na voluntariedade da atuação da gestante manifestada através do consentimento para a celebração do contrato de gestação de substituição e para se submeter a técnicas de PMA.

O TC destacou a gratuidade do modelo como um elemento positivo e essencial do modelo de gestação de substituição, considerando que esta “é mais uma garantia de que a atuação da gestante é verdadeiramente livre e, como tal, uma expressão da sua autonomia”²⁰. Os juízes do TC entenderam que o modelo estabeleceu condições mínimas para tentar garantir a natureza gratuita: proibindo os pagamentos e doações à gestante, admitindo apenas o

MAC CRORIE, “O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida”, *op. cit.*, p. 58. Esta Autora referia ainda que “limitação voluntária aos direitos de personalidade, só excepcionalmente o princípio da dignidade da pessoa deverá servir para limitar o poder de dispor sobre direitos de personalidade”. BENEDITA MAC CRORIE, “A (ir)renunciabilidade dos direitos de personalidade”, in Nuno Manuel Pinto de Oliveira e Benedita Mac Crorie (coords.), *Pessoa, Direito e Direitos - Colóquios 2014/2015*, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho/DH- Centro de Investigação Interdisciplinar, 2016, p. 268.

¹⁸ Estrela Chaby criticou esta apreciação divisória, considerando que não se pode apreciar a génese do modelo de gestação de substituição – a admissibilidade em si mesmo – sem ter em consideração aspetos fundamentais do funcionamento do regime da gestação de substituição. Além da dificuldade prática de tal apreciação, a Autora salienta as contradições que podem surgir, afirmando que o juízo de admissibilidade da gestação de substituição em si mesmo deveria ter em atenção esses aspetos. Estrela CHABY, “A gestação de substituição, por si só”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 63-64.

¹⁹ Note-se que a posição do TC é apenas face ao modelo português, ou seja, não significa que outros modelos de gestação de substituição não possam atentar contra a dignidade da pessoa humana.

²⁰ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1908.

pagamento de compensações das despesas necessárias, proibindo a existência de uma relação de subordinação jurídica, e sancionando civil e criminalmente a celebração de contratos onerosos de gestação de substituição²¹.

Em sentido diverso, na sua declaração de voto, o Juiz Gonçalo de Almeida Ribeiro considerou que a gratuidade não é uma garantia da liberdade e autonomia da gestante, defendendo a natureza onerosa de gestação de substituição. Segundo o Juiz, a gestante altruísta não está numa posição de menos pressão ou restrição da liberdade do que a gestante que celebra um contrato oneroso. Na verdade, considera que é no domínio familiar – altruísta – onde poderá ocorrer a maior pressão e condicionamento da liberdade de ação e da sua personalidade. Nas palavras do Juiz, “os supostos argumentos a favor a proibição da onerosidade parecem-me tão abstratos e excessivos que obrigariam à condenação do trabalho assalariado (‘a exploração do homem pelo homem’), quando não de todo e qualquer contrato comutativo. Nada disto serve para negar que, num domínio delicado como este, se justificam medidas cautelares que assegurem a liberdade efetiva da gestante”. Desta forma, considerava inconstitucional a proibição dos contratos onerosos de gestação de substituição.

Porém, esta não foi a posição seguida pelo TC. A posição do TC reforçou a ideia que a gestação de substituição a título oneroso instrumentalizaria a gestante de substituição, sendo suscetível de violar a dignidade humana. Embora o TC não o reconheça expressamente, consideramos que, ao dar ênfase à importância da gratuidade como garantia da dignidade humana, implicitamente reconhece a inadmissibilidade de um modelo oneroso. É certo que a gratuidade isoladamente não é garantia da autonomia, deverá ser conjugada com a liberdade de revogação do consentimento. Somos, pois, a concordar favoravelmente com o TC quanto à valorização da natureza gratuita da gestação de substituição. Embora não exista um modelo perfeito, alguns modelos são melhores do que outros, no sentido que protegem mais as partes e a criança nascida. Ora, no modelo oneroso consideramos que a gestante e a criança são instrumentalizadas, dado que existe um pagamento pelo serviço gestativo, o que é contrário à dignidade da pessoa humana.

²¹ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1953.

Além disso, embora o TC reconhecesse as implicações psicológicas, físicas e afetivas do processo biológico de gravidez e parto sentidas pela gestante, considerou que a vida da gestante não se esgota ou reconduz apenas ao estado de grávida²². Na visão do TC, existe mais vida para além do estado de gravidez, pois a gestante, embora possa estar limitada em alguns aspetos devido ao processo biológico da gravidez, na generalidade, pode continuar a trabalhar, a fazer exercício físico, a cuidar da família, etc. Desta forma, essas limitações e alterações não atentavam contra a sua dignidade²³. O TC considerou exagerado o argumento de que a gestante está subordinada em absoluto aos interesses dos beneficiários²⁴, invocando que “tão pouco existe um direito dos beneficiários à sua utilização”.

De facto, se pensarmos apenas nas condicionantes naturais do processo biológico de gravidez e parto – alterações físicas, anatómicas, psicológicas da gestante – bem como nos cuidados básicos que devem ser adotados por qualquer mulher grávida (ou cuidados especiais face a certas características), somos obrigados a concordar com a opinião do TC sobre esses condicionantes não violarem a dignidade humana. Aliás, não violam porque a própria dignidade humana, na vertente de liberdade de ação da gestante e do seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, lhe permite tomar a decisão de ser gestante e se sujeitar a essas alterações. Ademais, parece-nos que um modelo excecional e gratuito poderão ser compatível com o respeito pelos cuidados necessários para o desenvolvimento saudável da gestante e do feto, pois a natureza altruísta – vontade de ajudar os beneficiários – terá provavelmente subjacente a realização de uma gravidez saudável e bem-sucedida, não adotando comportamentos que possam colocar em perigo o feto. É certo que não é uma garantia absoluta, mas não nos parece que uma mulher que aceita ser gestante de forma altruísta adote comportamentos que prejudicam a sua vida ou a do feto.

O TC considerou ainda que a gestante desempenhava um papel fulcral na realização do projeto parental dos beneficiários – sem ela era impossível concretizá-lo –, mas a sua participação no processo passa também pela

²² Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1909.

²³ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*

²⁴ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1910.

realização de um projeto seu²⁵. Conforme referiram os juízes, é “essencial a solidariedade ativa da gestante, traduzida na vontade de que aqueles concretos beneficiários sejam os pais da criança que ela venha a dar à luz”²⁶. Por outro lado, a gestante, ao aceitar, de forma altruísta e solidária, gerar e dar à luz uma criança para ajudar os beneficiários a realizarem o seu projeto parental, está a realizar um projeto pessoal próprio e que reflete o exercício de um bem de personalidade²⁷. Como refere o TC, “a intervenção no projeto parental dos beneficiários não se esgota no proveito para estes últimos, já que a própria gestante também retira benefícios para a sua personalidade, confirmando ou desenvolvendo o modo como entende dever determinar-se perante si e os outros. A sua gravidez e o parto subsequente são tanto instrumento ou meio, como condição necessária e suficiente de um ato de doação ou entrega, que, a seus olhos e segundo os seus próprios padrões éticos e morais, a eleva. E eleva igualmente perante aqueles que são por ela ajudados. Ora, a elevação da gestante de substituição, perante si mesma e os beneficiários e, porventura, perante o círculo dos seus mais próximos, é o oposto da sua degradação”²⁸. Por conseguinte, a participação de solidariedade ativa – de ato generoso e altruísta-, consubstancia a realização do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, consagrado no artigo 26º da CRP, e da sua liberdade de ação²⁹. Assim, face aos argumentos apresentados, o TC concluiu que o modelo português não atentava contra a dignidade da gestante; pelo contrário, reflete a liberdade de ação da gestante e, em último lugar, ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que é uma concretização do princípio da dignidade humana.

Por último, ainda em relação à gestante, o TC entendeu que a voluntariedade da participação da gestante, manifestada através da prestação de consentimento³⁰ para a celebração do contrato e submissão às técnicas

²⁵ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*

²⁶ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*

²⁷ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1911.

²⁸ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*

²⁹ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, pp. 1911-1912.

³⁰ Considerando que o consentimento assume natureza própria e autónoma em relação ao próprio contrato.

de PMA, constitui garantia da sua dignidade³¹. Segundo o TC, a natureza especial do contrato de gestação de substituição justifica uma intervenção pública para salvaguardar a dignidade humana, que foi concretizada através de condições de controlo da sua celebração pelo CNPMA e pela exigência de prestação do consentimento³². Portanto, o legislador ordinário salvaguardou a dignidade humana no uso de técnicas de PMA, ao abrigo do artigo 67º, nº 2, alínea e), pelo menos na fase de negociação, celebração do contrato e início dos processos terapêuticos de PMA³³. Desta forma, o TC considerou que a reflexão sobre a liberdade de ação da gestante ao longo de todo o processo de gestação de substituição deveria ser analisada de forma separada da admissibilidade do modelo de gestação de substituição em si.

Em relação ao argumento invocado, pelos deputados, de a prática da gestação de substituição violar a dignidade da criança, levou o TC a apreciar se o nascimento de uma criança com recurso à gestação de substituição – no modelo permitido pela Lei nº 25/2016 – instrumentalizava a criança (entendida como coisa) e o dever do Estado na proteção da infância³⁴. Recorrendo à fórmula do objeto, o TC entendeu ser necessário separar a análise da dignidade da criança em si mesmo (artigo 1º da CRP) da dignidade que está subjacente ao dever do Estado de proteção da infância (artigo 69º, nº 1 e nº 2 do CRP)³⁵. Quanto à primeira questão, considerou que o recurso à gestação de substituição por si só não atenta contra a dignidade da criança – não existe uma instrumentalização ou coisificação –, não se diferenciando

³¹ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1913. Para Benedita Mac Crorie, esta decisão do TC atendeu ao consentimento da gestante enquanto elemento essencial para afastar a lesão do princípio da dignidade da pessoa humana, e ao significado social da conduta da gestante (o seu ato altruísta de ajudar os beneficiários a realizarem o seu projeto parental e o seu próprio projeto pessoal). A Autora criticou a utilização do critério do consentimento para analisar a dignidade humana da gestante, pois considera ser impossível aferir as razões que levam a prestar o seu consentimento. Benedita MAC CRORIE, “Novamente o princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida: análise do acórdão nº 225/2018 do Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 42.

³² Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1913

³³ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*

³⁴ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1914.

³⁵ No primeiro caso, está em causa saber se a gestação de substituição instrumentaliza a criança e a trata de forma degradante; no segundo caso, está em causa saber o Estado garantiu todas as condições de proteção da criança nascida com recurso à gestação de substituição (por exemplo, a nível dos efeitos psicológicos e emocionais). Segundo o TC, “embora este modo de procriação possa contender com ambos os parâmetros constitucionais em causa — a dignidade da pessoa humana e o dever de proteção da infância —, é diferente a intensidade do grau de exigência de conformidade de cada um deles: a salvaguarda da dignidade humana impõe-se a qualquer outra consideração, enquanto o dever de proteção da infância admite ponderações com outros interesses constitucionais”. Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1914.

substancialmente de qualquer outra forma de nascimento (em especial, da PMA heteróloga)³⁶. Ademais, não existe qualquer abandono da criança, pois, após o parto, seria entregue aos beneficiários – que a desejaram³⁷ e tinham ligações genéticas –, vivendo uma vida similar às das crianças nascidas da reprodução natural ou assistida³⁸. Por conseguinte, o nascimento por via do modelo de gestação de substituição não afeta a dignidade da criança, uma vez que esta não é instrumentalizada³⁹ nem é tratada de forma degradante.

É ainda importante salientar que o TC não desvaloriza a ligação uterina e a importância do processo fisiológico de gravidez para o bem-estar e formação da criança; contudo, considera que essas questões não atentam contra a dignidade humana e apenas podem ser perspetivadas à luz do princípio do superior interesse da criança⁴⁰. Segundo o TC, “só se poderia falar de uma afetação da criança na sua dignidade, caso a gestação de substituição implicasse, por si só, uma necessária afetação negativa do novo ser em termos de comprometer o seu desenvolvimento integral num ambiente familiar normal (artigo 69º, nºs 1 e 2, da Constituição). A Constituição protege a vida intrauterina, bem assim, a vida de embriões, «no ponto em que o embrião, ainda que não implantado, é suscetível de potenciar a vida humana» (acórdão nº 101/2009), pelo que não é constitucionalmente admissível uma intervenção nessas fases que intencional e necessariamente resulte num ser humano diminuído e sem plena capacidade de autodeterminação. Então, sim, ocorreria uma instrumentalização *ab initio* do novo ser às finalidades de tal prática que não poderia deixar de se qualificar como degradante. Porém, não existe a evidência de uma necessária lesão da criança causada pela sua separação da mulher que a deu à luz⁴¹. Ora, não está cientificamente demonstrado que a separação da criança da mãe uterina tenha efeitos nefastos para o seu desenvolvimento psicológico e personalidade, nem se diferencia

³⁶ Apoiou-se na doutrina e pareceres sobre o tema. Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1915.

³⁷ Aliás, ainda antes da conceção, a criança era desejada pelos beneficiários.

³⁸ Ademais, considera que a reprodução por via da gestação de substituição não afeta por si só um conceito constitucional adequado de família, pois este conceito é abstrato e permeável às novas realidades. Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*

³⁹ No fundo, o Tribunal admite que pode existir a instrumentalização da conceção, mas não considera que tal seja violador da dignidade humana. Benedita MAC CRORIE, “Novamente o princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida: análise do Acórdão nº 225/2018 do Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 40.

⁴⁰ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*

⁴¹ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*

do desenvolvimento das crianças nascidas no âmbito da reprodução natural ou assistida. Por tudo isto, o TC considerou que o modelo de português não atentava contra a dignidade da criança.

Quanto ao dever de proteção da infância analisado à luz do superior interesse da criança, o TC entendeu que o seu bem-estar e desenvolvimento da personalidade não fica afetado de forma negativa pelo facto de a criança ter nascido na sequência de um contrato de gestação de substituição⁴². Apoiando-se nos estudos científicos sobre os impactos psicológicos da gestação de substituição na criança e nos benefícios que a mesma gera para os beneficiários e gestante, o TC considerou que o legislador tem uma margem de avaliação e conformação, que não lhe impõe uma atuação de prevenção absoluta de todos os riscos que possam surgir. Por conseguinte, a Lei nº 25/2016 não violava o artigo 69º, nº 1 da CRP, nem afetava o conceito de família constitucionalmente protegido.

Não obstante esta posição, conforme mencionado *supra*, o TC entendeu que determinados aspetos do regime legal da gestação de substituição violavam preceitos constitucionais, inclusivamente o princípio da dignidade humana. Um desses aspetos⁴³ referia-se à limitação do direito de arrependimento da gestante ou da livre revogação do consentimento prestado. O TC entendeu que a natureza contratual da gestação de substituição não podia afetar ou prejudicar o regime do consentimento informado, já que o consentimento é condição essencial para salvaguarda da dignidade humana da gestante e só nesses termos – consentimento atual, livre e esclarecido – se pode celebrar este negócio⁴⁴. O TC considerou que, embora exista interligação das obrigações contratuais com o consentimento prestado pela gestante, aquelas não podem impor uma limitação à revogação do consentimento, sob pena de atentar contra a dignidade da gestante⁴⁵.

Além disso, a antecipação do consentimento em relação a todas as fases do processo de gravidez não é compatível com a exigência de prestação

⁴² Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1917.

⁴³ No presente artigo não temos possibilidade de analisar todas as questões. Para um estudo aprofundado das restantes situações, Diana COUTINHO, *As problemáticas e os desafios contemporâneos em torno da gestação de substituição*, *op. cit.*, pp. 660-695.

⁴⁴ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1920.

⁴⁵ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1921.

de um consentimento atual e informado. Note-se que o TC entendeu que a opção do legislador em fixar no próprio contrato um limite à revogação do consentimento não afetava por si só a dignidade. Porém, o problema estava no momento temporal do limite fixado pelo legislador – o início dos processos terapêuticos –, uma vez que tal prazo não garante a continuidade da liberdade de ação e autonomia da gestante ao longo de todo o processo de gestação de substituição, afetando a dignidade daquela. Para o TC, a natureza complexa e abrangente deste consentimento, face às especificidades da gestação de substituição, não se coadunava com uma renúncia antecipada e com a limitação da liberdade de revogação do seu consentimento. Assim, o processo fisiológico de gravidez e parto impõe um tratamento diferenciado no que concerne ao regime de consentimento da gestante⁴⁶. Por um lado, o TC considerou que o consentimento prestado antes da celebração do contrato de gestação de substituição e da própria gravidez não pode ser estendido a todo o processo de gravidez e parto, ou seja, não pode ser considerado verdadeiramente informado e atual em relação a todo o processo, devido a três motivos principais: à natureza imprevisível e dinâmica do processo biológico/psicológico da gravidez, à ligação afetiva que a gestante pode estabelecer com o feto e aos impactos da gravidez na pessoa da gestante⁴⁷.

Em suma, o direito à autonomia, liberdade de ação e desenvolvimento da personalidade como manifestações da dignidade humana deve ser assegurado ao longo de todo o processo de gestação de substituição: na celebração, na aplicação de técnicas de PMA, durante a gravidez e parto e na entrega da criança aos beneficiários⁴⁸.

⁴⁶ Assim, num regime legal que aceitava a renúncia antecipada do estatuto jurídico de mãe, no qual o consentimento prestado pela gestante era no sentido de não querer ser mãe da criança que viesse a nascer e o seu comprometimento na gestação e parto de uma criança era a favor dos beneficiários, a renúncia à maternidade é entendida como necessária face a um quadro normativo em que a mesma é proibida e a regra do estabelecimento da maternidade é a do art. 1796º, nº 1 do CC. Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1896.

⁴⁷ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1922.

⁴⁸ Acórdão do TC nº 225/2018, *cit.*, p. 1923.

4.3. A dignidade humana no novo modelo português de gestação de substituição

No final do ano de 2021 foi aprovado o novo regime jurídico da gestação de substituição, por força da Lei nº 90/2021, de 16 de dezembro, com data de entrada em vigor em 1 de janeiro de 2022. A Lei nº 90/2021 veio proceder à alteração dos artigos 8º, 14º e 39º da LPMA, adiantando ainda os artigos 13º-A e 13º-B. Note-se, porém, que a referida Lei continua⁴⁹ a aguardar a respetiva regulamentação, o que significa que ainda não é possível celebrar legalmente um contrato de gestação de substituição.

A Lei nº 90/2021 manteve a noção legal de gestação de substituição, o carácter excecional e gratuito. Quanto às causas de recurso a Lei veio estabelecer que o acesso se limita a causas clínicas que impedem de forma absoluta e definitiva a gravidez de uma mulher, logo cingindo as causas de acesso a problemas de saúde ou físicos provenientes da mulher-beneficiária, e afastando uma interpretação de “outra situação clínica” que pudesse abranger o acesso por casais de homens ou homens solteiros.

O modelo português continua a fundar-se no cariz altruísta de uma mulher que aceita ser gestante de substituição, sendo proibido celebrar contratos de gestação de substituição quando exista uma relação de subordinação económica entre os beneficiários e a gestante. Além disso, apenas se admite a prática da gestação de substituição gestacional e exige-se a contribuição de material genético de pelo menos um dos beneficiários. Quanto à gestante a Lei vem dar preferência à mulher que já tenha sido mãe, o que constituiu um elemento que poderá ser importante no decurso de todo o processo.

De forma expressa, aditando dois artigos à LPMA, o legislador veio estabelecer os direitos da gestante de substituição no artigo 13º-A e os seus deveres no artigo 13º-B. A consagração legal expressa visa, certamente, evitar as críticas apresentadas ao regime lacunoso da Lei nº 25/2016, bem como há regulamentação destas questões em sede de Decreto-Regulamentar.

O legislador veio reformular o artigo 14º da LPMA, mantendo para os beneficiários o limite da livre revogabilidade do consentimento prestado até ao início dos processos terapêuticos de PMA. No caso da gestante, aco-

⁴⁹ À data da redação do presente artigo.

lhendo da posição do TC, a livre revogabilidade do consentimento prestado estende-se ao registo da criança nascida na sequência do contrato. Desta forma, sem novidades, embora não se concorde inteiramente com este limite, o legislador acolheu uma das condições essenciais para a admissibilidade dos contratos de gestação de substituição em Portugal: o direito ao arrependimento da gestante, como espelho do seu direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

O estabelecimento da filiação será a favor dos beneficiários do contrato de gestação de substituição, sem prejuízo do caso de arrependimento da gestante. Ou seja, estando o contrato em conformidade com a lei e a gestante não se arrependendo, os beneficiários serão tidos como pais da criança que venha a nascer. Assim, estamos perante um modelo legal de parentalidade. Todavia, embora a Lei não determine expressamente o estabelecimento da maternidade a favor da gestante de substituição quando esta se arrepende, o nº 9 do artigo 8º da nova versão da LPMA indicia que, pelo menos, a solução deste artigo poderá ser outra quando tal aconteça. Seguindo as indicações do TC, a decisão de arrependimento não implicaria necessariamente o estabelecimento da maternidade a favor da gestante, pelo menos a título definitivo, podendo o conflito ou concurso positivo de parentalidade ser resolvido em sede judicial, devendo a solução passar pelo superior interesse da criança. De qualquer forma, esta ausência ou pouco esclarecimento da lei poderá gerar situações dúbias. O legislador deveria ter definido expressamente qual o modelo de estabelecimento da parentalidade em casos de arrependimento da gestante.

Face ao exposto, percebemos que o legislador de 2021 manteve como elementos chaves todos aqueles que fizeram do modelo português de gestação de substituição um modelo conforme o princípio da dignidade humana. Em concreto, a natureza gratuita, o cariz altruísta, excecional, a ligação genética a pelo menos um dos beneficiários, a não contribuição do material genético da gestante, a proibição da existência de subordinação jurídica e financeira.

Destacamos, porém, em especial, a tentativa do legislador conformar o novo regime às indicações do TC no que respeita ao momento limite para a livre revogação do consentimento da gestante. Como mencionamos *supra*, o novo modelo vem permitir o direito de arrependimento da gestante para momento posterior ao parto, embora o legislador não tenha definido o limite

concreto⁵⁰. Apesar da alteração extremamente positiva e inevitável, a indefinição do momento em si ou mesmo a sua limitação ao momento de registo da criança poderá continuar a suscitar a violação do princípio da dignidade humana, na vertente do direito da gestante ao livre desenvolvimento da personalidade. Repare-se que o prazo de registo da criança poderá esgotar-se no próprio dia do nascimento da criança, já que hoje é possível proceder ao registo no hospital ou no prazo máximo de 20 dias após o nascimento da criança. Ora, não nos parece que este prazo assegure o direito ao livre desenvolvimento da gestante. O pós-parto pode ser um momento delicado, em que as emoções e sentimentos estão condicionados pelo momento. Portanto, os primeiros dias não serão os adequados para que se tome uma decisão consciente e imparcial sobre a entrega da criança e renúncia ao estatuto jurídico de mãe. Parece-nos mais adequado um prazo entre a 4 ou 6 semanas para revogar o consentimento, à semelhança do que acontece com o regime da adoção. Na verdade, esta solução vai ao encontro de uma tendente defesa para um modelo de transferência judicial da parentalidade, à semelhança do que ocorre no Reino Unido, e que permite a livre revogação do consentimento prestado pela gestante até seis semanas após o parto.

5. Notas finais

Pelas problemáticas e desafios que gravitam em torno da prática de gestação de substituição, esta temática assume uma natureza complexa e inesgotável. A decisão do Tribunal Constitucional de 2018 simboliza um marco na história, pois veio reconhecer que um modelo de gestação de substituição pode ser considerado conforme os preceitos constitucionais. Numa decisão fortemente marcada pela preocupação com os direitos da gestante e o superior interesse da criança, o TC reconheceu o direito fundamental ao livre desenvolvimento da gestante de substituição como liberdade de ação da sua personalidade.

⁵⁰ Até à data de redação do nosso artigo a Lei nº 91/2021 ainda não foi regulamentada, por isso não sabemos se muitos aspetos vão ter ou não resposta. A verdade é que a redação desta lei é omissa quanto à conjugação do direito ao arrependimento da gestante com as regras de estabelecimento da filiação quando a gestante venha a exercer tal direito, bem como quanto ao processo de registo da criança.

Quanto aos limites à livre revogação do consentimento, o TC foi perentório ao afirmar que a limitação da livre revogação do consentimento da gestante ao início do processo terapêutico de PMA era inconstitucional por violar o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Notámos que a opção do legislador em fixar no próprio contrato um limite à revogação do consentimento não afetava por si só a dignidade; porém, o problema estava no momento temporal do limite fixado pelo legislador – o início dos processos terapêuticos – uma vez que tal prazo não garante a continuidade da liberdade de ação e autonomia da gestante ao longo de todo o processo de gestação de substituição, logo, afetava a dignidade daquela. Para ultrapassar esta situação, o legislador de 2021 veio admitir a livre revogação do consentimento para além do momento do parto sem, no entanto, o limitar em concreto. Aguardamos com expectativa a regulamentação da Lei nº 91/2021, por forma a saber se o novo regime da gestação de substituição respeita o princípio da dignidade da pessoa humana.

A NECESSÁRIA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À PROTEÇÃO DA SAÚDE (ENTRE OS PROCESSOS INDIVIDUAIS E OS PROCESSOS ESTRUTURAIS)

Elizabeth Fernandez*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.16>

1. Processos judiciais conexos com a satisfação do direito de proteção à saúde: tipicidade

Dispõe o artigo 64º da Constituição da República Portuguesa (CRP) que “todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover” e, ainda, que tal direito é realizado quer “através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito”, quer “pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a proteção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e, ainda, pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável”. O nº 3 do mesmo preceito, utilizando a expressão “garantir” – e não qualquer outra menos intensa –

* Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho (memf@direito.uminho.pt).

estabelece que, para assegurar aquele direito, “incumbe, prioritariamente, ao Estado que todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, tenham acesso a cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação” e que “os recursos humanos e unidades de saúde devem ter uma racional e eficiente cobertura de todo o país”.

A par do rigor que o texto constitucional coloca na explicitação do conteúdo deste direito fundamental, o legislador e a administração, têm vindo a densificar, aliás, em cumprimento do direito previsto na lei fundamental, de forma cada vez mais intensa e detalhada, o conteúdo deste direito. Na verdade, se nos detivermos em lançar um olhar, ainda que breve, pela legislação da saúde vigente e pelas portarias que o Governo vai emitindo neste domínio, rapidamente concluímos, sem grande esforço, que se tem vindo, paulatinamente, a proceder a uma densificação das prestações de saúde.

Basta começar pela Lei de Bases da Saúde¹. A Base 2 deste diploma legal de valor reforçado detalha que todas as pessoas têm direito à proteção da saúde com respeito pelos princípios da igualdade, não discriminação, confidencialidade e privacidade; a aceder aos cuidados de saúde adequados à sua situação, com prontidão e no tempo considerado clinicamente aceitável, de forma digna, de acordo com a melhor evidência científica disponível e seguindo as boas práticas de qualidade e segurança em saúde; a escolher livremente a entidade prestadora de cuidados de saúde, na medida dos recursos existentes, bem como a receber informação sobre o tempo de resposta para os cuidados de saúde de que necessitem.

Sem prejuízo da importância que cada uma destas densificações representa para a definição do conteúdo concreto do direito fundamental à saúde, previsto no artigo 64º da CRP, permitimo-nos destacar, por um lado, o direito a aceder a cuidados de saúde adequados no tempo considerado clinicamente aceitável e, por outro, que tais cuidados sejam prestados de acordo com a melhor evidência científica disponível e seguindo as boas práticas de qualidade e segurança em saúde, tendo o sujeito necessitado dos mesmos o direito a escolher livremente a entidade prestadora de cuidados de saúde, na medida dos recursos existentes.

Mas a densificação do conteúdo do direito à saúde não se fica por aqui.

¹ Lei nº 95/2019, de 4 de setembro.

Convocando a Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos Utentes do Serviço Nacional de Saúde (SNS), podemos, imediatamente, constatar que a mesma² visa garantir a prestação dos cuidados de saúde pelo SNS e pelas entidades convencionadas em tempo considerado clinicamente aceitável para a condição de saúde de cada utente do SNS, definindo os tempos máximos de resposta garantidos (TMRG), bem como o direito do utente à informação sobre esses tempos, sendo certo que a própria carta determina que deve ser anualmente publicada uma portaria para fixação dos referidos TMRG.

A referida Carta, no seu artigo 26º, dispõe que os TRMG devem ser fixados por portaria pelo membro do Governo responsável pela área da saúde nos seguintes vetores: i) cuidados de saúde primários, incluindo os cuidados domiciliários; ii) nos cuidados de saúde hospitalares, no que respeita a consultas externas hospitalares e cirurgia programada, ainda, iii) nos meios complementares de diagnóstico e de terapêutica, acrescentando que, gradualmente, os TRMG devem ser discriminados por patologia ou grupos de patologias. Ainda: em função da fixação dos TRMG os estabelecimentos de saúde do SNS devem fixar os seus próprios tempos de resposta, dentro dos limites máximos fixados.

Particularizando: na última portaria que definiu os TRMG³, o utente tem direito à prestação de cuidados em tempo considerado clinicamente aceitável para a sua condição de saúde; a escolher o prestador de cuidados de saúde, de entre as opções e as regras disponíveis no SNS; a participar na construção e execução do seu plano de cuidados; ao registo em sistema de informação do seu pedido de consulta, exame médico ou tratamento e a posterior agendamento da prestação de cuidados de acordo com a prioridade da sua situação; ao cumprimento dos TMRG definidos por portaria do membro do Governo responsável pela área da saúde para a prestação de cuidados de saúde, bem como a reclamar para a Entidade Reguladora da Saúde caso os TMRG não sejam cumpridos.

² Lei nº 15/14, de 21 de março (Lei consolidando a legislação em matéria de direitos e deveres do utente dos serviços de saúde).

³ Portaria nº 152/17, de 3 de maio, em particular o Anexo III. Tempos, esses, que mercê da verificação de uma conjuntura pandémica que foi necessário resolver e controlar teriam podido ser alterados para tempos máximos maiores, mas assim não sucedeu, mantendo-se, apesar disso, o direito à prestação de TRMG sem alteração desde há 5 anos.

A mesma portaria prevê, ainda, que o utente tem direito a ser informado pela instituição prestadora de cuidados de saúde quando esta não tenha capacidade para dar resposta dentro do TMRG⁴ aplicável à sua situação clínica e de que lhe é assegurado serviço alternativo de qualidade comparável e no prazo adequado, através da referência para outra entidade do SNS ou para uma entidade do setor convencionado.

Apesar do quadro normativo explícito que acabamos de sumariamente identificar, se atentarmos no panorama das ações pendentes nos tribunais portugueses, concluiremos, rapidamente, ainda que de modo confessadamente empírico, que, em termos estatísticos, o contencioso da saúde tipicamente pendente coincide ou corresponde quase totalmente a ações de responsabilidade civil por atos médicos em que são demandados profissionais de saúde, hospitais privados ou públicos ou mesmo o Estado. Pode admitir-se como possível que em alguma parte desse contencioso (nomeadamente naquele que tem como entidade demandada estabelecimentos de saúde do SNS), o fundamento da indemnização peticionada assente em falhas de serviço daqueles estabelecimentos na prestação de cuidados de saúde. A densificação da prestação do direito à saúde, quando violada, transforma-se em fundamento para peticionar uma indemnização pelos danos que tal incumprimento causou no demandante.

A constatação desta realidade leva-nos a concluir que o contencioso da saúde é, ainda, quer na jurisdição comum, quer na jurisdição administrativa, de finalidade marcadamente ressarcitória, tendendo a ser peticionada a condenação no pagamento de uma indemnização pelos danos causados ao demandante por ato ilícito e culposo do demandado ou por falha de serviço da entidade que devia prestar os cuidados de saúde adequados em tempo, sendo pouco significativa, para não dizer praticamente inexistente, a postulação aos tribunais, especificamente aos administrativos, de pretensões que tendam a lograr o cumprimento em espécie da prestação devida e não cumprida.

Que motivos estarão na base de tal realidade?

⁴ Deixamos, aqui, apenas um exemplo dos TRMG fixados para uma situação específica nos termos da supra referenciada portaria: Procedimentos cirúrgicos programados – Para a generalidade dos procedimentos hospitalares cirúrgicos programados, o TMRG é fixado em 180 dias após a data da indicação para cirurgia, correspondente à data do respetivo registo no sistema de informação que suporta o SIGA SNS, podendo estes tempos ser encurtados em função do nível de prioridade atribuído à situação clínica do doente. Até 31 de dezembro de 2017 vigora o prazo de 270 dias contados da indicação para cirurgia.

Pensamos que as razões se concentram na falta de consciência de que o direito à saúde não tem mais como conteúdo mínimo o de direito de acesso ao SNS. Falta a percepção de que a teia de densificação que tem vindo a ser tecida sucessivamente e a que fizemos referência constitui, não uma mera indicação, mas corresponde a uma verdadeira vinculação dos poderes públicos responsáveis por esta área. Falta, cremos nós, a consciência, mesmo por parte da comunidade jurídica, de que o cidadão já não tem mais apenas um direito à saúde configurado com natureza meramente programática⁵, mas antes de natureza prestacional⁶.

A falta de consciência do atual conteúdo prestacional do direito à saúde e dos seus limites presentes não é, porém, o único responsável pelo monopólio do contencioso ressarcitório que registamos como o contencioso típico desta área. Consideramos que, mesmo aqueles que admitem claramente o conteúdo prestacional do direito à saúde⁷ embatem numa justiça, especificamente, a administrativa, que parece não estar legalmente apetrechada para condenar no cumprimento da prestação de saúde em falta.

Como refere Tiago Macieirinha⁸, esta conceção minimalista do direito fundamental da saúde tem de ser ultrapassada, pois já não é mais possível reconhecer este direito fundamental apenas como atribuidor de “uma posição jurídica que se analisa somente num direito de acesso a um serviço público, dentro dos limites da sua organização e recursos”. Como o referido autor, julgamos que o direito fundamental da saúde passou a ser – muito por causa da densificação paulatina de que foi sendo objeto a mãos do poder legislativo e do poder administrativo – “um direito com caráter obrigacional”⁹, pelo que haverá violação do mesmo, designadamente se e quando “não forem

⁵ J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 518-520; J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Anotada*, vol. I, pp. 825-827.

⁶ Note-se que o texto legal apenas dispõe que o doente tem um direito de reclamação à ERS (Entidade Reguladora da Saúde) do incumprimento de direitos, designadamente do incumprimento dos TRMG. Mas da previsão do direito de reclamação não se pode inferir o afastamento do recurso a um tribunal para obter o cumprimento do dever em falta.

⁷ Em termos gerais, Jorge Reis NOVAIS, *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010. Em termos específicos, no âmbito do direito fundamental à saúde, damos destaque a Tiago MACIEIRINHA, “Para uma reforma do Direito da saúde em defesa dos cidadãos”, *CJA*, vol. 148, Out. Dez 2021, pp. 55-58.

⁸ Tiago MACIEIRINHA, “Para uma reforma do Direito da saúde em defesa dos cidadãos”, *op. cit.*, p. 56.

⁹ Tiago MACIEIRINHA, “Para uma reforma do Direito da saúde em defesa dos cidadãos”, *op. cit.*, p. 56.

cumpridos os tempos máximos de resposta garantidos previstos pela entidade responsável pela saúde”.

2. A exigibilidade de prestações de saúde em contexto judicial

A conclusão a que chegamos conduz inexoravelmente a uma outra.

A de que, perante o incumprimento de prestações ou obrigações que integrem o direito da saúde, e porque a cada direito corresponde uma ação¹⁰, pode um dado sujeito credor dessa obrigação obter o cumprimento da mesma num tribunal administrativo, mediante a emissão de sentença condenatória¹¹.

Com efeito, como já expressamos numa outra ocasião¹², onde há um direito a uma prestação da saúde tem de haver o direito de ação, sob pena de se violar o direito subjetivo substantivo e o direito de ação, o último com consagração constitucional como direito, liberdade ou garantia de natureza análoga.

Portanto, no que toca ao *enforcement* do cumprimento por parte do Estado e dos estabelecimentos de saúde do SNS dos vários direitos prestacionais em que tem vindo a ser densificado o direito da saúde, resulta claro que uma certa leitura do princípio da separação de poderes e dos limites do exercício da função jurisdicional não pode continuar a atrofiar – como até aqui – o direito de proteção jurídica para satisfação deste direito, tal como é garantido pelo artigo 20º da CRP.

Também não o pode continuar a justificar o receio do surgimento de juízes ativistas.

É que precisamente o detalhe da densificação que tem vindo a ser feito no que se refere, desde logo, aos tempos de prestação dos cuidados de saúde em função do tipo de cuidados em causa e, até, das patologias em questão faz

¹⁰ Artigo 2º, nº 2, do CPTA.

¹¹ No mesmo sentido, Tiago MACIEIRINHA, “Para uma reforma do Direito da saúde em defesa dos cidadãos”, *op. cit.*, p. 57.

¹² Mais precisamente na intervenção que proferi nas Jornadas da Justiça Administrativa e Fiscal (Qualidade e Celeridade: impasses e soluções), organizadas pela Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP) e que tiveram lugar na casa do juiz nos dias 11 e 12 março de 2022. O título da intervenção proferida foi “O caso do termo de responsabilidade financeira perdido e da hérnia inguinal gigante com perda de domicílio: Tutela judicial do direito da saúde: realidade ou miragem?”.

com que a exigibilidade do cumprimento do mesmo não dependa de qualquer espaço de discricionariedade da administração devedora. A densificação ou, se se preferir, a tradução do conceito “tempo clinicamente aceitável” por um certo período de tempo, esvaziou de qualquer margem de liberdade a oportunidade da prestação desses cuidados e pressupõe que aquela prestação não depende da existência da alocação de recursos económicos e humanos para tal. Pelo contrário, aquela densificação temporal dada como correta pelo próprio Estado prestador serve de orientação ou de bitola para o mesmo Estado, no sentido de lograr os meios necessários, em termos de equipamentos e de recursos humanos, para cumprir a prestação a que se obrigou.

Por outro lado, quando já não se tratar da prestação de cuidados de saúde em tempo clinicamente aceitável, mas antes da prestação de um cuidado de saúde concretizado em específico tratamento, o direito à saúde é, ainda assim, um direito prestacional, pelo menos quando do que se trata é da administração de terapêutica infungível sem a qual o doente não pode ter tratamento adequado¹³. Fora desta hipótese a discricionariedade técnica do tratamento certo ou mais acertado não pode ser preenchido pelo tribunal diretamente, pelo que o acesso a um contencioso pleno fica limitado pelos contornos decisórios permitidos para estes casos pelo artigo 71º do CPTA¹⁴.

Assente que parece estar este ponto, ou seja, desmistificado que está, em nosso entender, a ideia de que um tribunal administrativo não pode condenar no cumprimento, em determinado período temporal, a prestar um certo tratamento dado como o indicado para o tratamento de certa doença ou situação patológica, deparamo-nos com outro problema: está legalmente prevista forma processual ou a ação adequada para o exercício deste direito?

Julgamos que a resposta deve ser afirmativa. A intimação para a defesa de direitos, liberdades e garantias, por permitir a postulação de um efeito jurídico que permita a satisfação do direito à saúde mediante a condenação na prestação do concreto direito à saúde não cumprido com a devida e necessária urgência, parece ser o meio mais adequado para efetivar o direito à saúde. Acresce que a maior parte das vezes o direito à prestação de saúde em

¹³ Neste sentido, Tiago MACIEIRINHA, “Para uma reforma do Direito da saúde em defesa dos cidadãos”, *op. cit.*, p. 57. Ver também, Maria João ESTORNINHO e Tiago MACIEIRINHA, *Direito da Saúde (Lições)*, pp. 55 e ss.

¹⁴ Isto se se entender que os limites cognitivos do tribunal previstos naquele preceito se aplicam, também, e, na mesma medida, quando o direito em satisfação é um direito, liberdade e garantia.

falta não se compadece com a proteção conferida por tutela cautelar, pois ninguém pode ser provisoriamente sujeito de uma intervenção cirúrgica e ninguém deve ser provisoriamente administrado um tratamento que depois venha a ser suspenso em sede de ação principal¹⁵.

O problema que se pode colocar é o de saber se o contencioso dos direitos fundamentais pode autorizar os tribunais administrativos a, em certos casos, e recorrendo, obviamente a uma participação no processo mais intensa das partes e até de terceiros, poder ultrapassar a fronteira da mera legalidade¹⁶.

3. Quando o problema de saúde já não é individual, mas estrutural

E se a situação de vida postulada ao tribunal para solução neste contexto não se traduzir apenas num problema individual, mas tiver como causa um problema estrutural? Sem grande esforço, vem-nos à mente a presente situação das urgências obstétricas no SNS.

É facto de todos conhecido que, no presente ano, e, mais precisamente no verão, as urgências obstétricas de vários hospitais estiveram encerradas vários dias por falta de médicos especialistas ou que as urgências daquela especialidade passaram a ter horário limitado de funcionamento. Qualquer uma das suas situações, determinou, a deslocação de grávidas em situação de parto para outros hospitais a centenas de quilómetros de distância ou, pura simplesmente, ao não tratamento atempado de certas situações de urgência obstétrica, já para não falar da circunstância de muitos partos terem tido

¹⁵ O meio poderá ser usado mesmo quando não se aceite que o direito à saúde tem conteúdo prestacional judicialmente exigível, se a falta de um dado cuidado de saúde puser em causa o direito à integridade física ou à vida, pois estes são direitos liberdades e garantias de natureza prestacional que podem ser judicialmente exigidos.

¹⁶ Com efeito, na tutela urgente dos direitos liberdades e garantias, ao contrário do que sucede na tutela de outros direitos de diferente natureza, o tribunal nos casos de ato de conteúdo estritamente vinculado, está autorizado emanar sentença substitutiva, em vez de sentença condenatória, sendo certo que o artigo 36º, nº 4, do CPTA limita a tramitação a supletividade para casos omissos nos processos urgentes, o que manifestamente não é o caso da definição dos poderes cognitivos do tribunal. Se por se tratar da defesa de um direito fundamental daquela natureza o tribunal passa a ter, dentro da esfera vinculada da administração, o poder de emanar decisões substitutivas (sem atribuir à administração sequer o dever de cumprir e, portanto, eliminando a possibilidade de invocação de causa legítima de execução) parece legítimo perguntar se, na defesa destes direitos, quando os poderes da administração possam ser exercícios com alguma margem de liberdade, não poderá o tribunal, excepcionalmente, e, para defesa de direitos de natureza superior com proteção constitucional reforçada (artigo 20º, nº 5, da CRP), emitir condenação que extravase os limites previstos no artigo 71º do CPTA.

lugar sem a presença e intervenção do médico obstetra que seguiu a gravidez em causa.

Pensemos, agora, numa pessoa que decide acionar o Estado Português para garantir o seu direito à saúde em tempo útil em contexto obstétrico ou para requerer a reparação dos danos sofridos com a *falha de serviço* com que atualmente convivemos naquela área. O problema não é só de uma pessoa, mas afeta muitas outras, embora só uma ou uma parte dos afetados requeira tutela judicial. O direito a ser satisfeito é o direito prestacional a cuidados de saúde urgentes a grávidas. Mas o problema individual decorre ou é gerado por uma situação de desconformidade ou de desvio (legal ou não legal) que toma contornos sérios repetidos, ou mesmo, crónicos.

Quando tais situações ocorrem, o que os Tribunais seriam, se acionados, chamados a decidir, seria apenas o litígio individual (ou coletivo), satisfazendo ou não o direito fundamental em causa, quando o mesmo está suficientemente densificado, nos limites do exercício da função jurisdicional, isto é, respeitando o espaço da margem de livre apreciação da administração demandada. Todavia, os tribunais têm vindo a ser excluídos de levar a cabo e – diga-se em abono da verdade – têm-se auto excluído de praticar, é de conduzir processos com as características *supra* elencadas, no sentido de lograr, também, a reestruturação da situação que é a causa direta do litígio individual em resolução.

Basicamente, está entranhado no ADN do poder judiciário que esta função não só lhe é estranha, como lhe está terminantemente proibida, e, por isso, o seu exercício reputado como ilegítimo, não sendo da sua conta o exercício de funções próprias de outros poderes do Estado, nem o exercício de outra função estadual que não seja a estritamente jurisdicional, isto é, a de decidir litígios, aplicando regras de direito.

Mas o que é um litígio estrutural?

Absolutamente essencial para que possamos dizer estar em presença de um litígio estrutural é que seja possível identificar a existência de uma prática privada ou pública de uma dada organização que é desconforme com um normativo ou que, não sendo desconforme com este, é, apesar de tudo, desconforme com um dado estado ideal de coisas. Por via de regra, quando esta desconformidade generalizada e transformada em prática, se instala, a mesma corresponde, por via de regra, a uma situação policêntrica, multifacetada ou

de multipolaridade, ao exercício de tutela para direitos coletivos (quer estes sejam coletivos propriamente ditos ou difusos) ou, ainda, a direitos que se apresentam sob uma forma complexa.

Na verdade, como refere Arenhart¹⁷, as questões típicas suscitadas nos litígios estruturais envolvem valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas, também, que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial. E, por via de regra, se o tratamento do problema estrutural interferir com interesses juridicamente relevantes de outras pessoas ou de entidades que se apresentem em lógica diferenciada ou mesmo antagônica, é manifesto que os litígios estruturais se apresentarão como complexos.

A complexidade não resulta, as mais das vezes, porém, da dificuldade do direito a aplicar ao caso concreto ou da dificuldade probatória, mas, antes, de conseguir o enunciado de uma norma-regra de solução daquele litígio estrutural, que diagnosticando o mesmo, dote uma dada realidade de uma nova estrutura ou organização (ao eliminar ou tentar eliminar o problema estrutural), tomando em consideração os efeitos das medidas necessárias para conseguir tal fim e, conseqüentemente, todos os interesses envolvidos derivados das participações que os sujeitos afetados ou potencialmente afetados.

Atrás de uma situação individual que clama por solução concreta e específica nos tribunais e que pode ser resolvida através do binómio adjudicatório de procedência/improcedência ou de procedência parcial/improcedência parcial é possível, em certos casos, detetar, também, um problema estrutural que, por via de regra é causa direta daquela. Conseqüentemente, é possível detetar em alguns litígios que são apresentados aos tribunais como individuais, uma prática ilícita ou que, pelo menos, põe em causa um estado de coisas considerado como ideal pela sociedade ou por dada comunidade, em determinado contexto espaço-temporal.

O problema é estrutural quando o desvio do que devia ser não é pontual, mas antes generalizado, verificando-se uma prática ou *standard* desviante que, por isso mesmo, introduziu em dado sistema uma desorganização ou quebra significativa de estrutura geradora não só de um conflito bipolarizado, mas

¹⁷ Sérgio Cruz ARENHART, “Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro”, *Revista de Processo*, ano 38, vol. 225, 2013, pp. 389-410.

de um conflito massificado ou, pelo menos, policêntrico ou multilateral. Este ponto comum verifica-se independentemente de o motivo da desorganização decorrer da violação de uma norma ou de um princípio constitucional ou de uma situação que não pode ser diretamente classificada como uma ilicitude.

Nestes casos pode ser necessária uma decisão estrutural. Esta, porém, não corresponde apenas a declarar o direito no caso concreto. Mesmo quando o faz, (por ter sido reclamada tutela para uma dada situação individual) ultrapassa a concessão desta forma de tutela para tratar da reorganização de uma dada situação, o que, como é manifesto, vai produzir efeitos para além do caso concreto. Essa decisão vai escapar à lógica do tudo ou nada, da procedência e da improcedência porque, pura simplesmente, decisões deste tipo não são suscetíveis de permitir a reorganização de uma dada situação.

A insusceptibilidade revelada pelo modelo adjudicatório típico de proceder a reestruturações ou reorganizações decorre, fundamentalmente, da circunstância de não ser possível reestruturar ou reorganizar apenas mediante decisões que julguem procedente uma dada pretensão ou que julguem improcedente no todo ou em parte um dado tipo de pretensão. Este tipo de decisão, assentando os factos em crise e aplicando aos mesmos o direito decide eficazmente, a maior parte das vezes, o litígio coletivo ou individual em causa. E isto sucede porque o decisor parte de uma alegação de uma situação histórica e real passada que já aconteceu totalmente ou que ainda está a suceder, pelo que, à partida, juízos de prognose judicial são estranhos a tal adjudicação.

Como facilmente se compreende, uma coisa é a criação de uma decisão que se limite a criar as linhas gerais para a proteção de dado direito que sofreu um problema estrutural, outra, bem diferente é estruturar a situação que colapsou. Com efeito, os processos que visam resolver um problema estrutural necessitam de obedecer a uma metodologia de adjudicação da decisão divergente da típica, ou seja, daquela que tem como objetivo a resolução de um dado litígio concreto entre duas ou mais pessoas.

Por via de regra, o decisor heterónimo de um conflito valida ou não valida as teses fatuais e jurídicas que lhe são apresentadas pelas partes sem interferir (a não ser nos casos de verificar a existência de uma questão de conhecimento oficioso) com contributos de uma outra tese fatural ou jurídica que complementa aquelas e através da qual o litígio também possa ser resolvido. Por isso, neste tipo de adjudicação vigora o princípio da congruência da

decisão¹⁸, segundo a qual a mesma não pode resolver o litígio adjudicando ao autor algo que este não peticionou ou mais do que ele peticionou. Porque a finalidade do processo é a de resolver um dado litígio, essa resolução depende da vontade de alguém o submeter a essa forma de adjudicação e, depois disso, pauta-se, em geral, pelo absoluto respeito dos limites e dos contornos com que tal resolução foi requerida ou com que a defesa apresentada pelo sujeito passivo, réu, foi deduzida. Vigora, em termos gerais, o princípio o dispositivo e é o respeito pela liberdade das partes e pela vontade que as mesmas manifestam ou postulam através de atos processuais que comanda a atividade adjudicatória do tribunal na resolução daquele litígio. A decisão pela qual se adjudica a resolução será mesmo nula¹⁹ se não seguir estas regras e decidir para lá do que foi peticionado ou deixar de resolver questões que foram endereçadas ao tribunal por qualquer uma das partes.

Aquele sistema adjudicatório, espartilhado pela vontade das partes e pelos limites dos pedidos ou fundamentos da sua defesa, não serve a um processo cuja finalidade não é só a de dirimir o litígio. Quando o litígio a resolver, no caso concreto, emerge de um problema estrutural e não de uma mera situação conjuntural, a decisão judicial para resolver aquele litígio pode ter de dar solução, também, ao problema estrutural que lhe está na base ou do qual aquele conflito decorre. E se assim é, a decisão a adjudicar pode não se bastar e, frequentemente, não se bastará, com uma lógica binária de procedente e improcedente, pelo que deixa de ser tão relevante o pedido concreto e específico que a parte formulou.

De resto, um sujeito, posicionado como autor neste tipo de processo pode não ter ao seu alcance os conhecimentos necessários para construir um pedido específico capaz de resolver o problema estrutural existente. O modo de resolver esse problema estrutural – cuja existência o tribunal terá de se encarregar de, em primeiro lugar, declarar a sua existência – será construído no processo, isto é, no decurso do mesmo não só pelo tribunal com o auxílio do autor e do réu, mas pelo tribunal através de uma atividade de participação e de eventual consenso sucessivo com aquelas e com os titulares de interesses

¹⁸ Entre nós, previsto no artigo 609º, nº 1, do CPC.

¹⁹ Artigo 615º, nº 1, alíneas d) e e), do CPC.

envolvidos no problema estrutural identificado, o qual como já deixamos escrito, é geralmente policêntrico e multilateral.

Para resolver o problema estrutural – o tribunal não decide entre a tese A e B, não testa factual e juridicamente aquelas teses. Vai, pelo contrário, junto daqueles que podem ter capacidade de intervenção e decisão no problema estrutural diagnosticado e junto daqueles que são afetados por este ou que o provocaram procurar contributos e tentar obter os consensos que lhe permitam ir resolvendo o problema (devolvendo a estrutura a uma organização que a perdeu), dentro de um dado período temporal que obedece a uma certa continuidade, solução, essa, que, por uma vez, pode sofrer recuos ou avanços em função da evolução do problema estrutural²⁰.

Nas palavras de Fiss, para o qual “a função jurisdicional não serve para resolver conflitos, mas para dar significado aos valores públicos”²¹, a vítima (habitualmente correspondente ao autor) de um processo estrutural “não é um indivíduo, mas um grupo. Este grupo existe, tem uma identidade e pode ser prejudicado, mesmo que todos os indivíduos não o sejam e que cada membro individualmente considerado não esteja ameaçado pela organização”. Quem fala em favor do grupo não tem necessariamente e de ser vítima, pois um e outro estão entre si não estão entre si numa relação de correspondência, mas numa relação de mera instrumentalidade formal, devendo bastar ao tribunal, neste contexto, apenas, saber se quem representa o grupo o faz de forma adequada. Tal pode abrir a necessidade a um conjunto de diversos representantes, pois num processo não bipolar, mas estrutural, “o padrão típico parte de encontrar um grande número de representantes, mesmo que cada um represente um diferente tipo de ponderação acerca dos interesses do

²⁰ Para muitos dos que leem este texto, este modo de adjudicação revela-se completamente estranho. Mas não o é assim tanto se pensarmos nos processos falimentares e mesmo no processo de acompanhamento de maior. No primeiro, há um momento em que a sorte da empresa com problemas económicos e declarada insolvente passa pelo consenso dos credores mais relevantes. Não é o juiz que vai resolver o problema estrutural (económico/financeiro) da empresa através de uma decisão. Este apenas homologa uma decisão dos credores, ou seja, daqueles que são detentores de interesses no processo estrutural em causa. No segundo, depois de diagnosticar uma necessidade de acompanhamento (com base numa perícia médico legal e na audição do eventual beneficiário do acompanhamento) o juiz tem de determinar a medida concreta do acompanhamento necessário e quem o levará a cabo, para o que se torna necessário estabelecer contactos com aqueles que conhecem a vida do beneficiário do acompanhamento e implica conhecer os candidatos ao desempenho da função de acompanhante de modo a verificar qual ou quais serão o melhor para o exercício dessas funções e, assim, remover ou mitigar o problema estrutural causado, por exemplo, pela demência avançada do beneficiário da mesma.

²¹ Owen FISS, “The forms of justice”, *Harvard Law Review*, vol. 93, nº 1, nov. 1979, p. 2.

grupo vitimado”²². Por sua vez, o réu também não se identifica com o autor de um ato ilícito ou que inflige o dano e se é certo que estes sujeitos podem existir, eles não são verdadeiramente o alvo do processo judicial, pelo que nestes processos, Fiss, aponta o réu como sendo, genericamente, “a burocracia do Estado, devendo o juiz no decurso do processo de reconstrução penetrar profundamente na fachada institucional e abrir a chamada caixa negra com o pressupostos de localizar dentro das instalações os operadores em posições-chave para os quais as diretiva de reconstrução devem ser emitidas”.

Ao juiz, nesse contexto, “cabe construir uma ampla estrutura representativa, recorrendo a sujeitos que não são partes na ação”, mas que podem contribuir para a reestruturação em curso e, sendo caso disso, lançando mão de intermediários denominados mão de agências auxiliares (*special masters*) que executem a aplicação das tarefas estruturais desenhadas ou fiscalizam a aplicação das que foram tomadas e apontem a necessidade da sua evolução ou adaptação.

Esta constatação determina que o nível de exercício de participação e de contraditório em termos latoos seja muito mais exigente nos processos estruturais que nos bipolares, tipicamente orientados para o modelo e adjudicação típico. Como refere Fiss²³, precisamente porque “num processo estrutural todas as partes têm com uma capacidade representativa”, isso deve levar “o tribunal a ser mais generoso em permitir que as partes que poderiam

²² Owen FISS, “To make the constitution a living truth: Four Lectures on the Structural Injunction”, in *AAVV, Processos Estruturais*, 3.ª edição, Editora Juspodium, 2021, pp. 44-47: “It is important to stress that the representational character of the eight prisoners flows from the nature of their claim and the structural quality of the remedy, not from the designation of the proceeding as a class action. As discussed, the class action rules have special notice requirements, making it necessary to give notice to those members of the class purportedly being represented in the class. This notice informs those who happen to receive it of the pendency of the suit and gives them an opportunity to object to the adequacy of the representation. In this way, the notice mandated by the class action rules will greatly aid the court in determining whether the representation is adequate, even if it is not enough to give rise to consent-based representation. Yet the court can and should require such notice even if the case is not brought as a class action: if it is brought on an individual or organizational basis. What requires the notice is the prospect of structural reform, not the formal designation of the plaintiff. The class action device will not enlarge the scope of the decree that is rendered; it will be the same as the plaintiffs might obtain if the suit were brought on an individual basis or by some civic organization. Admittedly, if the plaintiffs had brought the suit as an individual or in the name of a civic organization and lost, the consequences to the unnamed beneficiaries may seem less harsh than in the class action context since no one but the actual parties to the suit will be precluded under the doctrine of res judicata from initiating a new action against the prison authorities. In truth, however, this strikes me as a formal distinction, since the outcome of any subsequent litigation that might be brought by beneficiaries who were not parties to the original litigation would, under the doctrine of stare decisis and through the force of precedent, in all likelihood arrive at the same conclusion – that case has already been adjudicated”.

²³ Owen FISS, “To make the constitution a living truth...”, *op. cit.*, p. 50.

ter uma perspectiva única sobre as questões contestadas possam vir a intervir, pelo que, as posições que estão sendo avançadas em uma ação judicial serão grandemente multiplicadas em forte contraste com a bipolaridade assumida pelo modelo de resolução de disputas”. Apesar disso, “o juiz continua a ser a figura fundada na autoridade, pois o poder de decidir sobre o direito e moldar a solução para o caso permanece em suas mãos, o que sucede é que a oposição binária pressuposta pelo modelo de resolução de disputas foi substituída por um conjunto complexo e policêntrico de perspectivas, algo mais próximo de um encontro dos moradores de uma cidade (*town meeting*)”.

Por outro lado, a intervenção jurisdicional, precisamente por ser reestruturante, obedece a uma lógica de continuidade e dialógica. Com efeito, o processo não se encerra de modo instantâneo com a prolação da decisão, exigindo sempre fiscalização e ajuste, ou nas palavras de Osna²⁴, a execução da sentença²⁵ poderia assumir uma composição institucional, sendo periodicamente revista e monitorizada em função das circunstâncias do caso, pelo que se podem produzir decisões em cascata, uma vez que a implementação da decisão judicial que é o cerne dos processos estruturais assenta no faseamento, graduação e escalonamento, muitas vezes temporal, das medidas pelas quais se vai proceder a tal reestruturação da realidade. Por essa mesma circunstância, a atuação do juiz teria de passar, necessariamente, pelo estabelecimento de diálogos com as entidades necessárias para lograr a dita reestruturação, as quais sejam capazes de criar e construir consensos.

Toda esta atividade assenta na prospetividade, porquanto o processo estrutural é pautado por um procedimento que, além de ter de lidar com factos passados, precisa de, sobretudo, avaliar probabilidades sobre fatos futuros, pelo que, o conjunto dos atos a praticar é, praticamente, orientado para o futuro, visando o desenvolvimento de um programa capaz de planear e antecipar consequências futuras que acomodem de modo equilibrado os múltiplos interesses envolvidos.

A decisão estrutural é uma decisão bifásica que parte como pressuposto do reconhecimento ou da identificação de um dado problema estrutural para

²⁴ Gustavo OSNA, “Nem ‘tudo’, nem ‘nada’ – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos”, in AAVV, *Processos Estruturais*, 3.ª edição, Editora Juspodium, 2021, p. 470.

²⁵ A execução nestes processos não é eventual, sendo sempre uma fase necessária e longa, a qual envolve uma longa e contínua relação entre o juiz e a instituição para eliminação da situação desestruturada.

o qual produz uma decisão-regra. Porém, depois deste momento, é necessário que o decisor faça escolhas sobre o modo como essa decisão-regra vai ser objeto de aplicação prática, isto é, como é que se vai operar a decisão-regra concretamente.

Aqui, entra em ação a necessidade de consideração dos interesses de outros sujeitos que podem ser abrangidos pela reestruturação ou de certas instituições e entidades das quais possa depender a execução daquela reorganização. Esta segunda fase da decisão estrutural faz convergir a racionalidade da decisão com as consequências das medidas através das quais se pode proceder à referida reorganização de dada realidade ou instituição. O decisor não irá optar por fazer a reestruturação que o autor lhe indicar e à qual o réu não tiver promovido defesa eficaz. Como já foi referido, autor e réu surgem, nestes processos, respetivamente, como os lesados/vítimas ou como os lesantes, mas como representantes (informais) dos grupos correspondentes ativos e passivos.

Assim, as medidas de reestruturação afetam não só aqueles que estão no processo, como outros que não o estando, poderão ver repercutidas nas suas esferas jurídicas presentes ou futuras a forma como o decisor determinou repor o estado ideal de coisas. É basicamente isto que significa afirmar – como já fizemos – que o problema estrutural que enunciamos é complexo. Essa complexidade não pode ser erradicada com uma decisão simples, carecendo de uma decisão de contornos igualmente complexos e que são avessos ao modo típico de adjudicação de uma decisão que tenha como escopo a resolução de um conflito. Por isso, esta será sempre o resultado de uma participação alargada daqueles que o decisor considerar ser o âmbito subjetivo ativo e passivo suscetível de ser afetado por esta reorganização.

Por outro lado, a decisão estrutural não pode ser – como sucede com a decisão que resolve conflitos individuais ou coletivos – uma decisão fechada, encontrando-se, pelo contrário, em formação e em mudança contínua, pelo menos até que se considere atingida por via de execução a decisão-regra enunciada²⁶, a qual está a ser testada à medida que vai sendo aplicada e

²⁶ Como refere Sérgio Cruz ARENHART, “Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro”, *Revista de Processo*, ano 38, vol. 225, 2013, p. 400, “é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase ‘principlológica’, no sentido de que terá como principal função estabelecer a ‘primeira impressão’ sobre as

executada, podendo bem suceder que aquele que tiver sido designado pelo tribunal como o administrador destas medidas (quando se justificar ou impuser uma espécie de delegação) receba contributos ou perceba necessidades que gerem alteração das medidas gizadas para obter aquela reorganização em virtude de circunstâncias concretas que possam colidir com a proporcionalidade, a necessidade ou a adequação das mesmas ou de adaptação com que período temporal em que a aplicação das mesmas foi planificada ou orientada por cronograma.

A circunstância de a decisão estrutural corresponder, por via de regra, a uma decisão em construção ou inacabada faz com que alguns defendam a admissibilidade da prolação de decisões condicionais ou com reserva²⁷ que se exijam, as mais das vezes, a emissão de decisões que, à semelhança da norma legal, construam um sistema de transição ou de vigência transitória²⁸ para a reestruturação da falha detetada.

O policentrismo habitual²⁹ dos problemas estruturais, estabelecido numa pluralidade de centros de interesse, exige que os limites subjetivos do processo sejam analisados de forma fluída de modo a modular a complexidade e permitir a despolarização do conflito. Isto significa que durante o processo, a estabilidade subjetiva está comprometida ou, pelo menos, deve ser entendida de modo muito dinâmico. Só assim será possível fazer crescer o espaço de diálogo e de consenso necessários para a caminhada da estruturação. Também a habitual complexidade dos problemas estruturais exige maior plasticidade na formulação dos pedidos e das pretensões processuais, sendo admissível que a decisão final não produza o grau de estabilidade que conhecemos como coisa julgada ou até um outro de grau imediatamente inferior.

necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da ‘decisão-núcleo’, ou para a especificação de alguma prática devida’.

²⁷ Fernanda Costa VOGT e Lara Dourado Mapurunga PEREIRA, “Novas técnicas decisórias nos processos estruturais”, in AAVV, *Processos Estruturais*, 3.ª edição, Editora Juspodium, 2021, pp. 396 e ss. Explica a ideia de as sentenças poderem ser complementadas em momento ulterior quando paulatinamente vão surgindo questões para resolver tal como se da construção de um puzzle se tratasse.

²⁸ O estabelecimento de um regime de transição é um apanágio das decisões estruturais. Neste sentido, Fredie DIDIER *et al.*, “Notas sobre as decisões estruturantes”, *Civil Procedure Review*, vol. 8, nº 1, jan.-apr. de 2017, p. 54, segundo o qual a imposição de um regime jurídico de transição entre a situação anterior e aquela que se busca implantar, concretizando, assim, o princípio da segurança jurídica.

²⁹ Habitual e típico, mas não essencial, pois há problemas estruturais não multipolares ou policêntricos, como sucede com a necessidade de acompanhamento de uma pessoa maior em virtude de psíquica que comprometa o seu livre-arbítrio e a sua autodeterminação.

A natureza prospetiva dessa decisão assenta numa mutabilidade fática e de circunstâncias que pode exigir alterações na fase da implementação ou execução, promovendo, muitas vezes, a necessária revisitação do plano gizado e em execução, emitindo novas decisões que consubstanciem, em função da novas variantes, outras medidas para alcançar a implementação da decisão-regra, as quais podem ter sido sugeridas por uma entidade específica na qual o decisor pode delegar funções de acompanhamento das medidas destinadas a reestruturação^{30 31}.

Sabemos que muitos obstáculos se perfilam diante da possibilidade de os tribunais proferirem decisões reestruturantes de problemas declarados como estruturais. Não ignoramos que rapidamente serão acenados, de novo, o princípio da separação de poderes, a impossibilidade de a jurisdição controlar algo mais do que a mera legalidade da atuação administrativa e nunca poderem aqueles legitimamente interferir na margem de liberdade da administração, sem menosprezar a apontada incompetência técnica dos tribunais para proceder a tal reestruturação.

Mais: apresenta-se como insofismável a conclusão de que qualquer outra intervenção os Tribunais que não seja o exercício da função jurisdicional no seu sentido estrito *supra* convocado, só será legítima se e quando resultar de habilitação legal expressa. Como escreveu Fletcher³², “since trial court remedial discretion in institutional suits is inevitably political in nature, it must be regarded as presumptively illegitimate”³³. Resulta diretamente desta afirmação que, por via de regra, a intervenção dos tribunais em questões que implicam liberdade de apreciação e de escolha administrativa, ou no espaço em que a administração ou qualquer ou outro poder tem liberdade de decisão maior ou menor, está proibida.

Mas os estudiosos do tema dos *institutional suits* (que aqui poderemos traduzir por processos institucionais – e não meramente individuais ou

³⁰ ARENHART, *Reflexões sobre o princípio da demanda*, consultado em [https://www.academia.edu/es/221841/\[06.10.2022\]](https://www.academia.edu/es/221841/[06.10.2022]).

³¹ Antonio do Passo CABRAL e Hermes ZANETI, *Entidades de infraestruturas específicas para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolutions facilities e a sua aplicabilidade no Brasil*, p. 448.

³² William A. FLETCHER, “The Discricionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy”, *The Yale Journal*, vol. 91, nº 4, mar. de 1982, pp. 635-697.

³³ William A. FLETCHER, “The Discricionary Constitution...” , *op. cit.*, p. 637.

peçoais – ou, por processos estruturais) preveem, também, como possível que a presunção de ilegitimidade de atuação dos Tribunais nestes domínios não é indestrutível. A elisão ou ultrapassagem daquela presunção poderá legitimamente acontecer – voltando ao texto de Fletcher – “when the political bodies that should ordinarily exercise such discretion are seriously as chronicle widely in default”³⁴.

Como sublinham Eisenberg e Yeazell sempre se verificou um obstáculo histórico ao facto de os Tribunais poderem desempenhar função a administrativas complexas sem a devida autorização ou habilitação legal, e, por isso, poucas vezes se atreveram a exercer estas funções, sem a isso terem sido legalmente autorizados, mas isso não impediu que os mesmos tivessem começado a desenvolver processo de supervisão de comportamentos empresariais, por exemplo³⁵.

O eixo de análise do problema que assenta, essencialmente, no esforço de compreensão da geometria interativa³⁶ entre as funções do Estado imposta pela vigência cada vez mais intensa do Estado Social. A chave da solução está – cremos nós – a de admitir como possível que as intersecções já admissíveis entre as diversas funções estaduais³⁷ sejam recíprocas, designadamente admitindo, não apenas cedências da função jurisdicional em favor de entidades administrativas, mas também, cedências funcionais de sentido inverso. Anunciado que está o tema e as interpelações difíceis que o mesmo coloca, convém convocar, aqui, novamente, o problema estrutural, por oposição ao problema conjuntural. Aquele é a existência de um estado de desconformidade que se pode materializar numa situação de ilicitude crónica ou numa situação

³⁴ William A. FLETCHER, “The Discretionary Constitution...”, *op. cit.*, p. 637, segundo o qual “in that event and for so long as those political bodies remain in default, judicial discretion may be a necessary and therefore legitimate substitute for political discretion”.

³⁵ Mas, é certo, que, nem todas as intervenções dos tribunais em tais litígios públicos respeitaram as regras do sistema e, por isso, no Brasil, em 2018, foram aprovadas alterações legislativas com vista a evitar ativismos judiciais desgovernados.

³⁶ A expressão é usada por José Manuel Sérvulo CORREIA e Francisco Paes MARQUES, *Noções de Direito Administrativo*, vol. I, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2021, p. 57.

³⁷ José Manuel Sérvulo CORREIA e Francisco Paes MARQUES, *Noções de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 57. Como concluem os autores, após uma incursão clarificadora sobre as funções estaduais, o “Estado de Direito Democrático postula uma geometria operativa diferenciada entre as diferentes funções e que a reserva de funções tem ínsita uma dimensão positiva da separação de poderes na vertente racionalizadora do mandato organizatório-funcional do Estado de Direito Democrático. Contudo, segundo os mesmos, apesar disso são admissíveis intersecções entre as diversas funções estaduais num grau variável, cuja intensidade é ditada pelas ponderações a realizar entre os princípios constitucionais conflitantes”.

de desconformidade também crônica, mas não necessariamente ilícita, mas que, não corresponde ao estado de coisas considerado ideal, em determinado contexto. Trata-se, como escrevemos, de um estado de coisas que necessita de reorganização³⁸.

Devemos ter presente, também, que os problemas estruturais podem divergir e divergem frequentemente no grau de desconformidade de que padecem, mas a solução do mesmo implicará, certamente, uma tarefa diversa da solução do problema conjuntural que se pode ser apresentado ao tribunal também, não se concretizando por via de regra na emanção de um único ato instantâneo como condenar a ou reconhecer determinado direito, ou de julga a ação procedente ou improcedente. Tratar-se-á de decisões de um diferente calibre ou mesmo de diferente natureza, necessariamente mais complexas, menos instantâneas e mais duradouras, que não raras vezes carecerão de acompanhamento contínuo.

Portanto, sendo os litígios estruturais complexos e policêntricos, a solução a dar aos mesmos – a almejada reestruturação – tem de considerar não apenas, como é habitual, os interesses do autor e do réu, mas de todos os que podem vir a ser afetados pela decisão, pelo que é patente que o modelo de adjudicação não se pode bastar com um contraditório bilateral e circunscrito. O processo irá ser sede de um contraditório alargado que ausculte todas posições afetadas com uma possível reestruturação. O desvio do estado de coisas ideal não é pontual, mas generalizado, existindo um *standard* ou prática desviante e, por isso, a reestruturação não se pode bastar com uma decisão de procedência ou improcedência, uma vez que será necessários juízos de prognose sucessivos que estabeleçam metas de reestruturação e metodologia para as atingir.

A decisão de reestruturação não decorrerá da convicção do tribunal sobre os factos e da aplicação do direito sobre os mesmos. A decisão estruturante resultará da participação³⁹ e do consenso de todos os envolvidos e dos contributos prestado, podendo antecipar-se que a decisão adjudicada pelo

³⁸ Elizabeth FERNANDEZ, “Teoria das decisões estruturantes: primeira aproximação”, *Revista IUS DICTUM*, nº 6, jan. 2022, p. 36; e Fredie DIDIER *et al.*, “Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro”, *Revista de Processo*, vol. 303, maio de 2020, pp. 45-81.

³⁹ Por exemplo, com a elaboração de vários planos de reestruturação, com várias origens, que podem ser ponderados pela administração demandada.

tribunal poderá desempenhar um papel instrumental na reestruturação que pretende levar a cabo. Em suma, o tribunal vai emitir uma decisão que não assenta na aplicação estrita de regras de direito, pois do que se trata não é de saber a quem assiste razão, mas como dar corpo a um estado de coisas que o perdeu ou que nunca o esteve organizado como tal.

Finalizando, importa voltar a ter presente, como detalharemos noutro local⁴⁰ que a necessidade de reestruturação pode ao longo do tempo exigir metodologia e medidas diferentes, pelo que a decisão estruturante não goza, ou, melhor dizendo, não pode mesmo gozar de estabilidade, nos termos que a reconhecemos às decisões judiciais que decidem litígios não estruturais. Pelo contrário, o que se pretende das mesmas é flexibilidade máxima e daí serem automaticamente submetidas a períodos de revisão e a acompanhamento da reestruturação, muitas das vezes por supervisores judicialmente designados para o efeito.

É em face de um problema e de um processo com estas características que a questão identificada terá de ser refletida, pelo que fica desde já antecipado que aquilo que conhecemos e reconhecemos como o típico modelo adjudicatório das decisões dos tribunais será, nestes casos, necessariamente postergado.

Os tribunais efetivamente não devem por regra intervir para reorganizar o caos, ou seja, para resolver um problema estruturante causado pelas omissões ou defeito de gestão dos órgãos ou entidades públicas a quem o mesmo competia tratar. Mas quando esse problema estrutural afeta direitos fundamentais e o desvio da situação de vida ideal é serio e crónico – como é o caso relatado das urgências obstétricas – o poder judicial não pode, para evitar o risco de ser apodado de ativista – e de, em certa medida, interferir numa função politico administrativa – omitir o exercício de qualquer função, resignando-se a esperar que um dia o órgão ou entidade competente exerçam as suas funções ou sejam sancionadas pelo incumprimento das mesmas nas urnas.

Se é verdade que o modelo desta intervenção não pode ser o clássico modelo adjudicatório, não é menos verdade que cabem ainda dentro da função jurisdicional – repete-se quando o que está em causa é de algum modo o

⁴⁰ Prevê-se a publicação de um outro texto sobre os litígios estruturantes na *Revista IUS DICTUM*, nº 9.

exercício de direitos fundamentais – as competências necessárias para determinar a orientar um processo de reestruturação participado e devidamente supervisionado quando o órgão ou órgãos que deviam exercer tal função estadual fracassaram por completo na execução da mesma.

Como escreve Fletcher⁴¹, “when the failure of the political bodies is so egregious and the demands for protection of constitutional rights so important that there is no practical alternative to federal court intervention, there is no need for a new legitimating normative or theoretical structure. Such intervention, for so long as it is essential for the protection of constitutional rights, is already legitimate”.

⁴¹ William A. FLETCHER, “The Discretionary Constitution...”, *op. cit.*, p. 697.

A CIÊNCIA JURÍDICO-PENAL/ CRIMINOLOGIA SOB A PERSPETIVA DA CRENCIOLOGIA

Fernando Conde Monteiro*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.17>

*À Benedita, com a saudade do tempo percorrido mas também
com a esperança do tempo a percorrer – que dela aprendi...*

1. Introdução

René Descartes no seu *Discurso do Método* procurou através do critério das evidências (ideias claras e distintas) fundamentar a sua filosofia. O *cogito ergo sum* afigurou-se-lhe como uma verdade insofismável, da qual partiu para a dedução de outras proposições (Deus, espírito)¹.

A dedução do existir, através de meios puramente racionais, que nos possam conduzir a evidências, vale o que vale (pense-se desde logo nos axiomas matemáticos). Efetivamente, este revela-se, igualmente ou parece revelar-se

* Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho (cmonteiro@direito.uminho.pt).

¹ De notar que a dúvida conducente ao *cogito ergo sum* já tinha sido utilizada por Santo Agostinho (*Confissões*, II, 1, 1; *A Trindade*, X, 10, 14; *A Cidade de Deus*, XI, XXVI). Ignora-se se Descartes já tinha tido conhecimento disso (ele teve formação jesuítica no âmbito da escolástica ao seu tempo prevalecente) ou não, como aparentemente parece decorrer dos seus escritos.

através de outros modos, também “evidentes” (sentidos, consciência). Por outro lado, a razão invocada por Descartes era/é feita de experiências sensoriais e histórico-culturalmente cunhada (desde logo pelo estado da matemática à sua época), igualmente pela própria linguagem humana. E mais importante que tudo isto é o facto de que, não obstante essa evidência, permaneceremos ignorando o Ser.

Efetivamente este Ser de que participamos (pelo menos aparentemente) revela-se-nos na sua essência como algo desde logo desconhecido e relativamente ao qual as respostas dadas por múltiplos quadrantes se relevam afinal de contas como perguntas ou pelo menos como possíveis questões.

Para obtermos efetivas respostas faltam-nos ou parecem faltar critérios objetivos, que nos permitam o acesso àquilo que aparentemente se revela interdito (questão epistemológica).

2. A Crenciologia como ciência do questionamento

2.1. Introdução

Em face da aparente indefinição do Ser, o único caminho que parece plausível é o do questionamento, como já referimos. E porque parece também que ignoramos o objeto deste Ser (sua indefinição), naturalmente que carecemos, pelo menos desde logo à partida, de processos ou meios que nos garantem o seu acesso (indefinição metodológica/problema epistemológico).

3. A Crenciologia como ciência do inevitável

3.1. Introdução

Albert Camus, em o *Mito de Sísifo*, refere expressamente que: “Só há um problema filosófico verdadeiramente sério: é o suicídio. Julgar se a vida merece ou não ser vivida, é responder a uma questão fundamental da filosofia”².

² O *Mito de Sísifo*, trad. de Urbano Tavares Rodrigues, Lisboa, Livros do Brasil, 2007, p. 15.

Sem entrarmos, sequer na análise do posicionamento filosófico camusiano, sempre diremos, contudo, e a partir do texto em causa, que todos nós, enquanto seres pensantes, somos confrontados existencialmente pela questão do existir e do seu valor ou não valor³. E tal questionamento é inseparável da própria questão do Ser, enquanto tal, e ao contrário de Camus, diremos que tudo passa pelo conhecer deste mesmo Ser e assim, como anteriormente referimos, do problema epistemológico de base.

De qualquer maneira, perante a urgência da vida, trespassada pela dimensão espaço-temporal, a necessidade de respostas, ainda que o não sejam efetivamente, torna-se um imperativo, antes de mais, prático-existencial (e assim de algum modo retornamos a Camus).

A construção deste modo de verdades ou pseudoverdades de âmbito relativista, muito conexas com aspetos antes de mais prático-concretos, acaba por se nos impor, face à possível renúncia (ou pseudo-renúncia), cristalizada ou não no suicídio camusiano.

Noutros termos, toda a nossa vida parece efetivamente repousar por múltiplas crenças de diferente índole.

4. Assunção de princípios crenciológicos no plano jurídico-penal

A nossa análise do fenómeno criminológico vai partir, antes de mais, da ideia de que quaisquer proposições a tomar lugar, neste plano, devem obedecer à logicidade, sob pena de se tornarem inconsistentes no plano epistemológico, aqui assumido.

Por outro lado, em se tratando de proposições de natureza empírica, devem estas estar em conformidade com os dados empíricos, ou seja, deverão conformar-se com a observação/experimentação. Aqui, ganham naturalmente vantagem os juízos de natureza científica (aliança entre a matemática e a observação/experimentação)⁴, por via da sua maior abrangência explicativa e também utilidade prática (efeito previsional/tecnológico).

³ Algo de resto que começa logo enquanto crianças, neste sentido, Karl JASPERS, *Iniciação Filosófica*, 6.ª ed., Lisboa, Guimarães & C.ª, 1978, pp. 11-12.

⁴ Sobre os requisitos das proposições de natureza científica, Fernando Conde MONTEIRO, “Algumas Reflexões Epistemológicas sobre o Direito Penal”, in Manuel da Costa Andrade *et al.* (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Prof.*

No resto (ética jurídico-penal), escolhemos não tomar posição, num plano positivo-diretivo e assim deixar este campo aberto, onde tudo também aparentemente pode caber e onde apenas a lógica poderá ter efetivamente lugar, os juízos empíricos, mais excecionalmente⁵.

5. O estudo do crime no âmbito das autodenominadas ciências jurídico-penal e criminologia

5.1. Introdução

A ciência jurídico-penal e a criminologia estudam o crime. Saber o que este é constitui desde logo uma tarefa utópica. Efetivamente, aquilo que se designa por crime teve, antes de mais, um longo e diferenciado percurso ao longo da história da humanidade. Desde logo, a sua conexão com a superstição (magia) e religião é um dado assente (ainda hoje subsiste em alguns Estados a ligação ao fenómeno religioso).

Modernamente por efeito fundamentalmente do movimento iluminista de carácter humanista delinear-se as características ainda hoje vigentes do conceito de crime no âmbito funcional.

5.2. O conceito moderno de crime

A moderna noção de crime deve-se, como referimos, antes de mais, ao movimento iluminista de cariz democrático, ainda que, apesar da sua enunciação, nunca houvesse lugar à sua efetiva consciencialização.

Em verdade foi o movimento constitucionalista do séc. XIX que consagrou os princípios fundamentais inerentes ao direito penal moderno e com eles a fundamentação da ciência jurídico-penal⁶.

Doutor Jorge de Figueiredo Dias, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 757-759.

⁵ Neste sentido, Fernando Conde MONTEIRO, "Algumas Reflexões Epistemológicas sobre o Direito Penal", *op. cit.*, pp. 759-760.

⁶ Particular destaque merece, neste âmbito, Paul Johann Anselm VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen, Heier, 1801, onde sintetizou os contributos não apenas do iluminismo democrático, mas também do jusracionalismo e do idealismo kantiano neste âmbito, assim, Costa ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 44.

Em síntese, pode-se enunciar que o direito penal moderno se cristalizou até aos nossos dias nos princípios da necessidade da sua intervenção e proporcionalidade⁷. Deste modo, o conteúdo axiológico-normativo do direito penal seria cunhado pela necessidade intrínseca da existência de sanções, particularmente graves, que assim delimitariam este mesmo conteúdo substantivo igualmente grave (correspondência biunívoca ente ilícito penal e sanções jurídico-penais)⁸.

É uma consequência de um construtivismo de natureza racionalista, extremamente idealista, especificamente juristicista e assim em larga medida desprendido da realidade empírica e que se perpetuou até aos nossos dias⁹.

5.3. A sua densificação

5.3.1. A questão axiológica-normativa

Este construtivismo jurídico-penal visou antes de mais a limitação dos bens jurídicos a serem objeto de tutela penal – apenas os mais importantes para a sobrevivência/convivência social. Depois, procurou a individualização dos mesmos. Os bens jurídico-penais teriam características liberais, seriam, antes de mais, direitos individuais dos cidadãos. Posteriormente seriam algo para além disto e abarcariam valores coletivos¹⁰. Mais, fragmentar-se-iam na sua configuração interna. O dolo seria a forma primordial de punibilidade. A negligência teria assim um papel residual. A tutela orientar-se-ia fundamentalmente para a lesão efetiva do bem jurídico. A tipicidade garantiria a certeza na definição dos ilícitos penais e consequentemente a possibilidade de orientação das condutas dos respetivos destinatários.

⁷ Cf., entre nós, com os artigos 10º e 11º da Constituição de 1822.

⁸ Sobre isto, Fernando Conde MONTEIRO, “Crime e Democracia: algumas Reflexões Epistemológicas sobre o Papel do Direito Penal na defesa dos Valores do Estado de Direito Democrático e Social da Constituição da República Portuguesa”, *Revista Portuguesa de Filosofia*, vol. 72, nº 4, 2016, pp. 1081-1084.

⁹ Sobre isto, cf. Maurice CUSSON, *Criminologia*, 2.ª ed., Casa das Letras, 2007, p. 44.

¹⁰ Para uma visão histórico-crítica desde a perspectiva feuerbachiana até aos nossos dias, Costa ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, op. cit., pp. 37-133.

5.3.2. A questão empírica

5.3.2.1. As sanções

As sanções penais, apesar de serem as mais graves do ordenamento jurídico, seriam restritas primordialmente à pena de prisão¹¹. Esta com características de elasticidade permitiria a sua adaptação aos diferentes tipos de criminalidade num duplo sentido. Por um lado, pela consideração do valor dos bens jurídicos em causa; por outro, pela perspetivação dos tipos dolosos/negligentes. A par disto, a consideração do caso concreto com as suas múltiplas constelações de valorações teria também uma resposta desejada e adequada neste plano¹². Tudo isto decorreria no extremo ou pseudorespeito das máximas de determinabilidade e concisão das consequências jurídico-penais.

5.3.2.2. O sentido das sanções jurídico-penais

5.3.2.2.1. *A modernidade*

Aplicando-se as sanções jurídico-penais a destinatários de factos passados (consequência do princípio da legalidade) e constituindo um mal, naturalmente que os seus efeitos empíricos seriam intimidatórios, relativamente ao concreto agente (intimidação individual) e aos demais potenciais criminosos (intimidação geral/prevenção, geral negativa)¹³.

A instrumentalização do ser humano daqui derivada, pese embora o carácter limitativo-axiológico das mesmas sanções, levou ao repensar deste modelo e à sua substituição pela finalidade ético-retributiva.

Agora e a partir da ideia base da liberdade do ser humano, as sanções jurídico-penais só teriam lugar com a culpa do agente e seriam igualmente determinadas na medida desta (conceção bilateral ou de duplo binário no âmbito das relações entre culpa e pena)¹⁴.

¹¹ De notar, contudo, a larga aplicação da pena de multa, que, de resto, sob a influência francesa, dominou o designado direito contravencional, a par de outras penas, desterro, penas de substituição, etc.

¹² Algo não acontecido de imediato por via da consagração *ab initio* das penas fixas.

¹³ Sobre isto, Fernando Conde MONTEIRO, *Direito Penal I*, Braga, ELSA-Uminho, 2015, pp. 31-33.

¹⁴ Sobre estas em essência e num plano crítico, Fernando Conde MONTEIRO, *Direito Penal I, op. cit.*, pp. 35-37.

5.3.2.2.2. *O positivismo italiano*

A partir basicamente da herança das ciências empíricas ou pseudoempíricas, Lombroso e os seus discípulos olharam para a fenomenologia criminal, já não através do paradigma do crime, enquanto ato de liberdade humana, mas como expressão de causas do mesmo, numa primeira análise de carácter endógeno, depois de âmbito também social¹⁵. As bases da criminologia estavam assim (re)lançadas¹⁶. A finalidade de qualquer ordenamento jurídico-penal seria apenas e tão só a de evitar a prática de delitos por agentes perigosos para a sociedade, socializando-os¹⁷. As penas deveriam assim dar lugar às medidas de segurança, que assentariam já não na culpa, mas somente na perigosidade dos respetivos agentes de crimes.

Curiosamente a evolução dos sistemas jurídico-penais não se caracterizou pela total assunção deste paradigma, conservando as penas, mas adicionando as medidas de segurança em casos excepcionais, nomeadamente a delitos praticados por inimputáveis. Os ordenamentos jurídico-penais tornaram-se assim bicéfalos (pelo menos nominalmente), contemplando fundamentalmente penas e medidas de segurança (sistema binário ou de duplo binário em sentido amplo)¹⁸.

5.3.2.2.3. *A influência luhmanniana*

A partir da segunda metade do séc. XX e por influência da teoria dos sistemas funcionalístico-sistémicos de Luhmann, com especial saliência para Jakobs, surge a ideia de o direito penal expressar, através das suas consequências jurídico-penais, fundamentalmente uma perspetiva de restabelecimento da paz jurídica, de adscrição às normas do sistema jurídico-penal, de adesão aos seus valores (prevenção geral positiva)¹⁹.

¹⁵ Maurice CUSSON, *Criminologia*, *op. cit.*, pp. 58-72.

¹⁶ Figueiredo DIAS e Costa ANDRADE, *Criminologia. O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, pp. 17-19. Sobre a herança de Guerry e Quételet relativa a esta questão, cf. Maurice CUSSON, *Criminologia*, *op. cit.*, pp. 53-58.

¹⁷ Sobre tudo isto, em termos amplos e criticamente, Fernando Conde MONTEIRO, *Direito Penal I*, *op. cit.*, pp. 25-30.

¹⁸ Fernando Conde MONTEIRO, *Consequências Jurídico-penais do Crime*, Braga, ELSA, 2015, p. 11; Claus ROXIN, "Strafrecht", AT, B. I, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2006, § 3. A, 32.

¹⁹ Sobre isto, Figueiredo DIAS, *Direito Penal I, Parte Geral, T. I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 3.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2019 p. 59. Relativamente à sua primeira formulação por Émile Durkheim,

5.3.2.2.4. *A evolução futura até aos nossos dias*

Todos estes legados implicaram que os diferentes ordenamentos jurídico-penais os recebessem em maior ou menor medida e assim os combinassem. Desde logo, a culpa, em maior ou menor medida, constitui um legado perseverado até aos nossos dias. Por outro lado, a ideia de ressocialização/socialização foi algo que igualmente se preservou de forma muito significativa, pese embora as críticas de que foi/é alvo²⁰.

6. Análise da ciência jurídico-penal/criminologia sob o prisma da Crenciologia

6.1. Ciência jurídico-penal/criminologia. Noção

A ciência jurídico-penal estuda naturalmente o crime. Fá-lo obviamente com a intencionalidade de evitar que os seres humanos pratiquem crimes.

Esta ciência deve/deveria, com certeza e como todas as ciências, ter um objeto. Este objeto é constituído naturalmente pelo crime. O que deve entender-se neste contexto como crime é algo de bastante complexo. O que aqui é fundamental tomar em conta é a definição dos critérios epistemológicos de caracterização da fenomenologia criminal. Tal direciona-nos para a própria essência de ciência do crime/ciência jurídico-penal/criminologia. Esta essência tem que ver fundamentalmente com o evitamento da prática de crimes de forma o mais eficaz possível e com menores custos axiológicos (eventualmente também económicos), perspetiva funcionalista²¹. Antes de nos debruçarmos sobre estes aspetos, fica-nos naturalmente a questão prévia da definição do objeto (material) desta ciência: o crime, como deixámos dito inicialmente.

Maurice CUSSON, *Criminologia*, *op. cit.*, pp. 214-215; Geraldo Ribeiro de Sá, “O Crime, a Pena e o Direito em Émile Durkheim”, in AAVV, *Direitos Fundamentais e Transdisciplinaridade, Anais do XIX Encontro Nacional do CONPENDI*, 9, 10, 11 e 12 de junho de 2010, Fortaleza - CE, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2010, pp. 8369-8370.

²⁰ Sobre este último aspeto, Fernando Conde MONTEIRO, *Direito Penal I*, *op. cit.*, pp. 28-30.

²¹ Supra 5.2. Fundamental neste plano e em termos mais amplos, Fernando Conde MONTEIRO, “A Constituição e os princípios da necessidade e de proporcionalidade em face do direito penal vigente (Análise a partir do quadro constitucional português)”, in AAVV, *Direito, Estado, Sociedade e Constituição, 6º Congresso Internacional de Direito da Lusofonia, Dignidade Humana e Desenvolvimento Social: Justiça, Crescimento Económico e Sustentabilidade*, 2019, pp. 1-5, disponível em <https://www.unifor.br/documents/392178/2741239/Congresso-Internacional-da-Lusofonia-GT1-A+Constitui%C3%A7%C3%A3o+e+os+princ%C3%ADpios+da+necessidade+e+da+proporcionalidade+em+face+do+direito+penal+vigente.pdf/9f01e8cb-c40a-8745-52ac-29904e2c4e27> [04.08.2022].

O que é? Como se delimita? A resposta a dar a esta questão é contudo uma não resposta. Não sabemos em essência o que é o crime materialmente, onde começa e acaba. As definições positivistas, para além de colidirem entre si (em face de diferentes ordenamentos jurídicos), colocam problemas irresolúveis no âmbito da delimitação dos tipos legais de crime (causas de exclusão da ilicitude/culpa)²², para além de se encontrarem inevitavelmente sujeitas às contingências jurisprudenciais e legislativas (flutuabilidade permanente). As coisas nada melhoram a partir de perspectivas doutrinárias, onde a divergência é permanente, sem que saibamos, epistemologicamente, que caminho seguir. Por outro lado, a ideia de uma máxima efetividade no combate ao crime com menores custos axiológicos é igualmente algo até agora sem concretização prática (*unsolved question*)²³.

Em conclusão, ignoramos o que seja o crime e ainda a forma de o combater. Isto é comum ao direito penal e à criminologia. Não há aqui que estabelecer barreiras²⁴.

6.2. O direito positivo jurídico-penal. O caso português como exemplo paradigmático

A construção legislativa de tipos legais de crime, entre nós, obedece antes de mais e correspondendo a uma prática universal, a valorações legislativas de fenómenos atentatórios de valores, de bens sociojurídicos. Aqui critérios de valoração de natureza empírica ou não existem ou possuem relevância menor. Encontramo-nos assim no domínio da ética, mais especificamente, no plano da ética jurídico-penal. As proposições a efetivarem-se obedecem predominantemente a aspetos históricos, culturais, idiossincráticos do que propriamente epistemológicos (princípio da mínima intervenção), estes

²² Sobre isto, Fernando Conde MONTEIRO, *Direito Penal I, op. cit.*, pp. 128-132. Também com interesse e sobre o bem vida, “Eutanásia: Aspetos Jurídico-Penais à Luz do Sistema Jurídico-Penal Português”, in Ana Figueiredo Sol e Steven S. Gouveia (coords.), *Bioética no Século XXI*, Creative Space, 2018, pp. 24-36.

²³ Sobre a utilização desta expressão, Fernando Conde MONTEIRO, “Algumas Reflexões Epistemológicas sobre o Direito Penal”, *op. cit.*, p. 758, n. 3.

²⁴ Neste sentido, Fernando Conde MONTEIRO, “A ideia lisztiana da ciência conjunta do direito penal: uma visão desconstrutiva da mesma”, in José de Faria Costa *et al.* (orgs.), *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. I, Coimbra, BFDUC, 2017, pp. 861-868.

revelando-se simplesmente impossíveis de concretização²⁵. De resto, como entender epistemologicamente a adscrição de penas com os seus limites a bens jurídicos, desnudados em componentes de carácter subjetivo (por exemplo, dolo/negligência)? É simplesmente uma tarefa impossível. O que tem lugar é do domínio do circunstancial, da subjetividade, da idiosincrasia, enfim, de tudo o que quisermos ou observarmos, menos de critérios de ciência.

Por outro lado, a sua concretização prática revela-se mais ou menos caótica, expressando ilogismos, incongruências, lugares-comuns, etc.²⁶.

Para isto concorrem uma série de fatores. Desde logo a falta de critérios empíricos subjacentes aos proclamados sentidos das consequências jurídico-penais. O que é e como se expressa a prevenção geral positiva ou negativa? Qual o real fundamento empírico da culpa? Como esta se pode medir, etc.²⁷

Encontramo-nos assim perante um conjunto, nem sequer muito lógico de proposições de variada índole, que fundamentalmente expressam crenças, não sufragadas empiricamente ou mesmo em contradição com essa mesma fenomenologia empírica (confusionismo epistemológico).

7. Considerações finais

A ciência jurídico-penal/criminologia, a existir/existirem, só têm lugar no mundo das ideias (platónicas) e, portanto, fora do contexto empírico-humano (idealismo platónico). Para isto concorre desde logo a existência da complexidade, como fator fundamental para impedir um efetivo conhecimento desta fenomenologia²⁸. Neste sentido, a questão axiológico-normativa constitui um quebra-cabeças em termos epistemológicos, como já deixámos dito. A óbvia falta de critérios de externalidade que garantem em termos de

²⁵ Supra 6.1.

²⁶ Neste sentido, em geral, Figueiredo DIAS e Costa ANDRADE, *Criminologia. O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, op. cit., pp. 365-395.

²⁷ Sobre a culpa especificamente, Fernando Conde MONTEIRO, *Consequências Jurídico-penais do Crime*, op. cit., p. 62.

²⁸ Sobre em geral o fenómeno da complexidade, Fernando Conde MONTEIRO, “Algumas Reflexões Sobre o Direito Penal a Partir da Psicanálise”, *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, nº 15, 2012, p. 73; IDEM, “Reflexões Sobre o Sentido das Democracias Atuais”, in Maria Clara Calheiros et al. (coords), *Direito na Lusofonia, Direito e novas tecnologias*, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, Centro de Investigação em Justiça e Governação (Jusgov), 2018, pp. 85-93.

objetividade a validação de quaisquer asserções é um óbice simplesmente incontornável. De resto, o aspeto empírico-sancionatório, para além de ser imbuído por questões axiológicas de impossível resolução epistemológica, esbarra com problemas empíricos de solução até agora impossíveis de ter lugar.

A subsistência, não obstante, do direito penal/ciência jurídico-penal/criminologia, encontra a sua base fundamentalmente no plano crencial. As suas proposições fundamentais não encontram guarida no plano empírico e muito menos o plano axiológico é sustentável de *per se*. Mais, a ilogicidade, as contradições com dados empíricos, ou a sua ausência quando tal deveria ter lugar constituem constantes de todos os sistemas jurídico-penais: crencionismo derivado da quebra de regras lógicas, da contradição com dados empíricos relevantes ou da sua ausência simplesmente.

É, assim, algo que revela constantes epistemológicas de natureza disruptiva, também presentes nas denominadas ciências sociais, de que de resto faz parte²⁹.

Em última análise, participam do *dasein* geral, tal como a humanidade comumente participa, ou seja, revelam-se humanas, assim mesmo.

A consideração deste tipo de fenomenologia é naturalmente fundamental para se tomar consciência da mesma e assim agir nesta ou noutra via, de pés assentes na terra e não como “cegos guias de cegos”, ou seja, imbuídos de crenças, mas ignorando tal facto (dogmatismo puro).

²⁹ Fernando Conde MONTEIRO, “Algumas Reflexões Epistemológicas sobre o Direito Penal”, *op. cit.*, p. 760.

ACQUIS CONVENTIONNEL DA DIGNIDADE INERENTE ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Filipe Venade de Sousa*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.18>

1. Introito

Antes de tudo, o presente texto presta-se à sincera homenagem à saudosa Professora Doutora Benedita Ferreira Silva Mac Crorie Graça Moura. Devo dizer que se trata de um ato solene do reconhecimento mais elementar à sua pessoa pela humanidade, respeito e simpatia. Tive o enorme privilégio de a conhecer, conversar e dialogar enquanto professora e colega durante meu período de estudos na Escola de Direito da Universidade do Minho. Muito particularmente, eu e a Professora Doutora Benedita conversávamos, muitas vezes, sobre a temática relativa à dignidade da pessoa humana e a sua articulação com pessoas com deficiência em específico.

Por esta razão, este artigo pretende homenageá-la, lembrando e compreendendo este tema. Especificamente, pretende compreender o conceito e função da dignidade da pessoa humana à luz da Convenção das Nações

* Investigador colaborador do JusGov da Escola de Direito da Universidade do Minho.

Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, designada por CDPD, dando um contributo panorâmico na interpretação deste conceito e alcance da dignidade inerente¹.

2. Prolegómenos histórico-jurídicos da dignidade da pessoa com deficiência

Apesar do uso comum e reiterado, tanto no Direito (Inter)nacional como na jurisprudência (inter)nacional, o Direito da Convenção – refere-se à própria CDPD – pode fornecer alguns elementos pertinentes para reduzir a debilidade normológica relativa ao conteúdo da dignidade da pessoa humana.

A CDPD menciona repetidamente a expressão “dignidade” ao longo do texto convencional. Torna-se fonte inspiradora do Direito das Pessoas com Deficiência, que traduz uma manifestação axiológica e jurídica da própria Convenção.

Da parte do preâmbulo nas alíneas a)², h)³, y)⁴. E, por outro lado, no texto normativo, especificamente nos artigos 1º⁵ e 3º⁶. Estas menções têm em consideração a evolução e influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Particularmente, no âmbito das pessoas com deficiência, por exemplo, a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes Mentais (1971), a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes (1975) e as Regras Gerais sobre a Igualdade de Oportunidades para as Pessoas com Deficiência (1993).

¹ O presente texto corresponde, em complemento, ao meu artigo publicado: “A multifuncionalidade da dignidade da pessoa humana e as pessoas com deficiência”, *Scientia Iuridica*, nº 349, 2019; IDEM, *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com deficiência no ordenamento jurídico português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2018.

² “Relembrando os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, que reconhecem a dignidade e o valor inerente a todos os membros da família humana e os seus direitos iguais e inalienáveis como base para a fundação da liberdade, justiça e paz no mundo”.

³ “Reconhecendo também que a discriminação contra qualquer pessoa com base na deficiência é uma violação da dignidade e valor inerente à pessoa humana”.

⁴ “Convictos que uma convenção internacional abrangente e integral para promover e proteger os direitos e dignidade das pessoas com deficiência irá dar um significativo contributo para voltar a abordar a profunda desvantagem social das pessoas com deficiências e promover a sua participação nas esferas civil, política, económica, social e cultural com oportunidades iguais, tanto nos países em desenvolvimento como nos desenvolvidos”.

⁵ O objeto da presente Convenção é promover, proteger e garantir o pleno e igual gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e *promover o respeito pela sua dignidade inerente*.

⁶ Os princípios da presente Convenção são: a) *O respeito pela dignidade inerente*, autonomia individual, incluindo a liberdade de fazerem as suas próprias escolhas, e independência das pessoas.

A alínea a) do preâmbulo da CDPD repete o espírito invocado pelas declarações referenciadas: “Reafirmando a sua fé nos direitos humanos e liberdades fundamentais e nos princípios da paz, da dignidade e valor da pessoa humana e da justiça social, proclamados na Carta” e, a nível literal, aproximando às Regras Gerais: “Reafirmando o compromisso assumido na Carta de defender os direitos humanos e as liberdades fundamentais, a justiça social e a dignidade e valor da pessoa humana”.

A alínea h) do preâmbulo da Convenção tem origem influenciada pelas Declarações da ONU sobre a Eliminação da Discriminação Racial (1963) e Contra as Mulheres (1967) e, posteriormente, pelas Convenções da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (1979) e contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984). Captando, com base nestes instrumentos internacionais, afirmações consideradas pertinentes, com devidas adaptações para os contextos das pessoas com deficiência: a discriminação contra as pessoas com deficiência é incompatível com a dignidade humana violando, com gravidade qualificada, o respeito da dignidade humana que dificulta a participação destas pessoas, nas mesmas condições, do exercício da dignidade, na vida quotidiana. Consequentemente, os direitos e liberdades fundamentais consagrados resultam do respeito pela dignidade inerente a todas e quaisquer pessoas com deficiência. Esta discriminação contra as pessoas com deficiência em razão da deficiência em si mesma, na medida em que nega ou restringe o seu *status* de ser humano, qualifica-se arbitrariamente discriminatória e constitui uma afronta à dignidade da pessoa humana.

Por seu turno, essencialmente, o artigo 1º da Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes Mentais (1971) considera genericamente que “A pessoa deficiente mental tem, na máxima medida possível, os mesmos direitos que os demais seres humanos”. E, há alguns anos, a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes (1975) reforça o conceito normativo do direito à dignidade humana no seu artigo 3º: “As pessoas deficientes têm o inerente direito ao respeito da sua dignidade humana. As pessoas deficientes, independentemente da origem, natureza e gravidade das suas incapacidades e deficiências, têm os mesmos direitos fundamentais que os seus concidadãos da mesma idade, o que implica, primeiro que tudo, o direito a gozar uma vida digna, tão normal e plena quanto possível”. Esta referência da dignidade da pessoa com deficiência

que corresponde, historicamente, em virtude das declarações *soft law* assumida pela Convenção no seu artigo 1º, um direito fundamental ao respeito da dignidade humana *lato sensu* com características próprias associadas.

Em textos transcritos pode-se ver que as referências das declarações *soft law* e da CDPD à dignidade se centram no *status* da pessoa com deficiência enquanto ser humano respeitado. Trata-se de um atributo intrínseco correspondente ao *status* desta pessoa. Consequentemente, trata-se de uma conceção social da deficiência que se centra no respeito da dignidade humana, tanto na dimensão intrínseca como extrínseca.

3. Interpretação autorizada do Comité Internacional e dignidade da pessoa humana

O Comité Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência – CoDPD – interpreta essencialmente a CDPD com diversos aspetos relacionados com a dignidade da pessoa humana através dos comentários-gerais e, em certa medida, decisões no âmbito do Protocolo Facultativo à CDPD – PoCDPD.

Em 2014, o CoDPD no seu comentário-geral nº 2 (2014), relativo à acessibilidade, considera que “as pessoas com deficiência devem ter igualdade de acesso a todos os bens, produtos e serviços abertos ao público ou de uso público de uma maneira que garante seu acesso efetivo e em condições de igualdade e respeite sua dignidade.” (cf. nº 13). Mais uma vez, a acessibilidade é inerente ao respeito pela dignidade inerente.

Posteriormente, em 2017, em relação ao artigo 19º da CDPD, relativo ao direito à vida independente e ser incluído na sociedade, o CoDPD no seu comentário-geral nº 5 (2017) refere, explicitamente, que este direito fundamental é baseado pela formulação clássica da DUDH: “princípio fundamental dos direitos humanos de que todos os seres humanos nascem iguais em dignidade e em direitos e todas as vidas têm o mesmo valor” (cf. nº 2) e, sobretudo, é ainda invocado pelo princípio do respeito pela dignidade inerente em virtude do artigo 3º, alínea a) da CDPD. O mesmo Comité sinaliza que “o artigo 19º reflete a diversidade dos enfoques culturais existentes em relação com a vida humana e assegura um conteúdo

que não favoreça determinadas normas e valores culturais em detrimento de outro. A ideia de viver de forma independente e ser incluído na comunidade é um conceito básico da vida humana em todo o mundo e se aplica em contexto da deficiência” (cf. nº 8). O respeito pela dignidade inerente implica a existência e garantia da “vida humana” condigna das pessoas com deficiência que possam livremente desenvolver a sua personalidade pessoal e social. Ou seja, segundo o Comité, “a liberdade de circulação, um nível de vida adequado e capacidade de entender e fazer entender as próprias preferências, opções e decisões são condições indispensáveis à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da pessoa” (cf. nº 8). Em suma, a liberdade de eleição e de controlo são, em consonância com o respeito da dignidade, inerentes à autonomia individual, em virtude da alínea a) do artigo 3º da CDPD.

Em relação ao comentário-geral nº 6 (igualdade e não discriminação) (2018), o CoDPD sinaliza que a expressão “dignidade” aparece frequentemente ao longo do texto convencional em comparação com demais tratados internacionais, baseando-se nos artigos 1º e 2º da DUDH que proclamam que todas as pessoas são iguais em dignidade e em direitos. Consequentemente, o Comité considera que a igualdade e não discriminação estão intrinsecamente conectadas com a dignidade humana. Neste sentido, a igualdade e não discriminação e a dignidade humana são a “pedra angular de todos os direitos humanos” (cf. nº 4 e 6). A Convenção reforça a importância do reconhecimento explícito da dignidade da pessoa humana e seus valores inerentes e direitos iguais e inalienáveis, no seio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, na esfera das pessoas com deficiência.

Apesar da sua formulação genérica, o próprio Comité reforça uma compreensão conceitual e alcance da dignidade da pessoa humana para as pessoas com deficiência nos parágrafos 11 e 18 do comentário-geral nº 6. Em primeiro lugar, o parágrafo 11, introduz uma conceção multifuncional da “igualdade inclusiva” – que é o “novo modelo de igualdade que se desenvolve ao longo de toda a Convenção” – que abarca um “modelo de igualdade substantiva” com diversas dimensões: “(a) uma dimensão redistributiva justa para afrontar as desvantagens socioeconómicas; (b) uma dimensão de reconhecimento para combater o estigma, os estereótipos, os prejuízos e a violência, e para reconhecer a dignidade dos seres humanos e sua interseccionalidade;

(c) uma dimensão participativa para reafirmar o caráter social das pessoas como membros de grupos sociais e o reconhecimento pleno da humanidade mediante inclusão na sociedade; e (d) uma dimensão de adaptações para dar cabida à diferença como aspeto da dignidade humana”. Traduz-se que a igualdade inclusiva implica o respeito pela dignidade inerente nas suas interações humanas com a sociedade.

Sistematizando, à luz da jurisprudência do Comité, a justeza e redução das desvantagens socioeconómicas asseguram a vida condigna como questão da *dignidade social*; o reconhecimento social das pessoas com deficiência é a base do respeito pela *dignidade da pessoa humana*; a participação das pessoas com deficiência na sociedade em condições de igualdade com demais pessoais contribui para o respeito pela *dignidade inerente*; e, as necessidades legítimas e adaptações multifuncionais são proporcionalmente cabidas como aspeto da *dignidade humana*.

E, por outro lado, ainda mais concretamente, a definição da violação da dignidade da pessoa com deficiência quando se constitui uma discriminação “consequencial” resultante da afronta à dignidade da pessoa humana. O parágrafo 18, alínea d) define o “assédio” como afronta à dignidade inerente. Significa que é “uma de discriminação quando se produz um comportamento não desejado relacionado com a deficiência ou outro motivo proibido que tenha por objetivo ou consequência atentar contra a dignidade da pessoa e criar um ambiente intimidatório, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo. Pode ocorrer mediante atos ou palavras que tenham por efetivo perpetuar a diferença e opressão de pessoas com deficiência”. Tal demonstra que, mais uma vez, a violação da dignidade da pessoa com deficiência tem a ver com as características pessoais com base na deficiência, tratando a pessoa como ser inferior ou marginalizado pela sociedade.

4. O respeito da dignidade das pessoas com deficiência: diálogo entre a Constituição da República Portuguesa e a CDPD

Recorrendo-se à interpretação feita por Tribunal Constitucional nos seus acórdãos nº 101/2009 e 225/2018⁷, este órgão reconheceu, pela primeira vez, por efeito de *ad argumentandum tantum*, o conceito social da deficiência adotado pela CDPD no âmbito da procriação medicamente assistida. É interessante, a nosso ver, articular e comparar com o conceito e alcance da dignidade da pessoa com deficiência, à luz da CDPD.

Os artigos 1º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) e 1º da CDPD convergem na mesma finalidade, afirmando que o respeito da dignidade da pessoa humana é visto como uma matriz axiológica e normativa que guia as atuações estatais. Estas atuações políticas só ganham legitimidade política se respeitarem esta matriz basilar, tanto na CRP como na CDPD. Trata-se de uma dimensão essencialmente objetiva da função legitimadora da dignidade, no âmbito das medidas adotadas pelas autoridades públicas, de encontro com as suas respetivas competências.

⁷ “Acrece que, perspetivada a impossibilidade de engravidar nos casos previstos no nº 2 do artigo 8º da LPMA à luz de um conceito social de deficiência, tal como consagrado no artigo 1º, segundo parágrafo, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – aquelas pessoas ‘que têm incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que em interação com várias barreiras podem impedir a sua plena e efetiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros’ –, a gestação de substituição também pode constituir um importante fator de integração social (cf. o artigo 71º, n.os 1 e 2, da Constituição; quanto à referida Convenção, v. a Resolução da Assembleia da República nº 56/2009 e o Decreto do Presidente da República nº 71/2009[)]. A referida perspetiva é acolhida, por exemplo, no direito da União Europeia (cf. o Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de março de 2014, Z. (C-363/12), n.os 76 e 78-81; e, de modo especial, o nº 93 das conclusões do Advogado-Geral apresentadas nesse processo). De resto, ainda que numa perspetiva médica, esta foi uma consideração que também esteve presente no âmbito de iniciativas que culminaram na aprovação da Lei nº 25/2016 (cf. o Projeto de Lei nº 131/XII, 2012, do Partido Socialista: ‘[o] interesse primordial em tratar da doença da infertilidade implica que em certos casos existam exceções à proibição do recurso à maternidade de substituição [surgindo esta como] a última alternativa para superar a doença da infertilidade’). Todavia, insista-se, nada disto implica a aceitação de um direito fundamental à procriação por via da gestação de substituição, que, de resto, devido à essencialidade da intervenção voluntária de uma mulher disposta a suportar a gravidez por conta dos beneficiários e a entregar a criança após o parto, o Estado jamais estaria em condições de satisfazer diretamente. E, mesmo admitindo já *ad argumentandum tantum*, a compatibilidade da gestação de substituição com a salvaguarda da dignidade humana, conforme exigido pelo artigo 67º, nº 1, alínea e), da Constituição, a verdade é que o entendimento de que o acesso à PMA heteróloga não é constitucionalmente imposto (v. o Acórdão nº 101/2009) prejudica uma imposição desse tipo quanto à regulação da gestação de substituição, porquanto esta pressupõe o recurso àquela. E, de todo o modo, a relativa novidade de tal prática e as incertezas quanto aos efeitos, de longo prazo, da sua utilização apontam igualmente no sentido desse instituto jurídico não dever ter-se por constitucionalmente imposto. Assim, entende-se, mais modestamente, que a permissão a título excecional da gestação de substituição, nos termos do artigo 8º da LPMA corresponde a uma opção do legislador que, além de não ser arbitrária, favorece bens constitucionalmente protegidos e, como tal, não deve ser afastada sem razões fortes”.

Os princípios fundamentais da CDPD, consagrados no seu artigo 3º, guia as finalidades constitucionais para proteger a dignidade da pessoa com deficiência no seio da sociedade. Ou seja, estes princípios convencionais são considerados como um critério orientador das atuações estatais que regulam, delimitam e densificam os conteúdos normativos relativos aos direitos e liberdades fundamentais. A dignidade da pessoa humana é um dos princípios que convive com demais princípios para legitimar a sua função axiológica e normativa em relação às atuações estatais, no âmbito das pessoas com deficiência. Quer dizer que o respeito da dignidade humana implica a harmonização e a maximização dos princípios fundamentais para aplicar, em conjunto, na concretização e revelação do catálogo dos direitos e liberdades fundamentais. Se não há autonomia, afeta a dignidade. Se existe discriminação em razão da deficiência, afeta a dignidade e valor intrínseco da pessoa com deficiência. Se não garante acessibilidade, afeta o exercício da dignidade social no seio da sociedade.

Nem CRP nem CDPD qualifica explicitamente a dignidade da pessoa humana como um autêntico direito fundamental próprio⁸; contudo, a dignidade da pessoa humana serve como um guia primordial na concretização, delimitação do conteúdo dos direitos e liberdades estabelecidos e revelação destes direitos consagrados no seio dos catálogos dos direitos tutelados pela CRP e pela CDPD, como um todo⁹. Pode-se dizer que a CRP e CDPD conferem o respeito da dignidade da pessoa com deficiência a uma unidade de sentido, de valor e de coerência ao catálogo dos direitos e liberdades fundamentais consagrados¹⁰.

Apesar da carga axiológica e alcance prescritivo nos artigos 1º da CRP e CDPD, a própria CDPD densifica, indiretamente, o conteúdo prescritivo do respeito da dignidade dessa pessoa¹¹; contrariamente, a declaração *soft law* de

⁸ Contudo, Sousa defende a existência do direito fundamental ao respeito da dignidade da pessoa humana, v. Filipe Venade de SOUSA, *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com deficiência no ordenamento jurídico português*, op. cit., pp. 180-183.

⁹ Entre outros, Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2007, p. 45; Jorge MIRANDA e António CORTÊS, “Artigo 1º”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 77-78; Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 198.

¹⁰ Com adaptações, Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 4.ª edição, Coimbra, 2008, p. 197.

¹¹ Veja os exemplos do conteúdo relacionado com o respeito da dignidade da pessoa com deficiência, v. Filipe Venade de SOUSA, *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com deficiência no ordenamento jurídico português*, op. cit., pp. 182-183.

1971 reconhece expressamente o direito ao respeito pela dignidade. O conteúdo do respeito pela dignidade da pessoa humana acaba por ser, mais e menos concreto e, sobretudo, a sua densificação genérica ainda é insuficiente para a invocação do direito fundamental em sede própria. Entretanto, a função aplicativa e interpretativa do respeito da dignidade é, consoante as necessárias articulações de suas diversas dimensões relacionadas com o catálogo dos direitos e liberdades fundamentais¹².

O respeito da dignidade da pessoa com deficiência constitui um contexto específico, no sentido de que toda e qualquer pessoa com deficiência é um ser humano igualmente digno, merecedor de tutela constitucional, com as devidas adaptações para as suas especificações socio-históricas e sociopolíticas, inerentes às condições condignas do exercício dos direitos e liberdades na sociedade¹³.

O conteúdo do respeito da dignidade inerente implica a necessidade de proteger a dignidade da pessoa com deficiência, mediante entendimento heurístico, relativo à fórmula do objeto desenvolvido por Günter Dürig e, sobretudo, Jorge Reis Novais¹⁴.

Adaptando-se ao caso das pessoas com deficiência, a sua dignidade é violada quando a própria pessoa é vista como um mero objeto em vez de ser titular de pleno direito, em razão da sua deficiência, para negar o seu *status* do ser humano¹⁵. O artigo 1º da CDPD impede que os Estados adotem eventuais medidas alheias às finalidades primordiais convencionalmente assumidas. O respeito da dignidade implica ainda o reconhecimento do estatuto do titular de pleno direito que possa exercer, no quadro do exercício da dignidade e autonomia individual, os seus direitos e liberdades fundamentais. O Tribunal Constitucional no seu acórdão nº 225/2018 define que “o princípio da dignidade da pessoa humana também postula um valor intrínseco de cada ser

¹² Filipe Venade de SOUSA, *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com deficiência no ordenamento jurídico português*, op. cit.

¹³ Filipe Venade de SOUSA, *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com deficiência no ordenamento jurídico português*, op. cit., pp. 164-175.

¹⁴ Jorge Reis NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana. Vol. II: Dignidade e inconstitucionalidade*, Coimbra, Almedina, 2016.

¹⁵ Filipe Venade de SOUSA, *Direitos Fundamentais das Pessoas com Deficiência e Jurisprudência Multinível*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021, pp. 519-521; IDEM, “A multifuncionalidade da dignidade da pessoa humana e as pessoas com deficiência”, op. cit., pp. 49-63.

humano, assumindo a sua integridade e uma capacidade de autodeterminação em razão da autonomia ética”.

A instrumentalização lesiva da dignidade da pessoa com deficiência tem a ver com a gravidade que afeta, em função das circunstâncias concretas, o valor intrínseco – e não instrumental – desta pessoa e, sobretudo, a afetação instrumentalizada do seu exercício no desenvolvimento da personalidade¹⁶. Ou seja, segundo o mesmo acórdão “Somente a instrumentalização que anule ou desconsidere essa autonomia pessoal, no presente ou para o futuro, pode ser considerada degradante porque reduz a pessoa a uma coisa ou objeto e, como tal, violadora da dignidade humana”. Esta instrumentalização é avaliada em função das circunstâncias concretas e do grau de gravidade impactante do reconhecimento, gozo e exercício do titular de pleno direito em razão da deficiência em si mesma, transformando como mera coisificação alheia às finalidades convencionais¹⁷. Vejamos adiante em sede mais aprofundada.

5. Reinterpretação do significado e alcance da dignidade da pessoa com deficiência

5.1. Conceção inclusiva da dignidade da pessoa com deficiência e valor inerente

Importa, no entanto, referir que a dita Convenção não determina exatamente qual é a conceção de dignidade, que reconhece e salvaguarda como norma autónoma. Contudo este conteúdo é interligado e conectado com o catálogo de direitos e liberdades que assume a conceção da dignidade, os alcances e efeitos no âmbito do determinado direito ou liberdade consagrado.

O conceito da dignidade é inclusivo para todas e quaisquer pessoas com deficiência. O artigo 1º da CDPD formula, objetivamente, que as pessoas com deficiência são iguais em dignidade e, portanto, devem ser tratados com igual respeito.

A alínea h) do preâmbulo da Convenção faz a distinção entre “dignidade” e “valor inerente”, dando a entender que o “valor inerente” dispõe de

¹⁶ Filipe Venade de SOUSA, “A multifuncionalidade da dignidade da pessoa humana e as pessoas com deficiência”, *op. cit.*

¹⁷ Filipe Venade de SOUSA, “A multifuncionalidade da dignidade da pessoa humana e as pessoas com deficiência”, *op. cit.*

um conceito autónomo e próprio. Contudo não significa que é independente do conceito matriz da dignidade. Assim, a dignidade é considerada como um valor em si mesmo e a pessoa com deficiência enquanto ser humano possui um valor, intrínseco e extrínseco, que é inerente ao exercício de dignidade na sociedade.

A leitura atenta da DUDH e CDPD diz-nos que a dignidade é “intrínseca” e “inerente” a “todos os membros da família humana”. Esta referência entende que a dignidade é a existência e personalidade humana constituída da pessoa com deficiência, que dispõe de uma dignidade em condições de igualdade com os demais “membros da família humana”.

As pessoas com deficiência são “iguais em dignidade”, segundo o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). O não reconhecimento da existência do ser humano “livre e igual em dignidade e em direito” (conforme o artigo 1º da DUDH) ou estatuto jurídico correspondente às pessoas com deficiência por razões alheias ao artigo 1º da DUDH e, sobretudo, artigo 1º da CDPD, constitui uma violação flagrante da dignidade inerente porque também constitui um atentado ao “valor inerente à pessoa humana” em virtude da alínea h) do preâmbulo da CDPD. Esta alínea não deixa margem de dúvida ou ambiguidade: a discriminação contra qualquer pessoa com deficiência por razões relacionadas com deficiência constitui, conseqüentemente, uma violação da dignidade, por um lado, e ao valor inerente à pessoa humana, por outro.

Tendo em conta as especificações axiológicas e normativas da CDPD, os valores baseados no modelo dos direitos humanos têm a ver com abordagens e, sobretudo, com a percepção de que as pessoas com deficiência são plenos titulares de todos os direitos, como qualquer outra pessoa. Gerard Quinn e Theresia Degener¹⁸ identificam os valores pertinentes para os contextos destas pessoas: a dignidade, a autonomia, a igualdade e a solidariedade. Por conseqüente, são os valores axiológicos que correspondem a um “ser humano como sujeito e não como objeto”¹⁹.

¹⁸ Gerard QUINN e Theresia DEGENER, *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, ONU, 2002, pp. 19-22.

¹⁹ Gerard QUINN e Theresia DEGENER, *Derechos humanos y discapacidad...*, op. cit.

Sem dúvida, a dignidade humana é a pedra basilar dos direitos humanos. A dignidade da pessoa humana implica a conceção social da deficiência que afirma que toda e qualquer pessoa com deficiência têm “um valor inestimável e nada é insignificante. As pessoas têm de ser valorizadas não só porque são úteis do ponto de vista económico ou outro, mas sim pelo seu valor intrínseco”²⁰. Implica o reconhecimento e existência do valor intrínseco inerente a todas as pessoas com deficiência que têm “um papel e um direito na sociedade que tem de atender, com absoluta independência de toda consideração de utilidade social ou económica”²¹. Segundo o entendimento kantiano, todas as pessoas com deficiência são um fim em si mesmas e não um meio para fins de outros. Mais uma vez, a viabilidade e não exclusão destas pessoas contribuem para o respeito da dignidade humana, bem como dos seus valores inerentes.

A dignidade inerente à pessoa com deficiência não é um conceito isolado, pois, conjuga-se com os demais fins estabelecidos pela Convenção²². Conceitualmente, a raiz da dignidade da pessoa com deficiência reside no respeito que é devido a todas as pessoas, independentemente das suas condições, e da noção de que todas contribuem, invariavelmente, para a diversidade humana, devendo assim reduzir-se as desvantagens das pessoas com deficiência, promovendo a sua plena participação, com iguais oportunidades, em todos os aspetos da vida civil, política, económica, social e cultural²³. Enquanto ser humano, enquanto membro da família humana, e que contribui para a diversidade humana, deve beneficiar de igual consideração e a ter direito ao gozo e exercício dos seus direitos, devidamente consagrados, devendo cada Estado Parte assegurar que estes são cumpridos²⁴.

A dignidade inerente a toda e qualquer pessoa com deficiência, radica na essência qualitativa do ser humano que é dotado de uma singularidade que faz parte da mesma humanidade que pertencem, igualmente, todos os

²⁰ Gerard QUINN e Theresia DEGENER, *Derechos humanos y discapacidad...*, op. cit.

²¹ Gerard QUINN e Theresia DEGENER, *Derechos humanos y discapacidad...*, op. cit.

²² Filipe Venade de SOUSA, *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico português*, op. cit., p. 164.

²³ Filipe Venade de SOUSA, *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico português*, op. cit.

²⁴ Filipe Venade de SOUSA, *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico português*, op. cit.

seres humanos, independentemente do estado pessoal²⁵. Todas e quaisquer pessoas com deficiência são *todos os seres humanos* que são condignamente tratados com a mesma consideração humana, em igualdade de condições com as demais pessoas sem deficiência. A deficiência em si mesma não define a medida da dignidade humana nem determina o grau do valor humano das pessoas com deficiência. A dignidade da pessoa humana é reconhedora de todos os seres humanos, independentemente do tipo e grau de deficiência.

5.2. A função e alcance da dignidade da pessoa com deficiência

A dignidade inerente às pessoas com deficiência em virtude dos artigos 1º e 3º da CDPD estabelece uma função axiológica, normativa e principiológica do *corpus iuris* da Convenção ao longo do texto convencional. Estas dimensões multifuncionais têm como ponto de partida o reconhecimento e garantia do respeito da dignidade de todas e quaisquer pessoas com deficiência que valem como matriz essencial da Convenção para todas as áreas do Direito e, sobretudo, o catálogo dos direitos e liberdades fundamentais consagrados.

Como resultado, a dignidade inerente às pessoas com deficiência assume uma densidade axiológica e materialmente normativa, em contexto específico dos direitos e liberdades atribuídas às pessoas com deficiência. Pode-se dizer que é tratado como uma objetivação da tutela dos direitos e liberdades reconhecidas às pessoas com deficiência que passa a adquirir um significado próprio, de ordem axiológico e normativo ao longo do texto convencional, à luz da dignidade da pessoa humana em contexto correspondentes aos direitos e liberdades das pessoas com deficiência.

À luz dos artigos 1º e 3º da CDPD, a dignidade da pessoa com deficiência, em virtude da sua condição de norma fundamentadora, objetivada e principiológica impõe, essencialmente, limites na margem de atuação estatal e implica que este tenha como mandato a Convenção, dirigido ao Estado, que proteja e garanta o respeito da dignidade das pessoas com deficiência e cria as condições necessárias para que aquelas pessoas possam gozar e exercer

²⁵ Filipe Venade de Sousa, *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico português*, op. cit., p. 166.

plenamente, no quadro dos direitos e liberdades consagrados, de acordo com a sua dignidade inerente.

Com base nisto, a Convenção dispõe de um catálogo de direitos e liberdades reconhecidas às pessoas com deficiência, normativamente estruturado. Com base nos princípios fundamentais do artigo 3º da CDPD e, sobretudo, é axiologicamente baseado no respeito, proteção e promoção da dignidade inerente às pessoas com deficiência. Tal, como se vê, não representa um valor abstrato, pelo contrário, corresponde a um valor concreto e objetivado pela Convenção inerente às pessoas com deficiência, enquanto propósito fundante da Convenção.

Além do mais, a própria ideia convencional da dignidade da pessoa com deficiência exige tais concretizações políticas como forma de realização da pessoa com deficiência na sociedade. Deste modo, estamos perante uma matriz essencial da Convenção, o Estado está obrigado a respeitá-la e a protegê-la.

O respeito da dignidade inerente, como propósito da Convenção, determina que o Estado adota todas as medidas necessárias para proteger e salvaguardar o respeito da dignidade da pessoa humana, eliminando eventuais obstáculos ao reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos que facilita, mediante condições necessárias, o pleno exercício da dignidade, tanto na dimensão pessoal como na dimensão social.

O respeito da dignidade da pessoa com deficiência tem uma função peculiar no sentido de, segundo a perspectiva kantiana, reconhecer o *status* do ser humano e, sobretudo, de impedir que a pessoa com deficiência seja considerada como coisificação – ou meio para o uso arbitrário por parte do Estado, instrumentalizando e considerando indignamente ao status desta pessoa com deficiência enquanto ser humano. De facto, toda e qualquer pessoa com deficiência preserva a existência da sua personalidade humana servindo como fim em si mesma. Vejamos adiante.

5.3. A articulação entre a dignidade da pessoa humana e a igualdade e não discriminação em razão da deficiência

O *nomen* da dignidade da pessoa humana é o denominador comum a todas e quaisquer pessoas, independentemente do tipo, grau ou natureza da deficiência.

O respeito pela dignidade inerente é axialmente guiado pelo Direito da Convenção como matriz transversal e comum do catálogo dos direitos e liberdades fundamentais em conjunto com demais princípios, igualmente axiais, para fundamentar este catálogo. Sublinha-se, efetivamente, que este significado não é visto como mera proclamação quebrada em palavra vazia; trata-se de uma autêntica concretização do Direito da Convenção com função principiológica e normológica em todo o texto jurídico-convencional.

A banalização da dignidade da pessoa humana no âmbito das pessoas com deficiência é incompatível com as finalidades do artigo 1º da Convenção: impede que as pessoas com deficiência sejam instrumentalizadas para negar a sua dignidade inerente. Não estamos a falar de múltiplas dignidades; mas sim de uma conceção inclusiva da dignidade com devidas adaptações, mas com a mesma matriz axiológica, principiológica e normológica.

O respeito pela dignidade das pessoas com deficiência assume um *príus* transversal, principiológico e fundamentador dos direitos e liberdades fundamentais consagrados pela CDPD. Sem este respeito, existe uma violação simultânea da discriminação e dignidade inerentes. A dignidade vincula-se ao valor intrínseco da cada pessoa com deficiência enquanto ser humano.

A alínea h) do preâmbulo da CDPD tem como pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa com deficiência que esta pessoa com deficiência não seja discriminada em razão da mesma. A igualdade humana implica que cada pessoa é diferente das demais pessoas, pois cada pessoa é uma e singular com toda a dignidade humana em condições de igualdade, tanto na dimensão axiológica como na dimensão jurídica do reconhecimento, gozo e exercício dos direitos.

O artigo 2º da CDPD dispõe de uma formulação objetiva e pertinente, que afirma que nenhuma justificação relativa às características pessoais, tipo, grau ou natureza da deficiência em si mesma pode ser, incondicionalmente, invocada para denegar, impedir, restringir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos e liberdades fundamentais inerentes às pessoas com deficiência. Traduz, claramente, que o respeito pela dignidade inerente não pode ser ilusório; antes de tudo deve ser prático e efetivo, vetando toda e qualquer discriminação com base na deficiência.

É possível qualificar o respeito da dignidade da pessoa com deficiência como um direito fundamental específico e interseccional²⁶. Ou seja, é tratado como um direito inalienável ao respeito da dignidade que qualquer pessoa em condições de igual dignidade. Assim, a definição do direito ao respeito da dignidade consiste em afirmar que a Convenção reconhece que as pessoas com deficiência são titulares de pleno direito em condições de igualdade da dignidade com demais titulares, independentemente de deficiência. O estatuto da titularidade implica que as pessoas com deficiência dispõem de um reconhecimento e proteção da sua existência como ser humano – a espécie do núcleo da personalidade – em condições de igual dignidade com os demais titulares. Tal implica que os Estados Parte assegurem condições necessárias que possibilitem o pleno desfrute dos direitos e liberdades fundamentais, enquanto ser humano dotado de igual dignidade em qualquer circunstância²⁷.

Então, objetivamente, o Estado tem a obrigação incondicional de garantir, proteger e promover o respeito pela dignidade da pessoa humana de todas e quaisquer pessoas, designadamente, (i) abstendo-se de eventuais intervenções lesivas – ou instrumentalização lesiva – que afetam a dignidade da pessoa com deficiência; (ii) adotando eventuais medidas necessárias que promovam condições condignas para assegurar a “existência humana condigna em sociedade”²⁸; (iii) eliminando os obstáculos relacionados com o reconhecimento do estatuto da pessoa com deficiência enquanto ser humano que impeçam o exercício de plena dignidade em sociedade, entre outros exemplos.

A dignidade é violada quando existe um grave incumprimento estatal, nomeadamente com a negação ou exclusão do status da pessoa desigual na concretização e delimitação dos conteúdos relativos aos seus direitos e liberdades fundamentais. O respeito da dignidade da pessoa com deficiência requer eliminação das considerações discriminatórias sobre o que é ser pessoa e, sobretudo, as perspetivas de não instrumentalização das pessoas com deficiência como mero objeto, em vez de titular de pleno direito.

²⁶ Filipe Venade de SOUSA, *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico português*, op. cit., pp. 180-183.

²⁷ Filipe Venade de SOUSA, *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico português*, op. cit.

²⁸ Paulo OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2009, p. 565.

A igualdade violada também implica a dignidade violada. Como se determina a afetação da discriminação e dignidade? A tese defendida por Jorge Novais faz-nos sentido para fornecer os critérios pertinentes para apreciar a afetação da dignidade²⁹. Não se confunde a dignidade com a discriminação. São afetações autónomas, mas complementares.

Para significar isso, segundo fórmula igualitária, a pessoa com deficiência tem direito a ser igualmente tratado consoante as demais pessoas em condições de exercício da igual dignidade e, ainda, tem direito à igual consideração e respeito pelo Estado e sociedade em geral, em condições da igual dignidade do estatuto do ser humano.

Se a pessoa com deficiência é arbitrariamente discriminada, tal afeta a sua dignidade quando estiver desigualmente tratada ou desconsiderada em razão da condição intrínseca da pessoa com deficiência. Trata-se uma afetação indireta, mas autónoma da dignidade da pessoa humana. Jorge Novais afirma, fundamentalmente, que “o princípio da igualdade é, em última análise, uma concretização do reconhecimento constitucional da igual dignidade das pessoas humanas”³⁰.

A título de exemplo, usando critérios do mesmo autor, a dignidade é violada quando a pessoa com deficiência é arbitrariamente negada, por razão da sua condição intrínseca, tendo tratamento desigual, com o objetivo de desqualificar a própria pessoa em razão da deficiência em si mesma, ou mesmo “pretende induzir ou corresponder objetivamente uma ‘diferenciação’”³¹ entre as pessoas com deficiência e sem deficiência, recusando reconhecer a igual dignidade destas pessoas.

Outro exemplo: numa candidatura a uma vaga de emprego, a pessoa com deficiência é estigmatizada, humilhada e discriminada ao não ser igualmente tratada com respeito como pessoa, pois tratam-na como inferior ou excessivamente “especial”, sem considerar o seu igual estatuto de titular de pleno direito. Isso significa que se viola os direitos à igualdade e não discriminação em razão de deficiência, mas não só isso. Porque a gravidade

²⁹ Jorge Reis NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana. Vol. II: Dignidade e inconstitucionalidade*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 132-136.

³⁰ Jorge Reis NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana...*, *op. cit.*, p. 133.

³¹ Jorge Reis NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana...*, *op. cit.*, p. 134.

e natureza demonstrada de discriminação em razão de deficiência também constitui uma afronta à dignidade da pessoa humana.

Consequentemente, a violação do direito à não discriminação deve revelar a existência de critérios arbitrários, independentemente de ser “puramente ocasional, acidental ou indiferenciada”³², que tenham efeitos “estigmatizante ou humilhante ou assenta no preconceito social dirigido contra grupos ou categorias definidas em função da pertença ou integração num conjunto, numa classe ou numa categoria social particulares”³³, por exemplo, em função da deficiência.

6. Conclusões

Feitas tais considerações, é razoavelmente possível enxergar, concretamente, a compreensão acerca da dignidade inerente às pessoas com deficiência.

- (1) a dignidade da pessoa com deficiência é igualmente a dignidade do ser humano com características próprias. Esta dignidade dispõe de um valor axiológico e intrínseco a qualquer ser humano. Toda e qualquer pessoa com deficiência – entendendo a sua conceção *lato sensu* – é intrinsecamente digna e merecedora de um valor condigno para integrar, desde diversidade funcional na unidade da humanidade, a mesma família humana;
- (2) a dignidade da pessoa com deficiência implica o respeito da sua integridade humana, bem como sua existência de ser humano em condições de igualdade humana com as demais pessoas;
- (3) a dignidade da pessoa com deficiência implica o reconhecimento do pleno *status* do ser humano, respeitado e valorado pela sua singularidade, contribuindo para a diversidade funcional da humanidade;
- (4) A dignidade humana é reconhecedora do valor integral de toda e qualquer pessoa com deficiência enquanto ser humano. Quando

³² Jorge Reis NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana...*, *op. cit.*, p. 135.

³³ Jorge Reis NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana...*, *op. cit.*, p. 136.

se fala do valor integral significa que a dignidade é assumida pelas dimensões intrínsecas e extrínsecas, correspondentes à existência e formação da personalidade humana.

A própria Convenção salienta que a dignidade inerente às pessoas com deficiência apresenta uma dimensão intrínseca e extrínseca da singularidade humana, enquanto ser humano uno e indivisível do respeito pela sua natureza e condição humanas. A dignidade humana constitui-se como uma *conditio qua sine* ao garantir o reconhecimento a todas e quaisquer pessoas com deficiência, do gozo e exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais.

Estes direitos e liberdades respeitam a dignidade inerente e a sua interação indivisível com a plena autonomia pessoal e a independência individual, enquanto elemento característico do livre desenvolvimento da personalidade. Ou seja, estes elementos interligados possibilitam às pessoas com deficiência conformarem e orientarem a sua própria vida, incluindo o seu projeto de vida do ponto de vista pessoal, familiar, social e de outra natureza, revelando o respeito pelo seu espaço de autodeterminação na vida pessoal, civil, político, social, económico e cultural.

A VULNERABILIDADE EM FUNÇÃO DA IDADE COMO FATOR PREPONDERANTE NA CONFIGURAÇÃO DO PROCESSO PENAL MODERNO – *MAIS UM DIREITO PROCESSUAL PENAL?*

Flávia Noversa Loureiro*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.19>

1. Introdução¹

Compreender o papel que o direito penal pode ter na tutela de vítimas vulneráveis em função da idade parte, segundo cremos, da conceção que adotemos em relação quer à sua função, quer à sua legitimidade de intervenção. Na verdade, costumámos afirmar rotineiramente que o direito penal

* Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho; Investigadora Integrada do JusGov – *Research Centre for Justice and Governance*. E-mail: flavianl@direito.uminho.pt

¹ O texto que aqui se apresenta corresponde, com atualizações a mudanças de pouco significado, àquele que serviu de base à conferência que proferimos no III Encontro do Grupo Jorge de Figueiredo Dias, subordinado ao tema *A tutela penal das vítimas vulneráveis em razão da idade*, que teve lugar na Faculdade de Direito da Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa, em 3 de novembro de 2017. Não tendo ainda tal trabalho sido publicado, afigurou-se-nos que poderia fazer especial sentido dá-lo à estampa na homenagem sentida que pretendemos fazer à Senhora Prof. Doutora Benedita Mac Crorie, Colega com qual trabalhámos ao longo de quase vinte anos na Escola de Direito da Universidade do Minho.

(e sobretudo o direito processual penal) surgiu como forma de reação aos abusos cometidos pelo Estado, como instrumento de limitação do *ius puniendi* estatal em razão da necessidade de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos². Mais profundamente ainda talvez, é comum dizer-se que os próprios direitos fundamentais nasceram com esse recorte, como obstáculo a atuações desajustadas e excessivas dos poderes públicos – ou, porventura melhor, de um qualquer exercício de poder³.

De facto, os direitos fundamentais apresentaram-se, desde a sua génese, como direitos dos mais fracos, não no sentido de que pertencem apenas a um grupo e não à generalidade dos cidadãos (não pretendemos recusar a visão jusnaturalista ou a perspectiva internacionalista dos direitos fundamentais, para que Vieira de Andrade chama a atenção⁴), mas no de se terem moldado e afirmado através da constatação de que uma parte mais vulnerável da comunidade necessitava, em determinada matéria, de defesa, de proteção, perante a mais forte. Assim sucedeu, de facto, com os direitos fundamentais de primeira geração, encarados como direitos de liberdade, e que visaram, sobre todas as coisas, proteger os cidadãos das investidas do Estado, assegurar uma esfera última, um núcleo irredutível de liberdade individual ao qual o poder público não poderia aceder.

Assim, pedindo aqui emprestadas as palavras do brasileiro Eduardo Cambi, “os direitos fundamentais se revelam como os *direitos dos mais fracos* contra os que tinham mais força no estado de natureza hobbesiana (liberdade selvagem, presente do Estado de Natureza), contra o *absolutismo* dos poderes públicos (v.g. dos poderes políticos, até a sua separação, a representação popular, a responsabilidade política e o princípio da legalidade; do Poder Judiciário, até a sua sujeição à lei e o desenvolvimento de garantias penais e processuais; dos poderes administrativos e policiais, até a afirmação do princípio da legalidade no seu exercício e do seu controle jurisdicional), contra

² Nas palavras de Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Processual Penal*, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 24.

³ Cf. Benedita MAC CRORE, “Os direitos sociais em crise?”, in Mário Ferreira Monte *et al.* (org.), *Estudos em Comemoração dos 20 Anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 115-126, ou “Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares – Algumas notas”, in Cláudia Sofia Melo Figueiras *et al.* (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 141-150.

⁴ José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 15 e ss.

quem é mais forte economicamente no mercado capitalista (afirmando-se, v.g., os direitos trabalhistas, as regras que protegem a livre concorrência, a transparência nos negócios jurídicos e a defesa dos direitos dos consumidores), contra o absolutismo do poder doméstico (pela reforma do direito da família, com a promoção da igualdade entre seus membros e a adoção de regras que protegem as pessoas mais vulneráveis no meio familiar), contra quem é militarmente mais forte na comunidade internacional, acabando com o velho absolutismo da soberania externa dos Estados, bem como limitando (ou tentando limitar) o *neoabsolutismo* dos grandes poderes econômicos e financeiros transnacionais”⁵.

Sendo, pois, inquestionável a relação entre a ciência jurídico-criminal e os direitos fundamentais – a dispensar aqui qualquer ilustração para quem, como nós, assume o direito penal como um direito penal do bem jurídico –, não se nos apresenta como exógena a noção de vulnerabilidade. De facto, não só em sede de direito material ou substantivo se tem vindo a reconhecer, com cada vez maior premência, a necessidade de dedicar frações particulares de tutela a cidadãos vulneráveis, como igualmente o próprio direito processual tem acolhido especialidades e exceções que têm como justificação ou alicerce o reconhecimento de uma situação jurídico-processual particularmente frágil. E se é certo que uma tal tendência se tem vindo a acentuar, sendo até porventura relativamente nova a adoção deste conceito particular – vulnerabilidade –, a verdade é que a sua essência de há muito vinha sendo acolhida pelo legislador criminal.

2. A vulnerabilidade nas normas penais

Atente-se, exemplificativamente, na introdução, em 1998, da alínea b) do nº 2 do artigo 132º do CP, que aditou um novo exemplo-padrão ao tipo de homicídio qualificado (“praticar o facto contra pessoa particularmente indefesa em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez”), ou na alteração feita, em 1995, ao então artigo 152º (maus tratos e infrações de regras de

⁵ Eduardo CAMBI, *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*, São Paulo, Almedina, 2016, p. 120.

segurança), introduzindo a referência a “pessoa menor ou particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez”. E, com maior relevância ainda, não se podem esquecer, naturalmente, as normas penais estruturalmente pensadas para proteger vítimas vulneráveis – ou melhor, bens jurídicos que se repercutem particularmente na esfera de pessoas especialmente indefesas ou merecedoras de tutela –, como são todos aqueles tipos que visam tutelar de modo distintivo a liberdade e autodeterminação sexual de menores ou, sem pretensão de exaustividade, o crime de violação da obrigação de alimentos ou, obviamente, o de violência doméstica.

Tendo, portanto, em conta que o direito penal desde sempre teve a preocupação de intervir quando estejam em causa bens jurídicos carecidos de tutela, e que esta necessidade se sente, de modo particular, quando o valor, bem ou interesse que está a ser colocado em causa tem por fim proteger cidadãos particularmente fragilizados, seja qual for a razão de tal fragilidade, não pode negar-se, todavia, que vulnerabilidade é um conceito técnico-legal novo, de origem extra-jurídica⁶, que surgiu pela primeira vez no nosso Código Penal já neste milénio, através das alterações levadas a cabo pela Lei nº 99/2001, de 25 de agosto. Propositadamente escolhido para ser inserido num determinado núcleo temático, o conceito de vulnerabilidade (de situação de especial vulnerabilidade) surge-nos, aí, associado aos crimes de tráfico de pessoas, de lenocínio e de lenocínio de menores. Mais tarde (em 2007), viria ainda a ser chamado à colação no crime de burla qualificada.

Em todos estes, como se pode constatar, a noção de vulnerabilidade não vem adstrita a um qualquer adjetivo: não é vulnerabilidade de menores, não é vulnerabilidade de género, não é igualmente vulnerabilidade étnica ou religiosa, não é vulnerabilidade de pessoas de idade. É apenas vulnerabilidade, enquanto situação concreta da vítima que, naquelas exatas circunstâncias, a deixa fragilizada, diminuída ou especialmente indefesa face ao autor do crime.

Isto sucede nos tipos que expressamente elegem esta característica como um dos seus elementos, de modo a vincularem o agente a um determinado modo de execução que, nestes casos, está expressamente conexionado com a vítima selecionada e a relação que com ela estabelece o agente, mas já não

⁶ Cf. Xavier PIN, “Politique Criminelle et Frontières du Droit Pénal: Enjeux et Perspectives”, *Revue Penitentiaire et du Droit Pénal*, nº 1, jan.-mar. 2011, p. 97.

será assim, porventura, em todos aqueles casos em que a vulnerabilidade em causa é suscetível de gerar a identificação de um círculo de sujeitos jurídicos especialmente vulneráveis legitimador de uma específica intervenção do direito penal. Assim se tem passado, entre nós, com a proteção de menores e a atuação contra a violência de género, que nos últimos anos tem justificado atenta e detalhada intervenção do legislador. Mas já não sucederá – ou já não tanto assim –, como sublinha Paula Ribeiro de Faria, quando estamos perante crimes contra idosos, que não têm vindo a lograr tratamento autónomo, assistindo-se antes a uma não totalmente adequada “assimilação do regime de protecção jurídica das pessoas de idade ao regime de prevenção e combate à violência de género e da protecção de menores”⁷.

3. A vulnerabilidade nas normas processuais penais

Ora, concordando com a premissa – ou seja, não se nos afigurando correto tratar todas as vulnerabilidades como se fossem uma massa una e indistinta, pois que suscitam, cada uma delas, problemas e perspectivas particulares que não podem ser escamoteadas –, interessa-nos agora direcionar uma tal reflexão não propriamente para o direito penal substantivo, mas antes para o direito processual penal. E verificar se, também aí, este conceito de vulnerabilidade se tem vindo a implantar.

3.1. No Código de Processo Penal

Ao contrário do que sucedeu com o Código Penal, o Código de Processo Penal (CPP) não acolheu – senão muito recentemente – o conceito de vulnerabilidade. De facto, só com o aditamento do artigo 67º-A, feito através da Lei nº 130/2015, de 4 de setembro, pela primeira vez surgiu no CPP a referência a vítima vulnerável – no caso, vítima especialmente vulnerável – como sendo aquela cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua idade, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com

⁷ Maria Paula Ribeiro de FARIA, *Os Crimes Praticados contra Idosos*, Porto, Universidade Católica Editora, 2015, p. 85.

consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social⁸.

Deve sublinhar-se ainda que o n.º 3 do preceito fixa que as vítimas de criminalidade violenta e de criminalidade especialmente violenta são sempre consideradas vítimas especialmente vulneráveis. Não deixa de ser questionável, no nosso entendimento, esta solução encontrada pelo legislador, pois que não só lança mão de um catálogo relativamente amplo de crimes [nos termos do artigo 1.º, alínea j)], integram a criminalidade violenta todas as condutas que dolosamente se dirijam contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou a autoridade pública e forem puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 anos, enquanto, de acordo com alínea l) do mesmo preceito, quando tais condutas sejam puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 8 anos constituirão criminalidade especialmente violenta⁹), que por si só suscita dúvidas e dificuldades, como porque prescinde das qualidade subjetivas e circunstanciais que *a priori* parecem inerentes – até pelo conceito fornecido pelo legislador – à noção de vítima. Esta atribuição formal da qualidade de vítima especialmente vulnerável pode, quanto a nós, conduzir a situações pouco compreensíveis, como sejam aquelas que digam respeito aos crimes contra a autoridade pública (que fazem parte daquele leque).

Não significa isto dizer, obviamente, que até então o CPP desatendia em absoluto às circunstâncias particulares atinentes à vulnerabilidade de certo tipo de pessoas que, por razões diversas, tomavam contacto com o processo. Em particular, de há muito atende o processo penal português, em normas específicas previstas quer no CPP quer em legislação avulsa, aos dois grupos particulares de vítimas que acima identificámos e que são aqueles que – pensamos poder dizê-lo sem grande margem de erro – mais têm sido tratados como vítimas vulneráveis: os menores e as pessoas que sofrem de diferenciação de género (as mulheres, ainda e sobretudo, no nosso país).

Veja-se a este propósito, desde logo, as regras relativas à publicidade do processo, princípio fundamental do direito processual penal de matriz

⁸ Nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 67.º-A do CPP.

⁹ Como se sabe, os próprios conceitos de criminalidade violenta e especialmente violenta são extremamente discutíveis, mas, não cabendo essa análise no escopo deste trabalho, ater-nos-emos às definições legais.

acusatória e que conhece, desde a origem, derrogações específicas relacionadas com a posição da vítima e a necessidade de a proteger, sobretudo quando estão em causa determinados crimes. Confirma-se, nesse sentido, a possibilidade de exclusão da publicidade da audiência de julgamento prevista no nº 1 do artigo 321º, nomeadamente, quando haja a necessidade de proteger a vítima por estar em causa a discussão de aspetos íntimos ou da sua vida privada, nomeadamente quando se trate de crimes contra a sua liberdade e autodeterminação sexual, de tráfico de órgãos humanos ou de tráfico de pessoas (seja a vítima pessoa adulta, seja, por maioria de razão, uma criança ou adolescente), nos termos do artigo 87º, especialmente do seu nº 3¹⁰. E, de modo semelhante, as restrições à publicação pelos meios de comunicação social da identidade das vítimas de crimes de tráfico de órgãos humanos, tráfico de pessoas, contra a liberdade e autodeterminação sexual, a honra ou a reserva da vida privada, exceto se a vítima consentir expressamente na revelação da sua identidade ou se o crime for praticado através de órgão de comunicação social, nos termos da alínea c) do nº 2 do artigo 88º do CPP.

Não se esqueça, por outro lado, a possibilidade de arbitramento officioso de uma quantia para reparação dos prejuízos sofridos, prevista no artigo 82º-A do CPP, para os casos em que, mesmo não tendo havido dedução de pedido de indemnização civil, as particulares exigências de proteção da vítima o imponham. Norma, na verdade, que de há muito vem sendo apontada como um dos marcos da nossa legislação penal, entendida em sentido amplo, no que tange com a tutela da vítima e a necessidade de lhe atribuir específica proteção dentro do processo penal português¹¹.

De crucial importância neste exercício que pretendemos fazer é, inevitavelmente, o instituto de declarações para memória futura. Efetivamente, nos termos do artigo 271º do CPP, a utilização deste instrumento de limitação aos princípios da contraditoriedade, da oralidade e da imediação, não ocorre apenas em caso de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro de uma testemunha, que previsivelmente a impeça de ser ouvida em julgamento – ou seja, de provável impedimento de estar presente na audiência de julgamento –,

¹⁰ Neste caso, dá-se mesmo uma inversão da regra estabelecida, estabelecendo o legislador que a publicidade dos atos processuais é aqui, por regra, excluída.

¹¹ Cf., a propósito, Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 244-245.

mas igualmente quando esteja em causa a tomada de declarações a vítima de crimes de tráfico de órgãos humanos, tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual, sendo mesmo obrigatória esta inquirição antecipada quando estejamos perante crime contra a liberdade e autodeterminação de menor, nos termos do nº 2 do preceito¹².

Já nem sequer pedem referência, por totalmente desnecessárias, as normas relativas à constituição de assistente, figura através da qual, no recorte originário do CPP, a vítima (o ofendido) pode transformar-se em sujeito processual¹³.

3.2. Em legislação avulsa

De modo semelhante, mas desta vez chamando a atenção para normas avulsas, que dialogam com aquelas que estão estabelecidas no CPP, parecem-nos não dever ser desconsiderado o regime de proteção de testemunhas em processo penal, previsto, desde logo, na Lei nº 93/99, de 14 de julho¹⁴, pois que a intervenção das vítimas no processo-crime se faz muitas vezes – quando estas não se hajam constituído assistentes, desde logo – através da figura da testemunha. Estando a aplicação das medidas de proteção previstas neste diploma usualmente dependente de serem postos em causa, por força do contributo da testemunha para a prova dos factos objeto do processo, a sua vida, integridade física ou psíquica, liberdade os bens patrimoniais de valor consideravelmente elevados, a verdade é que elas se aplicam também, por força do nº 3 do artigo 1º da lei em causa, às pessoas especialmente vulneráveis, nomeadamente em razão da idade, ainda que não se verifiquem aqueles pressupostos.

Não nos dizendo cabalmente esta lei (muito embora o seu artigo 2º contenha uma norma com definições) o que deve entender-se por testemunha

¹² Estabelece o nº 4 do artigo 271º que, quando estejamos perante casos desta natureza, a tomada de declarações seja realizada em ambiente informal e reservado, com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e a sinceridade das respostas, devendo o menor ser assistido no decurso do ato processual por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito.

¹³ Cf. o que a este propósito dissemos em Flávia Noversa LOUREIRO, "A indeterminabilidade da vítima e a posição de assistente nos processos-crime de natureza económico-financeira", in Manuel Monteiro Guedes Valente (coord.), *IV Congresso de Processo Penal - Memórias*, Lisboa, Almedina, 2016, pp. 187-207.

¹⁴ E regulamentado através do Decreto-Lei nº 109/2003, de 22 de agosto.

especialmente vulnerável, deixa-nos todavia algumas pistas, nomeadamente no nº 2 do artigo 26º: a especial vulnerabilidade da testemunha pode resultar, nomeadamente, da sua diminuta ou avançada idade, do seu estado de saúde ou do facto de ter de depor ou prestar declarações contra pessoa da própria família ou de grupo social fechado em que esteja inserida numa condição de subordinação ou dependência.

Ou seja, quando num determinado ato processual deva participar certa testemunha, a autoridade judiciária avalia se esta será especialmente vulnerável e, quando assim considerar, providencia para que sejam asseguradas as condições necessárias ao acompanhamento e proteção dessas pessoas (com medidas que podem ir desde a utilização das já referidas declarações para memória futura até ao afastamento temporário¹⁵).

Tentando ainda um outro *apport*, parece-nos importante tomar em linha de conta o regime de concessão de indemnização às vítimas de crimes violentos e de violência doméstica, estabelecido pela Lei nº 104/2009, de 14 de setembro. Na verdade, muito embora este diploma não faça qualquer referência à vulnerabilidade da vítima, a verdade é que as situações que se destina a tutelar (violência doméstica, criminalidade violenta e criminalidade especialmente violenta) são, de há muito, encaradas como tipos de ilícitos geradores de vítimas vulneráveis – o que agora foi normativamente consagrado no já referido artigo 67º-A do CPP.

Uma referência é ainda devida à Lei nº 112/2009, de 16 de setembro, que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas, pois que também aí podemos encontrar o conceito de vítima especialmente vulnerável. Nos termos da alínea b) do artigo 2º desse diploma, é vítima especialmente vulnerável aquela cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua diminuta ou avançada idade, do seu estado de saúde ou do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social.

Ora, todo este mosaico – descontinuado, certamente lacunoso, mas também, a espaços, sobreposto – de proteção (processual) penal de vítimas vulneráveis sofreu em 2015 um abalo forte com a aprovação do já referido

¹⁵ Nos termos do artigo 31º da Lei nº 93/99. Cf. igualmente o artigo 19º do Decreto-Lei nº 190/2003, de 22 de agosto.

Estatuto da Vítima, através da Lei nº 130/2015, de 4 de setembro. Este Estatuto prevê um conjunto de medidas que visam assegurar a proteção e a promoção dos direitos das vítimas da criminalidade, transpondo para a ordem jurídica interna a diretiva 2012/29/UE, do Parlamento e do Conselho, de 25 de outubro¹⁶, e apresenta-se, nessa medida, como uma tentativa de tratar de modo integrado os diversos aspetos relacionados em os direitos das vítimas, nomeadamente (mas não só) quanto ao seu papel no processo-crime. Aí se fixa não apenas um rol de direitos próprios das vítimas de crimes, mas se estabelecem igualmente prerrogativas que podem ser exercidas diretamente no processo, como o direito à informação, à consulta dos autos e à assistência e tradução (nos termos do artigo 11º), ou o direito de recurso à vídeo ou teleconferência (artigo 23º), ou ainda o direito a medidas especiais de proteção quando estejam em causa vítimas especialmente vulneráveis (artigo 21º).

4. As questões emergentes: o papel das vítimas vulneráveis no processo penal português

Mais do que analisar aqui a complexa constelação normativa de proteção da vítima resultante da adoção do Estatuto em 2015 e a sua articulação com os normativos previamente existentes, interessa-nos, sobretudo, refletir um pouco sobre as consequências processuais penais que o reconhecimento progressivo – mas muitas vezes não harmonioso ou até um pouco desequilibrado – das vítimas vulneráveis enquanto intervenientes processuais autónomos se nos afigura poder suscitar.

O primeiro ponto de uma tal reflexão passa, necessariamente, pelo tão propalado debate em torno da re-centralização da vítima no processo penal, da imperatividade em devolver-lhe ou reforçar-lhe a voz dentro do direito processual penal, em entendê-la mesmo, para alguns, como sujeito paritário ao lado do arguido, a merecer do ordenamento jurídico-criminal português igualdade de armas. Não cabendo aqui aprofundar esta discussão, sempre

¹⁶ A diretiva estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho; disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0029&from=en>

diremos que o processo penal, não podendo desatender aos interesses das vítimas, sob pena de não cumprir as suas finalidades de pacificação jurídica e social, deve permanecer, quanto a nós, construído em torno da figura do arguido. As razões para que assim seja são sobejamente conhecidas, historicamente demonstradas e não carecem de enunciação nesta sede. Não significa isto dizer, porém, queremos deixar claro, que não deve o direito processual penal, na medida em que isso seja necessário e concatenável com os seus princípios, ter em conta as necessidades específicas das vítimas, sobretudo daquelas que estejam em situação de especial fragilidade ou vulnerabilidade.

Ora, o que nos parece imprescindível constatar – seja qual for o entendimento que cada um de nós tenha a respeito deste problema – é que temos assistido, de facto, a um alargamento do âmbito de intervenção da vítima no direito processual penal, tendo mesmo o legislador tentado erigi-la a sujeito processual. Temos dúvidas de que o tenha conseguido efetivamente, pois que não basta para isso inserir um artigo dentro do livro do CPP respeitante aos sujeitos processuais, mas é, antes, preciso configurá-la como interveniente dotado de meios para conformar efetivamente o andamento do processo, influenciando sobre a decisão da causa¹⁷, de acordo com a lição de Figueiredo Dias. De todo o modo, sempre se reconhecerá que vítima adquiriu foros de *participante processual qualificado*, dado o estatuto que quer o artigo 67^o-A, quer a Lei n^o 130/2015 lhe concederam.

Se assim é, afigura-se-nos que o passo seguinte terá de passar por verificar se a vítima vulnerável, enquanto espécie pertencente àquele primeiro género, encontra no direito processual penal português respaldo normativo. Ora, se é certo que, como constatámos, não existe univocidade de conceitos nem um tratamento uniformizado de todas as vítimas consideradas vulneráveis (ou especialmente vulneráveis, como tem recentemente preferido o legislador), parece-nos igualmente claro que o legislador tem vindo a criar um conjunto de normas especificamente dirigidas a momentos e/ou a processos em que as vítimas sejam vulneráveis. Uma tal atuação tem sido assimétrica, tem denotado uma maior importância concedida a algumas vítimas vulneráveis do que a outras, tem protegido preferencialmente

¹⁷ Jorge de Figueiredo DIAS, “Sobre os Sujeitos Processuais no Novo Código de Processo Penal”, in AAVV, *Jornadas de Direito Processual Penal: o novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 3 e ss.

menores e vítimas de crimes de género, deixando de parte ou tocando apenas tangencialmente outras vítimas vulneráveis, nomeadamente em função da idade avançada.

Ora, o reconhecimento da especial situação em que estas vítimas se encontram – e a respetiva ressonância através do estabelecimento de regras específicas que rejam a sua intervenção no processo –, correspondendo claramente, em alguns casos, a uma legítima necessidade de proteção especial de certas pessoas, não deixa de colocar entraves, por vezes bastante sérios, ao recorte do nosso modelo processual penal, à sua estrutura constitucionalmente implicada e aos princípios fundamentais que o caracterizam. E uma tal opção político-criminal tem obrigatoriamente de ser ponderada com cuidado particular, sobretudo quando – há de uma vez mais dizer-se sem medos, ainda que porventura em contracorrente com um certo discurso instalado – coloca em causa a posição de outros sujeitos processuais, mormente do arguido.

Naturalmente, diversos casos existem em que uma tal limitação é feita, não sendo os direitos de defesa do arguido direitos absolutos ou irrestritíveis, antes tendo muitas vezes de ceder face aos interesses legítimos de descoberta da verdade material (e face aos interesses das vítimas, como se vê). O que não pode suceder, por imperativo constitucional, é o aniquilamento ou total esvaziamento de um dos direitos ou interesses em causa – ou, juntaríamos nós como sinónimo, a sua transformação numa mera garantia formal sem tessitura ou densidade material efetiva.

Imagine-se, por exemplo, o caso de abertura de um inquérito para averiguação de um eventual crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor. Nos termos do artigo 271º do CPP e 24º da Lei nº 130/2015, a inquirição da criança tem de ser feita durante o inquérito, para memória futura, de modo a evitar, naturalmente, a vitimização secundária que decorreria de uma inquirição repetida e prolongada no tempo. Tal inquirição, se juntarmos a estas normas aquela que está vertida no artigo 28º da Lei de Proteção de Testemunhas, deve mesmo ser feita o mais brevemente possível após a ocorrência do crime. Sucede que, nessas hipóteses, pode ocorrer, no limite, que não haja ainda arguido constituído, por não se terem até esse momento recolhidos indícios sobre quem terá praticado o

crime. Tem entendido a maioria da jurisprudência¹⁸ e parte da doutrina¹⁹ que um tal facto não coloca em causa nem a possibilidade de realização nem a validade das declarações para memória futura em julgamento, pois que a lei exige apenas a presença de defensor, mesmo que o arguido não esteja ainda constituído, bastando uma tal presença para o respeito pelo princípio do contraditório e para garantir os direitos de defesa do arguido que vier a existir.

Não nos parece, porém, que um tal entendimento seja aceitável (nesta como noutras hipóteses, que aqui pretendemos apenas exemplificar), a não ser que se pretenda transformar as garantias processuais e os direitos de defesa numa mera afirmação formal, absolutamente desprovida de conteúdo. Não podemos, na verdade, pretender defender de tal modo os interesses da vítima – meritórios e atendíveis, como no caso em apreço – que acabemos por reenviar o arguido ao estatuto de mero objeto no processo²⁰, aquele a quem o processo é feito, o que o sofre, sob pena de transformarmos o processo penal num processo sobre as vítimas, a propósito de um ato praticado pelo arguido.

Julgamos não ser necessário explicar que não estamos aqui a defender um completo esquecimento da vítima, uma secundarização total dos seus interesses, um afastamento (ainda) maior entre esta e o processo. O que tememos, isso sim, é que a introdução sincopada de normas processuais penais (muitas vezes fora do CPP, em legislação avulsa) acabe por não ter em devida conta a necessidade de olhar para o regime como um sistema, erigido sobre uma sempre difícil e evolutiva tensão entre a necessidade de descoberta da

¹⁸ Ver, *v.g.*, os acórdãos do STJ de 25 de março de 2009, processo nº 09P0486 (<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0c66ad9dd8b980256b5f003fa814/6bc39042149ce2f2802575ac004c0baa?OpenDocument>), e de 7 de novembro de 2007, processo nº P.07P3630 [CJ (STJ)], 2007, T3, p. 242].

¹⁹ Cf. António GAMA, “Reforma do Código de Processo Penal: Prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 19, julho-setembro de 2009, pp. 398-399; António Miguel VEIGA, “Notas sobre o âmbito e a natureza dos depoimentos (ou declarações) para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais (ou da razão de ser de uma aparente ‘insensibilidade judicial’ em sede de audiência de julgamento)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 19, nº 1, janeiro-março de 2009, pp. 101-121; ou Cruz BUCHO, “Declarações Para Memória Futura, Elementos de Estudo”, 2002, disponível em www.trg.pt/ficheiros/estudos/declaracoes_para_memoria_futura.pdf. Em sentido contrário, devemos salientar as posições de José Damião da CUNHA, “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356º e 357º do C.P.P.)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 7, fasc. 3º, Julho-Setembro de 1997, 405, pp. 407-410; ou Joaquim MALAFAIA, “O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos atos de instrução e nas declarações para memória futura”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 14, nº 4, Outubro-Dezembro de 2004, pp. 537-539.

²⁰ Como repetidamente têm alertado, entre outros, Jorge de Figueiredo DIAS, “Sobre os Sujeitos Processuais no Novo Código de Processo Penal”, *op. cit.*, pp. 3 e ss.; e Manuel da Costa ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 117 e ss.

verdade material e a exigência de tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos. A introdução, neste modelo, de preocupações com a vítima, pode e deve ser feita, mas não pretendendo obter através dessa modificação um outro modelo processual, que se nos apresenta não sancionado constitucionalmente.

5. Considerações finais

Lançando mão da imagem que Silva Sánchez cunhou, vemos um número progressivamente crescente de “processos penais”, a multiplicar-se à medida que a realidade poliédrica exige do legislador e da sociedade uma nova tomada de posição, como se se tratasse, afinal, de distintos modelos processos penais a diferentes velocidades²¹. Corremos o risco, na verdade, segundo cremos, se continuarmos a autonomizar regimes, a criar exceções que rapidamente se torna mais largas do que a regra, a estabelecer desvios não suficientemente ponderados àqueles que são os princípios fundamentais do processo penal, de mantermos um direito processual penal garantístico, assente em uma estrutura acusatória e que busca a verdade material no respeito pelos direitos fundamentais, aplicável, todavia, a um cada vez menor número de casos, sem importância prática significativa, verdadeiramente residual. Uma etiqueta, diríamos. E de, ao lado dele, a vemos proliferar um conjunto de direitos processuais penais (temos já vários²²...) que se transformam na negação daquele símbolo.

Donde, a tutela da vulnerabilidade – das diversas vulnerabilidades – é necessária, e o nosso direito penal, *lato sensu*, tem de adaptar-se às exigências das sociedades plurais contemporâneas onde distintos grupos de sujeitos podem justificar ou exigir mesmo variações na forma de tutela. O que já não poderá suceder, em nossa opinião, é transformar essa salutar capacidade de adaptação numa encapotada forma de alteração do modelo.

²¹ Cf. Jesús-Maria SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999, a propósito daquilo a que denominou de direito penal de duas velocidades, e, depois, em *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001, alargou para três.

²² Pense-se na lei do cibercrime (Lei nº 109/2009, de 15 de setembro) ou na criminalidade económica e organizada e seus múltiplos normativos especiais (como a Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, ou a Lei nº Lei nº 36/94, de 29 de setembro).

É que, desde sempre, o processo penal se centrou em torno de uma vulnerabilidade: a do arguido. E se é certo que essa pode não ser a única pessoa vulnerável no processo, a questão que nos parece que temos de colocar-nos é a de saber até que ponto a disseminação de regimes e de estatutos especiais, criados no sentido de acautelar as distintas especificidades que compõem e vivificam a atividade judiciária de apuramento dos factos criminalmente relevantes e dos seus autores, não estará, na verdade, a colocar em causa as traves-mestras do nosso processo penal.

E, já que falamos em vulnerabilidades, talvez seja importante não esquecer – embora tenha de ficar para outra oportunidade o seu desenvolvimento – que há também arguidos especialmente vulneráveis, desde logo em função da idade. É curioso verificar que a tendência que vimos de assinalar se dá ao mesmo tempo que assistimos a uma diminuição da importância destas características, destas especiais vulnerabilidades, quando estejamos perante os autores do crime. Nos últimos anos, têm demonstrado as estatísticas e temos comprovado na prática, vem aumentado significativamente o número de idosos presos, gerando problemas sociais e humanos de muita relevância e enormes dificuldades logísticas e gestionárias nos nossos estabelecimentos prisionais, muito pouco preparados para corresponder às necessidades de uma população envelhecida²³. Parecemos todos muito pouco preocupados com esta vulnerabilidade. Vulnerabilidade qualificada ou à potência, se bem virmos, na medida em que para lá de estarmos perante um cidadão preso, temos um cidadão idoso preso, a quem muito rapidamente são negados – por incapacidade de resposta do nosso sistema prisional – direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. O mesmo se passa, naturalmente, com os menores (entre os 16 e os 18 anos), cada vez mais encarcerados em regime comum.

Se o direito penal e o direito processual penal surgiram para proteger os fracos, se a sua história se faz da tutela de vulneráveis face aos mais diferentes fatores, talvez não devamos esquecer mais esta especial vulnerabilidade, que ocorre a jusante, escondida dos olhos dos meios de comunicação social

²³ Cf. Ronald H. ADAY e Jennifer J. KRABILL, “Aging Offenders in the Criminal Justice System”, *Marquette Elder’s Advisor*, vol. 7, nº 2, 2006, disponível em <http://scholarship.law.marquette.edu/elders/vol7/iss2/4>; ou Anita N. BLOWERS, “Elders and the criminal justice system”, *Journal of Crime and Justice*, vol. 38, nº 1, 2015, pp. 1-8, disponível em <http://dx.doi.org/10.1080/0735648X.2014.931509>.

e dos grupos de pressão e, por isso, inexistente para a generalidade dos cidadãos. E talvez ela seja tributária, no fundo, de uma vulnerabilidade social, comunitária, que temos visto acentuada ao longo dos últimos anos: o fim da tolerância e da compreensão que nos merecem os nossos concidadãos, todos eles, mesmo aqueles que cometem crimes.

DIVERGÊNCIA ENTRE VONTADE E DECLARAÇÃO NAS DECLARAÇÕES EMITIDAS POR “AGENTES” DE *SOFTWARE*

Francisco ACP Andrade

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.20>

1. Introdução

O uso de “agentes” de *software* no comércio electrónico vem colocar uma série de novas questões ao Direito Civil. Este novo tipo de “agentes” de *software* será capaz de emitir declarações de vontade¹ e concluir acordos, por si só, sem que os utilizadores (humanos) tenham sequer consciência de que uma negociação contratual teve sequer início, quanto mais que um acordo contratual foi concluído. As possibilidades de actuação destes “agentes”, mais

* Escola de Direito da Universidade do Minho, JUSGOV – Centro de Investigação em Justiça e Governação, fandrade@direito.uminho.pt

¹ Poderá ser discutido se a vontade subjacente à declaração é do “agente” de *software* ou da pessoa em benefício da qual o “agente” atua. Mas a vontade terá que existir sob pena de um eventual negócio que venha a ser celebrado ter que ser considerado nulo. Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2021, p. 587. O modo tradicional de resolução desta questão é o da chamada “teoria da atribuição”.

ou menos inteligentes, baseadas em estados cognitivos e estados intencionais², acabam por nos forçar a analisar as possibilidades de aplicação das regras gerais de direito civil sobre divergências entre vontade e declaração nas declarações contratuais emitidas por “agentes” de *software*.

A intervenção destes programas no comércio electrónico traz consigo uma mudança radical na forma como entendemos algumas questões jurídicas, tais como sejam as matérias das relações entre vontade e declaração. A partir de agora poderemos, com efeito, vir a ter declarações de vontade e acordos já não gerados e concluídos “através de máquinas”, mas “pelas próprias máquinas, sem qualquer intervenção ou supervisão de um indivíduo” (humano)³ e, neste contexto, será interessante proceder a uma análise que vá para lá da própria questão da expressão de vontade e do consentimento, analisando a própria formação de vontade e a declaração, indagando se, e em que medida, será possível encarar a questão da divergência entre a vontade e a declaração⁴ a propósito de declarações emitidas por “agentes” de *software*.

2. Declaração de vontade e erro

A declaração de vontade é constituída por dois elementos diferentes – o elemento externo (a declaração em si mesma) e o elemento interno (a vontade em si mesma, a fonte real da declaração), e geralmente os dois são

² Cf. Giovanni SARTOR, “Cognitive automata and the Law: electronic contracting and the intentionality of software agents”, *Artificial Intelligence and Law*, vol. 17, nº 4, 2009, pp. 253-290.

³ Cf. Emily WEITZENBOECK, “Electronic Agents and the formation of contracts”, *ECLIP – Electronic Commerce Legal Issues Platform, International Journal of Law and Information Technology*, vol. 9, nº 3, 2001, pp. 204-234.

⁴ “[U]ma divergência (ou não coincidência) entre a verdadeira, a vontade real do declarante, e a vontade manifestada por ele”. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 588. Ver ainda, entre outros, M. D. ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1974; C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit.; José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil e Teoria Geral*, vol. II, op. cit.; Luís A. Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, op. cit.; António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral*, tomo I, Coimbra, Livraria Almedina, 2007; Fernando Andrade Pires de LIMA e João de Matos Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1967; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit.; José Alberto VIEIRA, *Negócio Jurídico – anotação ao regime do código civil (artigos 217º a 295º)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006. No que se refere à questão da relevância do erro, cf. Paulo Mota PINTO, “Requisitos de relevância do erro nos princípios de direito europeu dos contratos e no Código Civil português”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 43-139.

coincidentes⁵. Contudo, há situações em que não existe coincidência entre o que realmente foi querido e aquilo que foi expresso, entre a vontade real e a vontade declarada. Por outro lado, existe ainda a possibilidade de haver coincidência entre aquilo que foi querido e aquilo que foi declarado, mas numa situação em que a vontade tenha, na verdade, sido condicionada por uma motivação viciada, que a lei possa considerar como uma motivação ilegítima da vontade⁶.

Isto também poderá acontecer no caso de declarações emitidas por agentes de *software*, mas neste caso alguns autores entendem que a vontade “não está no agente electrónico, mas na pessoa ou entidade em cujo interesse o agente está a actuar”⁷. Contudo, mesmo considerando a noção de atribuição – proposta por Weitzenboeck – no sentido de que os actos do agente electrónico devem ser atribuídos ao utilizador humano, a verdade é que ninguém poderá antecipar exactamente o comportamento contratual do agente⁸, ou mesmo a boa fé da actuação do agente, considerando que o utilizador pode nem sequer ter sido directamente envolvido ou “consultado” pelo agente electrónico na execução dos actos que conduziram ao contrato⁹.

É fundamental referir a importância (e a viabilidade ou não) da aplicação das regras gerais sobre o erro aos contratos celebrados por “agentes” electrónicos¹⁰.

⁵ Cf. M. D. ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, *op. cit.*

⁶ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, *op. cit.* Cf. ainda António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral*, *op. cit.*, p. 781, que refere que, num dos casos apontados “a vontade, em si, formou-se devidamente; no entanto, algo interfere aquando da sua exteriorização, de tal modo que a declaração não corresponde à vontade real do sujeito: há divergência entre a vontade e a declaração”, enquanto no outro caso “o processo que leva à tomada de decisão do sujeito autónomo é perturbado: há um vício na formação da vontade”.

⁷ Cf. Victor Castro ROSA, “Contratação Electrónica”, in AAVV, *Lei do Comércio Electrónico Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 191-208.

⁸ Cf. Giovanni SARTOR, “Agents in Cyberlaw”, in AAVV, *Proceedings of the “Workshop on the Law of Electronic Agents – LEA 2002”*, Bolonha, Università Degli Studi, 2002.

⁹ Cf. Emily WEITZENBOECK, “Electronic Agents and Contract Performance: Good Faith and Fair Dealing”, in AAVV, *Proceedings of the “Workshop on the Law of Electronic Agents – LEA 2002”*, Bolonha, Università Degli Studi, 2002, pp. 67-73.

¹⁰ E não falamos apenas na questão do chamado “erro técnico”: “contractors who use an electronic agent would not be liable if they could prove that a technical mistake had occurred that was not due to negligence on their part”. Cf. Silvia FELLIU, “Intelligent Agents and Consumer Protection”, *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 9, nº 3, pp. 235-248, ponto 1.3.2. Esta autora refere a possibilidade, bem real, alias, de os contratos poderem ser concluídos por erro técnico, apontando a hipótese de fazer funcionar aqui o princípio da boa fé: “electronic suppliers would share the payment of the cost of confidence in electronic commerce” (ponto 1.3.2 in fine).

Em Portugal, o Decreto-Lei nº 7/2004, de 7 de Janeiro, refere, no seu artigo 33º, a contratação electrónica sem intervenção humana (ou contratação electrónica inter-sistémica) e estabelece que as regras gerais sobre o erro se aplicarão apenas em certas situações, quando se entender que há uma actuação¹¹:

- em caso de erro de programação, serão aplicadas as normas relativas ao erro na formação da vontade¹² [artigo 33º, nº 2, a)];
- em caso de funcionamento defeituoso da máquina, serão aplicadas as normas relativas ao erro na declaração¹³ [artigo 33º, nº 2, b)];
- Se a mensagem não chega ao destinatário exactamente como foi enviada, serão aplicadas as normas sobre erro na transmissão¹⁴ [artigo 33º, nº 2, c)].

A estas três situações previstas pelo Decreto-Lei nº 7/2004 corresponderá, então, a aplicação do preceituado nos artigos 251º (erro sobre a pessoa ou sobre o objecto do negócio), 247º (erro na declaração) e 250º (erro na transmissão da declaração), todos do Código Civil (CC).

Assim, de acordo com a lei portuguesa, é possível dizer que estas são as situações legalmente reconhecidas que conduzem à aplicação das regras do erro às declarações da contratação electrónica inter-sistémica.

Mas, não será este custo demasiado oneroso, não comportará um risco demasiado elevado para os fornecedores e utilizadores de agentes electrónicos?

¹¹ O modo como o texto legal aparece redigido indicia com bastante clareza que o legislador português pensou exclusivamente nas hipóteses de contratação electrónica inter-sistémica automática e já não nas de contratação electrónica inter-sistémica inteligente.

¹² Sobre as questões do erro nas declarações emitidas por “agentes” de software, cf. o nosso “O erro nas declarações emitidas por ‘agentes electrónicos’”, in AAVV, *Direito na Lusofonia. Direito e Novas Tecnologias*, Braga, Universidade do Minho – JUSGOV, 2018, pp. 95-100.

¹³ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 625.

¹⁴ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 630.

3. Vontade e declaração

Por outro lado, é sabido que a doutrina distingue as divergências entre a vontade e a declaração, em duas categorias distintas: as divergências intencionais (voluntariamente assumidas pelo autor da declaração) e as divergências não intencionais (e, portanto, não voluntárias)¹⁵. E, do modo como foi redigido o decreto-lei português relativo ao comércio electrónico, não restam grandes dúvidas de que foi assumido que apenas as divergências não intencionais relevariam na contratação electrónica inter-sistémica, e mesmo essas de um modo bastante restrito. Tendo isto em atenção, há que colocar uma questão decisiva: deveria o sistema jurídico encarar a hipótese (algo ousada) de considerar que um agente electrónico (ainda que podendo ser considerado como mera ferramenta ou instrumento usado por um indivíduo humano) pode ter uma vontade própria?

De facto, estamos perante novas formas de actuação autónoma e inteligente, através de complexos mecanismos ou programas inteligentes, capazes de operarem de forma totalmente autónoma por si próprias sem qualquer intervenção humana. Ou seja, estão a emergir sistemas computacionais capazes não só de operar automaticamente, mas também autonomamente. E as características destes novos agentes de *software* estão-se a tornar tão sofisticadas que temos já que considerar a possibilidade de agentes de software expressarem emoções, ou manifestarem certas características de uma verdadeira personalidade¹⁶. E a questão será sabermos até onde poderemos ir na consideração da inteligência e autonomia das entidades computacionais e de que modo se poderá considerar juridicamente a intervenção na nossa vida quotidiana e no comércio de novas formas de comportamento electrónico, tais como agentes electrónicos autónomos e inteligentes ou sistemas computacionais capazes de uma actuação autónoma no seu ambiente, em ordem à prossecução das finalidades e objectivos que lhe são cometidos¹⁷.

¹⁵ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 588.

¹⁶ Cf. G. BALL e J. BREESE, “Emotion and Personality in a Conversational Agent”, in Justine Cassel *et al.* (eds.), *Embodied Conversational Agents*, Massachusetts/London, The Mit Press Cambridge, 2000.

¹⁷ Isto, não obstante a Proposta de Regulamento para a Inteligência Artificial de 21 de Abril de 2021 parecer orientar-se claramente para uma ideia de “atribuição” aos humanos dos “efeitos” dos estados intencionais do *software*. Cf., propósito dos estados intencionais do software, Giovanni SARTOR, “Cognitive Automata and the Law: electronic contracting and the intentionality of software agents”, *Artificial Intelligence and Law*, vol. 17, 2009, pp. 253-290.

Tendo estas questões presentes, há que reconhecer em primeiro lugar que, na realidade, os agentes electrónicos inteligentes têm capacidades de aprendizagem, de raciocínio, de escolha, de decisão e até mesmo de iniciativa. E mesmo quando eles actuam por conta de um humano, ainda que pudessem ser considerados como “nuntius”^{18 19}, a verdade é que a sua actuação vai muito para além da simples transmissão da declaração de outrem, uma vez que eles têm um raciocínio e acção perfeitamente autónomos.

Este é o ponto de partida para a análise subsequente, destinada a indagar se é ou não possível equacionar a aplicação, com as devidas adaptações, das regras gerais relativas à divergência entre a vontade e a declaração, aos processos declarativos conducentes à emissão de declarações contratuais emitidas por agentes inteligentes de *software*.

Estes agentes de *software* já não se limitam à mera execução mecânica de operações pré-programadas, mas antes actuam de forma inteligente, autónoma e flexível, procuram “resolver problemas através de processos inteligentes”²⁰, manifestando capacidades de aprendizagem, de raciocínio, de decisão, ou seja, de certa forma, actuam uma vontade própria²¹. Estes agentes possuem como principais características a autonomia²², a reactividade²³, a pró-actividade²⁴ e a sociabilidade²⁵. De entre estas características, uma assume particular importância no sentido de equacionarmos a existência de uma verdadeira

¹⁸ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER, “Sobre a formação do contrato segundo os arts. 217º e 218º, 224º a 226º e 228º a 235º do Código Civil”, *Revista de Direito e Economia*, ano IX, nº 1-2, Janeiro/Dezembro de 1983, pp. 121-157

¹⁹ Cf. F. ANDRADE *et al.*, “Issues on Intelligent Electronic Agents and Legal Relations”, in Cláudia Cevenini (ed.), *The Law of Electronic Agents – Proceedings of the LEA 2004 Workshop*, Gedit edizioni, 2004, pp. 81-94.

²⁰ Cf. Paulo NOVAIS, *Teoria dos Processos de Pré-Negociação em Ambientes de Comércio Electrónico*, Braga, Universidade do Minho, Braga, 2003, p. 7.

²¹ Cf. Paulo NOVAIS, *Teoria dos Processos de Pré-Negociação em Ambientes de Comércio Electrónico*, *op. cit.*

²² “[O]s agentes operam sem a intervenção de outros agentes, e têm controlo sobre as suas acções e o seu estado de conhecimento interno”. Cf. Paulo NOVAIS, *Teoria dos Processos de Pré-Negociação em Ambientes de Comércio Electrónico*, *op. cit.*, p. 57.

²³ “[A]o agentes têm percepção do que ocorre no seu universo e respondem adequada e atempadamente a mudanças ocorridas nesse ambiente”. Cf. Paulo NOVAIS, *Teoria dos Processos de Pré-Negociação em Ambientes de Comércio Electrónico*, *op. cit.*, p. 58.

²⁴ “[O]s agentes são capazes de tomar a iniciativa, conduzindo as suas próprias acções segundo um comportamento que é dirigido por objectivos”. Cf. Paulo NOVAIS, *Teoria dos Processos de Pré-Negociação em Ambientes de Comércio Electrónico*, *op. cit.*, pág. 58.

²⁵ “[O]s agentes interactuam com outros agentes, comunicando com estes, competindo ou cooperando na resolução de problemas que entretanto lhes tenham sido colocados”. Cf. Paulo NOVAIS, *Teoria dos Processos de Pré-Negociação em Ambientes de Comércio Electrónico*, *op. cit.*, p. 59.

vontade no agente inteligente de *software*: a característica da pró-actividade, e a assunção de que o agente inteligente é capaz de definir as suas próprias estratégias de actuação, de acordo com os seus próprios objectivos. Ou seja, esta característica da pró-actividade indicia a existência de uma intencionalidade própria do agente electrónico²⁶. É que o agente inteligente de *software* é capaz de decidir²⁷ os modos e o quando da sua actuação, tendo em vista os objectivos que se propõe atingir²⁸. Assim, podemos dizer que tal como o homem age na prossecução de fins²⁹, também o agente inteligente, que possui uma base de conhecimento própria (que ele próprio actualiza e sobre a qual raciocina)³⁰, pondera as suas motivações³¹, os seus objectivos e decide e actua em conformidade com uma intencionalidade³² própria, da qual fazem parte crenças, desejos, intenções³³. De certa forma podemos dizer que o agente inteligente de *software* emula não só os comportamentos humanos como a

²⁶ “A intencionalidade é a capacidade que o agente apresenta para a definição de objectivos assim como de estratégias para os atingir”. Cf. Paulo NOVAIS, *Teoria dos Processos de Pré-Negociação em Ambientes de Comércio Electrónico*, *op. cit.*, p. 59.

²⁷ “O trabalho de um agente passa, necessariamente, pela tomada de decisão. A ligação entre o raciocínio lógico e a tomada de decisão passa por levar o agente a concluir se uma acção a ser executada é a mais indicada, baseando a sua escolha no seu conhecimento”. Cf. José Manuel Ferreira MACHADO, *Agentes Inteligentes como Objectos dum Sistema Distribuído de Realidade Virtual*, Braga, Universidade do Minho, 2002, p. 83.

²⁸ “Um agente tem de ser capaz de expressar os seus objectivos/metos e justificar as suas opções com base no seu conhecimento”. Cf. Paulo NOVAIS, *Teoria dos Processos de Pré-Negociação em Ambientes de Comércio Electrónico*, *op. cit.*, p. 133.

²⁹ “[A] acção é ontologicamente caracterizada pela finalidade porque o homem age na prossecução de fins”. Cf. José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil e Teoria Geral*, vol. II, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 129.

³⁰ “Na camada de raciocínio, o agente possui ferramentas, na forma de demonstração de teoremas, para processar a informação presente na camada de conhecimento. Um agente deve ser capaz de raciocinar com base em informação de índole genérica, a qual, porventura, pode ser incompleta. Por outro lado, e a partir desta camada, deve ser capaz de justificar quaisquer formas de raciocínio utilizadas ou adquirir novo conhecimento, sobretudo sob a forma de novas experiências”. Cf. Paulo NOVAIS, *Teoria dos Processos de Pré-Negociação em Ambientes de Comércio Electrónico*, *op. cit.*, p. 88.

³¹ “Entre os motivos, há os que radicam no mero conhecimento da situação de facto e que esgotam na deliberação o seu significado. Mas há outros motivos que se transmudam em fins: são o porquê da acção, mas com a decisão transformam-se no para quê desta. São motivos que se projectam para uma mudança da situação antecedente”. Cf. José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil e Teoria Geral*, *op. cit.*, pp. 129-130.

³² “A intencionalidade é a capacidade que o agente apresenta para a caracterização de objectivos. Os agentes intencionais têm a faculdade de raciocinar, processando conhecimento. Os agentes intencionais são também denominados de agentes cognitivos”. Cf. José Manuel Ferreira MACHADO, *Agentes Inteligentes como Objectos dum Sistema Distribuído de Realidade Virtual*, *op. cit.*, p. 90.

³³ “Certas características próprias do ser humano têm vindo a migrar e a constituir-se como parte constituinte de agentes e Sistemas Multi-Agente. Os primeiros passos nesta área foram dados, entre outros, por Rao e Georgeff, que introduziram as arquitecturas tipo BDI (i.e., Beliefs, Desires, Intentions)”. Cf. Paulo NOVAIS, *Teoria dos Processos de Pré-Negociação em Ambientes de Comércio Electrónico*, *op. cit.*, p. 60.

sua maneira de raciocinar e decidir³⁴. Ora, assim sendo, há que questionar: haverá possibilidade de o agente, voluntária ou involuntariamente, se afastar na sua actuação, nas declarações negociais que emite, daquilo que é a sua “vontade”? E terá a “vontade” do agente electrónico relevância suficiente para permitir a aplicação das regras gerais do direito civil no que se refere às divergências entre a vontade e a declaração?

Já acima nos referimos à existência de uma intencionalidade própria dos agentes inteligentes, à possibilidade da sua actuação de acordo com crenças, desejos, intenções. Também nos parece não haver dificuldade à consideração de uma verdadeira vontade negocial (*Geschäftswille*) e mesmo de uma vontade do conteúdo da declaração (*Inhaltswille*) ou intenção do resultado (*Erfolgswille*) por parte dos agentes electrónicos³⁵. O agente electrónico inteligente analisa todos os elementos do negócio e actua de acordo com a sua vontade negocial, tendo em vista os seus objectivos próprios ou os que lhe são cometidos por terceiros (entendendo-se aqui que terceiros poderão ser tanto outros agentes electrónicos como pessoas singulares humanas). Na verdade, a vontade de acção (*Handlungswille*) existirá no agente electrónico inteligente, já que os seus actos são praticados voluntariamente (o agente actua com total autonomia) e conscientemente (o agente analisa todas as possíveis implicações da sua actuação)³⁶.

Precisados assim os contornos da atribuição de uma vontade aos agentes inteligentes de *software*, analisemos um pouco mais de perto as situações classicamente referidas pela Doutrina civilística, e tentemos equacionar as possibilidades da sua verificação num ambiente virtual operado através de

³⁴ A este respeito, não podemos deixar de fazer aqui uma referência aos mais recentes desenvolvimentos na área das chamadas Redes Neurais Artificiais – RNAs: “As RNA(s) são sistemas computacionais que emulam o funcionamento do sistema nervoso humano convertendo sinais de entrada em sinais de saída. São sistemas que permitem a representação do conhecimento e o desenvolvimento de operações de treino e de aprendizagem”. Cf. José Manuel Ferreira MACHADO, *Agentes Inteligentes como Objectos dum Sistema Distribuído de Realidade Virtual*, op. cit., p. 14; e Paulo NOVAIS, *Teoria dos Processos de Pré-Negociação em Ambientes de Comércio Electrónico*, op. cit., p. 96. Sobre as Redes Neurais Artificiais, ver ainda Paulo Alexandre Ribeiro CORTEZ, *Modelos inspirados na natureza para a previsão de séries temporais*, Braga, Universidade do Minho, Braga, 2002, pp. 6-9.

³⁵ “É a vontade de realizar um negócio jurídico de conteúdo correspondente ao significado exterior da declaração – e não um negócio diferente. É a vontade desse negócio determinado: uma vontade negocial específica e concreta, portanto; não apenas – como a vontade da declaração – uma vontade negocial genérica e abstracta”. Cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, 1983, p. 127.

³⁶ “A vontade de acção (*Handlungswille*). Consiste na consciência e vontade de comportamento. [O] serem estes actos praticados consciente e voluntariamente é que constitui a vontade de acção”. Cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, op. cit., p. 126.

agentes electrónicos inteligentes. Vamos então intentar analisar cada uma das figuras de divergência entre a vontade e a declaração – e posteriormente também dos vícios da vontade – tentando averiguar sobre a sua aplicação ou não ao mundo da contratação electrónica inter-sistémica inteligente.

4. Divergências entre a vontade e a declaração em actos negociais realizados por agentes inteligentes de *software*

4.1. Divergências não intencionais

Como foi referido supra, o Decreto-Lei nº 7/2004, de 7 de Janeiro, refere-se apenas, no seu artigo 33º, a três situações de divergência não intencional entre o declarado e a vontade, mas sempre na pressuposição de que estaremos perante relações electrónicas inter-sistémicas automatizadas em que a vontade não reside no computador ferramenta mas no utilizador humano. No entanto, para que a nossa análise sobre a contratação electrónica prossiga, devemos agora debruçar-nos sobre a contratação electrónica inter-sistémica inteligente e a possibilidade de a declaração corresponder a uma vontade própria, já não de um humano mas de um agente de *software* dotado de Inteligência Artificial.

Quanto aos casos de divergência não intencional, costuma a Doutrina civilística referir as seguintes hipóteses: a de erro obstáculo ou erro na declaração, a de falta de consciência da declaração e a de coacção física ou violência absoluta. São os casos referidos nos artigos 247º e 246º do CC.

4.1.1. Falta de consciência da declaração

Começemos pelo artigo 246º do CC. Prevê este artigo duas situações distintas³⁷. Na primeira, o declarante não tem de todo qualquer tipo de consciência de ter emitido uma declaração, ou seja, o comportamento do declarante é havido como declaração negocial, apesar de o próprio declarante

³⁷ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português, op. cit.*, pp. 615 e ss.

não ter tido consciência de que assim era³⁸. Imaginemos a seguinte situação: um agente móvel³⁹ acede a um sítio em que as regras de funcionamento de um determinado sistema electrónico de leilão não são por si conhecidas nem identificadas com o usual nos sítios electrónicos de leilões. O agente, pretendendo aceder a um sítio web onde decorre um leilão, transmite o seu endereço e assinatura electrónicos, procedimento habitual em outros sítios para que o agente seja admitido a participar no leilão. No entanto, no caso vertente, as regras do leilão, desconhecidas do agente, interpretam essa transmissão de endereço e assinatura como um assentimento a uma operação de compra. Ou seja, o agente actuou com uma determinada intencionalidade (a entrada ou admissão ao sítio em que decorre o leilão) mas o seu acto foi interpretado no ambiente em que o agente actuava como uma confirmação ou assentimento a um negócio determinado (ou, melhor dizendo, como aceitação de uma proposta contratual). Na verdade, segundo as regras particulares do sítio a que o agente acedeu, o comportamento do agente configurava uma verdadeira declaração negocial, mas a verdade é que o agente, desconhecedor de tais regras, não actuou na previsão de celebração de um qualquer negócio. A sua vontade não era emitir qualquer declaração negocial, mas apenas ser admitido ao sítio web e a uma eventual participação nos leilões aí decorrentes. Este caso, sendo protagonizado por um agente inteligente (móvel), é em tudo idêntico à previsão da primeira parte do artigo 246º do CC. Ou seja, de acordo com uma estrita aplicação das regras civilísticas, a declaração emitida pelo agente electrónico no caso vertente, não deverá produzir qualquer

³⁸ “[E]mbora exista a vontade de acção, falta a vontade de acção como declaração, a consciência de se assumir um comportamento declarativo ou a aparência de uma declaração”. Fernando Andrade Pires de LIMA e João de Matos Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1967, anotação ao artigo 246º. No entender de Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9ª edição, Coimbra, Almedina, 2002, p. 654, “trata-se de casos em que o autor do comportamento em questão não tem consciência de estar a emitir uma declaração negocial, o que significa, portanto, que não está efectivamente a fazê-lo. Não pode haver declaração negocial sem consciência da negocialidade e, nesta circunstância, nada mais existe do que uma simples aparência”. Carlos Alberto da Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina 2012, p. 491, refere o debate ocorrido na doutrina alemã, relativamente a saber-se se “para existir uma declaração, é necessária a consciência ou se basta a imputabilidade da declaração, embora falte a consciência respectiva”. No entanto, acrescenta o mesmo Autor que “No direito português existe norma expressa (o art. 246º), estabelecendo que a declaração ‘não produz qualquer efeito’, se não existe a consciência de se fazer uma declaração negocial”.

³⁹ Ou um agente dotado de mobilidade. “Um agente diz-se móvel quando se movimenta através da rede executando as tarefas de que foi incumbido e cumprindo objectivos”. Cf. Paulo NOVAIS, *Teoria dos Processos de Pré-Negociação em Ambientes de Comércio Electrónico*, *op. cit.*, p. 59.

efeito⁴⁰. No entanto, há que ressaltar a hipótese prevista na parte final do artigo: é que a falta de consciência da declaração pode ser devida a culpa do declarante. E neste caso, este ficará obrigado a indemnizar o declaratório. Ora, no caso em apreço, poderá acontecer que o acesso (ou autorização de acesso) de agentes electrónicos a sítios web, em que decorram leilões electrónicos, seja precedido de comunicação ao agente (através de mensagem electrónica) das regras de funcionamento do sítio e do leilão. Neste caso, a não leitura dessa mensagem pelo agente electrónico pode configurar uma falha ou até mesmo uma intenção deliberada do agente em manter-se desconhecedor das regras aplicáveis ao leilão em causa. Neste caso parece dever ser de presumir a “culpa” do agente de *software*. Claro que, nestes casos, a forma de efectivação da obrigação constante na parte final do artigo 246º (obrigação de indemnizar o declaratório) ficará dependente do modo como for assumida pela ordem jurídica a questão do consentimento nas relações jurídicas electrónicas inter-sistémicas inteligentes (fundamentalmente, de saber se o agente electrónico é considerado como uma mera ferramenta, ou como uma pessoa jurídica, ou como representante de um humano ou ainda de alguma outra forma que imponha determinada solução jurídica para essa questão).

4.1.2. Coacção física⁴¹

Bem diferente será a hipótese também prevista no artigo 246º do CC e que se refere à figura da coacção física. Neste caso, como bem referem Pires de Lima e Antunes Varela⁴², pode o declarante ter até (ou não) a perfeita

⁴⁰ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 615: “Em rigor não há nenhuma divergência entre uma vontade e a sua declaração”. E “a lei recusa à declaração qualquer efeito [ressalvado] o caso de a falta de consciência da declaração ser devida a culpa do declarante”. Fernando Andrade Pires de LIMA e João de Matos Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, op. cit., anotação ao artigo 246º. E, como refere Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 657, “caso o comportamento do autor seja culposo, isto é, se ele tiver culpa na falta de consciência e na criação dessa aparência de declaração negocial, incorrerá em responsabilidade civil e deverá indemnizar os danos que assim causar”. No mesmo sentido, cf. António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral*, op. cit., pp. 787-789, o qual, no entanto, aparece a defender “uma interpretação restritiva do art. 246º, nº 1, na parte relativa à falta de consciência da declaração”.

⁴¹ Ou “Coacção absoluta”. Cf. Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 652.

⁴² Cf. Fernando Andrade Pires de LIMA e João de Matos Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, op. cit., anotação ao artigo 246º. Cf., no entanto, C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 489, que estabelece a distinção entre coacção física ou absoluta e coacção moral ou relativa: “na coacção física ou absoluta o coagido tem

consciência de estar a emitir uma declaração, mas a declaração é emitida por força de uma vontade que lhe é totalmente alheia⁴³. Esta situação parece, à primeira vista, dificilmente equacionável na contratação realizada através de agentes electrónicos. No entanto, devemos pensar no caso em que um vírus ou programa malicioso se instala no agente e desata a enviar propostas contratuais para todos os sítios e parceiros contratuais com os quais o agente em causa havia entrado em contacto⁴⁴ e cujos endereços constavam da sua memória. (Esta é uma situação que pode também verificar-se na contratação electrónica inter-sistémica automatizada). Na verdade, neste caso, haverá declarações contratuais emitidas (aparentemente) por um determinado agente, que utiliza um determinado login, *password* e assinatura electrónica. Mas na verdade, não é o agente que actua, mas outrem por si⁴⁵, ou mais precisamente, outrem que força a sua actuação em sentido não coincidente com a sua vontade. Na verdade, a vontade negocial do agente falta de todo neste caso e as declarações emitidas só o foram devido a uma força externa à qual o agente não conseguiu resistir. Pelo que, também aqui, as declarações “negociais” emitidas pelo agente inteligente deveriam ser consideradas como não produzindo qualquer efeito, nos termos do artigo 246º do CC⁴⁶.

a liberdade de acção totalmente excluída, enquanto na coacção moral ou relativa a liberdade está cerceada, mas não excluída (o coacto pode optar por outro comportamento, como sofrer o mal ou combatê-lo)”. No mesmo sentido, Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, p. 655, que refere ainda a necessidade de distinguir as situações de “coacção moral em que a ameaça é feita com o concurso de meios físicos”.

⁴³ “[P]ode existir a consciência da acção como declaração, mas falta de todo a vontade do declarante, por causa não imputável a este”. Cf. Fernando Andrade Pires de LIMA e João de Matos Antunes VARELA, *Código Civil Anotado, op. cit.*, anotação ao artigo 246º.

⁴⁴ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português, op. cit.*, p. 615: “No fundo, nem é bem o declarante que emite a declaração, mas aquele que exerce a força física sobre ele, servindo-se do declarante como instrumento”.

⁴⁵ Mas haverá que distinguir entre a coacção física (coacção absoluta) e a coacção moral com ameaça física. Cf. Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, p. 653: “enquanto na coacção moral existe vontade negocial, embora essa vontade tenha sido pressionada, influenciada, viciada pelo medo causado pela ameaça, na coacção absoluta não existe qualquer vontade negocial, nem sequer viciada”.

⁴⁶ No caso das declarações emitidas por agente inteligente de *software*, tornam-se menos nítidos os contornos da distinção entre “coacção física” e “incapacidade acidental”. No entanto, no caso de acção desencadeada pela presença de vírus, parece-nos evidente a existência de uma força ou programa estranho ao agente e que determina a sua acção num sentido que nunca seria querido pelo próprio agente, de acordo com as regras determinadas pela única acção da sua “vontade” ou “intenção” livremente formada.

4.1.3. Erro na declaração

Diferente destes casos é a previsão do artigo 247º do CC, relativa ao erro na declaração. Trata-se de uma situação em que o declarante quer uma coisa mas na realidade, por erro, diz outra⁴⁷. Heinrich Hörster distingue a este respeito duas situações tipo diferenciadas⁴⁸: “No primeiro caso, trata-se de um erro na própria declaração, ou no acto da declaração (engano no meio declarativo, *lapsus linguae*, erro mecânico, erro ortográfico, etc.); no segundo caso, trata-se de um erro sobre o conteúdo da declaração (erro sobre o sentido real ou significado do declarado no ambiente em que ele foi proferido)”⁴⁹. À primeira vista parece que este tipo de erros⁵⁰ dificilmente ocorrerá relativamente a declarações negociais emitidas por agentes electrónicos em geral, e em particular nas emitidas por agentes inteligentes⁵¹. É que estes programas inteligentes dificilmente se enganarão ou equivocarão. Podemos dizer que o equívoco é muito mais da natureza humana do que da natureza dos agentes de

⁴⁷ A questão do erro constitui uma área muito vasta e diversificada. Cf. António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, op. cit.*, p. 807: “O erro implica uma avaliação falsa da realidade: seja por carência de elementos, seja por má apreciação destes e, num caso e noutro, por actuação própria ou por intervenção, maldosa ou inocente, da contraparte ou de terceiros. As hipóteses possíveis são infundáveis”. No entanto, há que estabelecer a distinção entre erro na declaração e erro-vício, referindo, tal como o faz Paulo Mota PINTO, “Requisitos de relevância do erro nos princípios de direito europeu dos contratos e no Código Civil português”, *op. cit.*, p. 51, que “diversamente do Código de Seabra, o Código Civil de 1966 considerou, na regulamentação do erro, a distinção entre erro na declaração – isto é, o que importa um dissídio entre a vontade e a declaração (*aliud voluit, aliud dixit*) e erro-vício, incidente na formação da vontade”. Claro que aqui estamos ante a questão do erro na declaração, enquanto divergência entre o querido e o manifestado. Relativamente ao erro vício, enquanto vício da vontade, cf. infra o ponto 5.3.1. Já no que respeita ao erro entendido como divergência entre a vontade e a declaração, cf. Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, p. 699: “A divergência não intencional entre a vontade e a declaração ocorre sempre que o declarante inadvertidamente faz constar da sua declaração algo que não coincide com aquilo que queria declarar: é o erro na declaração, também designado erro-obstáculo (impede a expressão correcta da vontade negocial)”. Cf. ainda Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, 1983, p. 151: “Aqui o declarante diz o que não quer por inadvertência, engano ou equívoco. Emite a declaração divergente da sua vontade real sem dar por ela”. Ou, como aponta C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, pp. 492-493: “No erro-obstáculo, há uma divergência inconsciente entre a vontade e a declaração, mas há um comportamento declarativo do errante”.

⁴⁸ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Livraria Almedina, 1992, p. 561.

⁴⁹ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português, op. cit.*, p. 626.

⁵⁰ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português, op. cit.*, p. 626: “A delimitação entre o erro na própria declaração (Erklarungsirrtum; Irrtum in Erklärungsakt) e o erro sobre o conteúdo da declaração (Inhaltsirrtum; Verlautbarungsirrtum) não é sempre fácil. Mas a lei submete ambos ao mesmo regime; assim o problema da delimitação não tem grande relevância jurídica no âmbito do regime do erro”.

⁵¹ Estamos a referir tanto os casos de erro na própria declaração, como os de erro sobre o conteúdo da declaração. É que, como refere Heinrich Hörster “A delimitação entre o erro na própria declaração (Erklärungsirrtum; Irrtum im Erklärungsakt) e o erro sobre o conteúdo da declaração (Inhaltsirrtum; Verlautbarungsirrtum) não é sempre fácil”. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, p. 561.

software. No entanto, existe sempre a possibilidade de um bug informático ou até uma falha eléctrica causar uma declaração electrónica claramente errada. Imagine-se a seguinte situação: no decurso de uma negociação, entre agentes electrónicos, a uma série de propostas e contrapropostas, relativas a um determinado produto, situadas no espaço entre os 15 e os 45 euros, aparece uma declaração emitida por um agente que refere “447 euros”! Numa situação destas, muito provavelmente terá ocorrido uma qualquer falha informática que levou o agente a emitir uma declaração não conforme com a sua “vontade interna”, ou seja, com a sua estratégia de negociação para aquela concreta situação negocial. Neste caso parece claro, à luz do decurso da própria negociação entre os agentes e à luz da normal actuação de um agente inteligente, que a declaração foi emitida em erro, podendo portanto a mesma ser enquadrada na previsão legal do artigo 247º – a declaração negocial é anulável⁵². A menos que o erro em causa constitua um evidente erro de cálculo ou de escrita⁵³, o que em certos casos pode ser facilmente comprovado. Imagine-se uma declaração negocial incidindo sobre 9 unidades de um artigo, para o qual é proposto o preço unitário de 6 euros, e no entanto a declaração do agente electrónico apresenta um valor de 540 euros!!! Aqui parece evidente que este erro do agente electrónico se enquadraria na hipótese do artigo 249º do CC, que prevê a possibilidade de rectificação⁵⁴.

Pense-se agora numa outra hipótese, com base num exemplo adiantado por José de Oliveira Ascensão⁵⁵, relativamente a declarações negociais emitidas por pessoas singulares humanas, mas que bem o poderiam ser também por agentes electrónicos: “Abel encarrega Bento de levar a Carlos uma proposta de compra por 1.000 dólares americanos. Bento comunica 1.000 dólares australianos”. Claro que esta situação se centra em divergência surgida através de defeituosa transmissão da declaração por transmissário. Mas

⁵² “O acto é anulável e não nulo, e a anulabilidade depende de o destinatário da declaração conhecer ou dever conhecer a essencialidade para o declarante do elemento sobre que incidiu o erro”. Cf. Fernando Andrade Pires de LIMA e João de Matos Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, *op. cit.*, anotação ao artigo 247º.

⁵³ “[O] erro de cálculo ou de escrita constitui uma subespécie do erro na declaração, dando o direito à rectificação nos termos do art. 249º. Mas nem todo o erro de cálculo ou de escrita é relevante para efeitos do referido artigo”. Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, p. 565.

⁵⁴ “O simples erro de cálculo ou de escrita, revelado no próprio contexto da declaração ou através das circunstâncias em que a declaração é feita, apenas dá direito à rectificação desta”. Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, p. 566.

⁵⁵ Cf. José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil e Teoria Geral*, *op. cit.*, p. 213.

imaginemos que a situação adquire novos contornos e se passa da seguinte forma: Abel encarrega B (agente de software) de comprar um determinado bem ou produto, por um valor até 1.000 dólares americanos. B contacta C (também agente de software) que está vendedor do produto em causa. E após uma proposta de C de venda do produto por 950 £ (novecentas e cinquenta libras inglesas), B aceita, sem reparar que a divisa em que estava a negociar era a Libra e não o dólar.

Questão a colocar neste caso é a de saber se, face à parte final do artigo 247º, o agente electrónico C (que aparentemente negociava em Libras) conhecia ou não que a negociação em dólares era um elemento essencial para o agente electrónico B. Esta questão pode suscitar muitas dúvidas que só poderão ser resolvidas, de uma ou de outra forma, perante as circunstâncias concretas do caso. Na situação aqui referida, podemos equacionar a possibilidade de o agente B ter formulado sempre as suas propostas em dólares e, por isso, o agente C conhecer, ou dever conhecer, que era em dólares que o agente B queria negociar. No entanto, a situação sub-judice, pode-se ainda complicar noutro sentido, de modo a tornar-se difícil a distinção entre o erro na declaração e o erro de escrita. Pensemos na possibilidade de, no caso anterior, os agentes negociarem em dólares australianos, mas o agente vendedor aceitar a proposta final em dólares americanos. Neste caso, poderíamos ser levados a pensar, pelo próprio contexto da negociação e pela troca de mensagens efectuadas, que estaríamos já perante um evidente erro de escrita, ao abrigo do artigo 249º do CC.

Como se vê, a distinção entre estes dois tipos de desconformidade (erro na declaração/erro de cálculo ou de escrita) entre o declarado e o “querido” nem sempre é evidente⁵⁶, muito menos nos casos de contratação electrónica inter-sistémica inteligente. E, no entanto, a lei prevê consequências diferentes para as hipóteses destes dois artigos. Assim, enquanto no artigo 247º se prevê expressamente a possibilidade de anulação da declaração⁵⁷, já no artigo 249º

⁵⁶ Cf. Fernando Andrade Pires de LIMA e João de Matos Antunes VARELA, *Código Civil Anotado, op. cit.*, na anotação ao artigo 249º referem que o erro de cálculo ou de escrita contemplado por este artigo “deve tratar-se de um lapso ostensivo, sob pena de o caso ficar sob a alçada do artigo 247º”.

⁵⁷ Mas com a reserva constante da 2ª parte do artigo: “desde que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro”, o que pode colocar sérias dificuldades à aplicação deste artigo em caso de troca de declarações por agentes electrónicos. Relativamente a esta questão, esclarece-nos Heinrich Hörster que “O elemento é essencial quando é decisivo para o declarante! Isto significa, pelo

se prevê apenas um direito à rectificação⁵⁸. Pelo que haverá que analisar todos os elementos disponíveis em cada caso para que seja feito um correcto enquadramento legal da situação. O Decreto-Lei nº 7/2004, de 7 de Janeiro, no seu artigo 33º, nº 2, alínea b), relativamente às situações de contratação entre computadores sem intervenção humana, limita-se a mandar aplicar as regras sobre o erro na declaração às situações em que haja “funcionamento defeituoso da máquina”. Esta formulação pode merecer vários reparos, desde logo porque é extremamente vaga e genérica. Por um lado, não refere com rigor o que entende por funcionamento defeituoso da máquina. Já acima referimos a hipótese de funcionamento defeituoso por efeito de vírus informático e o modo como a acção desse tipo de programas, que se instalam sobre outros, alterando o normal modo de funcionamento destes, poderá equivaler a uma nova espécie de coacção física “electrónica”. Parece-nos evidente que esta situação se configura como algo diferente daquela outra, também já referida, em que o erro provém de bug informático do próprio agente ou sistema informático, ou de uma falha decorrente até de falha eléctrica. Por outro lado, o artigo 33º, nº 2, alínea b), também nada diz relativamente à distinção entre os casos de erro na declaração propriamente dito e de erro de cálculo ou de escrita, limitando-se a mandar aplicar as regras sobre o erro na declaração. Mas tratando-se a hipótese do artigo 249º do CC uma subespécie do erro na declaração⁵⁹, pensamos que também esta hipótese haverá de ser equacionada em aplicação do artigo 33º, nº 2, alínea b), e em sede de análise do erro proveniente de declaração emitida por agente de *software*.

menos no âmbito da conclusão de um contrato, que o elemento é essencial quando for necessário, no sentido do art. 232º”. Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 562. Atente-se ainda no que Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 700, refere a este propósito: “Mas a essencialidade, só por si, não é suficiente: é ainda necessário que a mesma essencialidade seja conhecida, ou não deva ser ignorada, da outra parte”. No entanto este Autor entende ser bastante “nas circunstâncias concretas do negócio, a outra parte devesse, com uma diligência normal, conhecê-la”. Atente-se ainda nos exemplos referidos por C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 495 e que, segundo este Autor, merecerão um tratamento especial.

⁵⁸ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 631.

⁵⁹ “Também o erro de cálculo ou de escrita constitui uma subespécie do erro na declaração, dando direito à rectificação nos termos do art. 249º”. Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 565. Como referem Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 700: “Em vez de se anular a declaração negocial, importa neste caso corrigi-la, desde que se verifiquem os pressupostos da correcção”.

4.2. Divergências intencionais

No âmbito já da divergência intencional, pressupõe-se a capacidade das pessoas singulares (humanas) de intencionalmente emitirem uma declaração não concordante com a sua vontade real, de modo a obterem uma vantagem para si próprio(s) ou uma desvantagem ou prejuízo para terceiro(s). São os casos de declarações negociais emitidas através de Simulação⁶⁰ e de Reserva Mental⁶¹, previstos pelos artigos 240º a 244º do CC. Esta situação que aparece com toda a naturalidade e clareza relativamente a declarações emitidas por humanos, pressupõe, no caso de contratação através de agentes electrónicos inteligentes, a necessidade de uma resposta a uma questão que vem sendo muito debatida entre os autores da área informática, e de um modo muito particular entre todos os que se dedicam às questões da Inteligência Artificial e do Comércio Electrónico realizado através de agentes e sistemas multi-agentes: pode ou não um agente electrónico inteligente deliberadamente omitir ou mentir? Parece que apesar de tendencialmente os agentes serem assumidos como verídicos, a possibilidade da mentira existe de facto⁶². A simples consideração desta possibilidade, na contratação electrónica inter-sistémica inteligente, força-nos a termos que encarar a possibilidade de ocorrência de divergências intencionais entre a vontade do agente e a sua declaração, força-nos a uma análise das figuras da Simulação e da Reserva Mental nos ambientes de Comércio Electrónico em que actuem agentes inteligentes de *software*.

⁶⁰ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 592.

⁶¹ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 611.

⁶² “[A]pesar dos agentes se assumirem como verídicos – dizendo ou expressando a verdade – trilharam o seu próprio caminho baseados na sua estrutura de crenças e atributos”. Cf. Luís Filipe de Quintas BRITO, *Uma abordagem Multiagente à problemática do comércio electrónico*, Braga, Universidade do Minho, 2003, pp. 95-96. E este autor vai mesmo mais longe ao considerar que “num mercado aberto, não pode ser assumido que os agentes sejam necessariamente verídicos” (pp. 96-97). Também José Manuel Ferreira MACHADO, *Agentes Inteligentes como Objectos dum Sistema Distribuído de Realidade Virtual*, op. cit., refere a pp. 90-91 que “[u]m agente pode, deliberadamente, passar informação falsa aos outros agentes”.

4.2.1. Simulação e reserva mental⁶³

É sobejamente conhecida a distinção entre estes dois tipos de divergência intencional entre a vontade e a declaração. Em ambos os casos se pressupõe a emissão de uma declaração não concordante com a vontade real do declarante, com o intuito de enganar alguém. A diferença essencial reside porém no facto de que, no caso da simulação, a declaração expressa (intencionalmente discordante da vontade real) resulta de acordo entre o declarante e o declaratário, no intuito de enganar terceiros⁶⁴; enquanto na situação de Reserva Mental, é apenas o declarante que emite uma declaração não concordante com a sua vontade real, agora com a intenção de enganar o próprio declaratário⁶⁵. Para o que aqui nos interessa, no entanto, o fundamental reside no comportamento do declarante (conluído ou não com mais alguém) que actua com intenção de enganar outrem⁶⁶. Poderá um agente inteligente de

⁶³ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., pp. 592 e ss. e 611-612. Cf. Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., pp. 678 e ss. e 695-696.

⁶⁴ Relativamente aos requisitos da simulação, cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 592 referem como pressupostos da simulação: “1) Uma divergência entre a declaração negocial e a vontade real do declarante; 2) Um acordo entre declarante e declaratário a este respeito. A existência deste acordo (o chamado ‘acordo simulatório’) significa que ambos conhecem a divergência que é, assim, intencional. 3) O intuito de enganar terceiros, que também é intencional”. Cf. António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral*, op. cit., p. 843, que refere também três requisitos: “um acordo entre o declarante e o declaratário; no sentido de uma divergência entre a declaração e a vontade das partes; com o intuito de enganar terceiros”. Cf. ainda Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, 1983, p. 150. No entanto, há que referir que a figura da Reserva Mental se subdivide em duas modalidades diferentes: reserva mental desconhecida e reserva mental conhecida do declaratário. Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 611. Cf. ainda Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., pp. 548-549. A estas duas modalidades correspondem efeitos diversos: “Tratando-se de uma reserva mental desconhecida do declaratário, ela não afecta a validade da declaração negocial, feita pelo declarante, que produz os seus efeitos normais como se não tivesse havido a reserva. [Quem] declarar conscientemente uma coisa ao contrário daquilo que realmente pretende, fica vinculado à sua declaração. Assim o exige o interesse do declaratário em ser protegido; assim também o reclama a necessidade da segurança do tráfico jurídico”. Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 548. Consequência diferente terá já a reserva mental conhecida do declaratário. Neste caso, a reserva tem os mesmos efeitos da simulação, e a declaração, consequentemente, será nula – artigos 244º, nº 2, e 240º, nº 2, do CC. Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 549. Cf. ainda Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., pp. 682-698; e C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., pp. 466-488.

⁶⁵ Cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, op. cit., pp. 215-216; C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 486; e Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., pp. 697-698. O que realmente releva é o intuito de enganar. E, como refere C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 488: “Nem sequer se exceptua expressamente o caso de ter havido uma boa intenção como, p. ex., tranquilizar um moribundo”.

⁶⁶ E não necessariamente prejudicar. É que a existência ou não do intuito de prejudicar já nos coloca perante uma outra distinção, aquela que a Doutrina estabelece entre simulação fraudulenta e simulação inocente. Cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, op. cit., p. 172: “A simulação diz-se fraudulenta quando foi feita com o

software actuar desta forma? Poderá um agente de *software* mentir, ou omitir informação, no sentido de enganar outro agente (ou até um humano) com o qual esteja negociando? Ou, acordar uma estratégia com outro agente, no sentido de enganar um terceiro (electrónico ou humano)?

É de referir aqui ainda o facto de a figura da simulação poder ser subdividida em duas categorias distintas: simulação absoluta e simulação relativa. Na primeira, as partes no negócio simulado não querem, na realidade, concluir negócio nenhum. Já na segunda, as partes querem efectivamente concluir um negócio, mas diferente do que aparece como concluído⁶⁷. De todo o modo, para que se possa falar de simulação, haverá que verificar a existência dos requisitos fundamentais desta figura⁶⁸.

A equacionação das hipóteses de simulação (absoluta ou relativa) ou de reserva mental em transacções operadas através de agentes inteligentes de *software* leva-nos a ter que responder a duas questões essenciais: a primeira (já enunciada supra), pode ou não um agente de *software* mentir, ocultar, enganar? Já vimos acima que a resposta a esta questão é positiva, o agente actua de acordo com uma determinada estratégia, em ordem à prossecução de determinados objectivos, e, assim sendo, existe uma real possibilidade de os agentes nem sempre declararem a verdade, ou não declararem toda a verdade, ou, para colocar a questão noutros termos, nem sempre actuarem

intuito não só de enganar mas também de prejudicar terceiros (de modo ilícito) ou de contrair a qualquer disposição legal (*animus nocendi*); e diz-se inocente quando só houve o intuito de enganar terceiros, sem os prejudicar (*animus decipiendi*). Cf. ainda C.A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, p. 467, que não deixa no entanto de apontar, face ao disposto no artigo 242º, n.ºs 1 e 2, do CC, “o escasso interesse civilístico da referida dicotomia”. É que, como referem Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, p. 683, “Os casos de simulação inocente não são frequentes: na maior parte das vezes, os simuladores agem com o intuito de enganar e prejudicar terceiros”.

⁶⁷ Cf. Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, p. 682: “Quando, sob a aparência criada com a simulação existir um negócio oculto, fala-se de simulação relativa; quando sob o negócio aparente nenhum negócio verdadeiro existir, fala-se de simulação absoluta”. Cf. ainda Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil – Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, p. 536. Cf. ainda C.A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, pp. 467-648. Cf. António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, op. cit.*, p. 844: “A simulação é absoluta quando as partes não pretendam celebrar qualquer negócio; é relativa sempre que, sob a simulação, se esconda um negócio verdadeiramente pretendido: o negócio dissimulado”.

⁶⁸ “1º uma divergência entre a vontade real e a vontade declarada; 2º o intuito de enganar terceiros (enganar não é a mesma coisa que prejudicar!); 3º um acordo entre declarante e declaratório, o chamado acordo simulatório”. Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil – Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, pp. 535-536. Atente-se que não é necessário que haja intenção de prejudicar o terceiro. Esta intenção pode verificar-se (estaremos então perante um caso de simulação fraudulenta) ou não (simulação inocente). Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil – Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, p. 537.

de boa fé. A segunda questão prende-se já não com a possibilidade de mentir, mas com o objectivo da mentira: porque mentirá (ou omitirá a verdade) um agente de *software*? Haverá alguma razão que leve um agente a simular um negócio ou a emitir uma declaração que não corresponde à sua vontade, com o intuito de enganar outrem? Poderá o agente, fruto da sua base de conhecimento (que poderá até incluir conhecimentos de regras jurídicas) e da sua experiência, ter interesse em adoptar um tal comportamento? Quais as razões que poderão levar um agente de *software* a, por exemplo, participar num negócio simulado? Poderá, com efeito, haver razões que levem o agente de *software* a emitir intencionalmente uma declaração que não corresponda à realidade e essas razões não serão muito diferentes daquelas que normalmente são apontadas para os casos de contratação entre humanos⁶⁹ – obter qualquer vantagem, enganando outrem ou o Estado. E a incorporação de bases de dados jurídicas, por exemplo, na Base de Conhecimento de um agente, poderá levar este a adoptar estratégias que, contornando certas regras, lhe possibilitem maximizar os resultados obtidos. Não nos parece, portanto, totalmente descabido equacionar a possibilidade de negócios simulados ou celebrados com reserva mental, ainda que os únicos participantes nesses negócios sejam agentes inteligentes de *software*. Ainda que para esse efeito tenhamos que considerar, com Manuel de Andrade, que a divergência entre a declaração emitida e a vontade do agente terá que ser “livre – querida e propositadamente realizada”⁷⁰. No nosso caso, pelo agente electrónico, claro!

⁶⁹ Heinrich Hörster refere a propósito da simulação, a possibilidade desta incidir sobre o valor do negócio: “(aqui pretendem-se vantagens económicas secundárias, não realizáveis sem a simulação; p.ex., uma menor carga fiscal por meio da ocultação de lucros realizados ou da apresentação de prejuízos não sofridos ou da indicação de um preço fingido ou de transferências invisíveis de capitais por via de sobrefacturação ou de subfacturação”. Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil – Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 543. Cf. também Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, op. cit., p. 202: “Um devedor pode prejudicar os seus credores com negócios simulados que diminuam o seu activo (alienações) ou agravem o seu passivo (assunção de novas obrigações)”.

⁷⁰ Cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, op. cit., p. 169.

4.2.2. Declarações não sérias⁷¹

Diferente das hipóteses acima referidas é a prevista pelo artigo 245º do CC, que nos refere o caso das chamadas “declarações não sérias”. Neste tipo de declarações existe também uma divergência intencional entre aquilo que é declarado e aquilo que é a vontade do autor da declaração, mas falta de todo o intuito de enganar (e *a fortiori* claro que também falta o intuito de prejudicar). Refere-se este artigo ao caso em que o declarante, não querendo enganar ninguém, age contudo “na expectativa de que o declaratário se aperceberá do propósito não sério que inspira a declaração”⁷². Ou seja, por vezes até para melhor ilustrar a sua vontade, o declarante afirma precisamente o contrário daquilo que quer, esperando que o declaratário compreenda o real sentido das suas palavras. A este propósito costuma a Doutrina falar de declarações jocosas, didácticas ou cénicas⁷³. Este será porventura o caso de divergência intencional entre vontade e declaração mais dificilmente equacionável a propósito das declarações emitidas por agentes inteligentes de *software*. Contudo, mesmo aqui é sempre possível considerar a possibilidade de, por exemplo, um agente electrónico emitir uma declaração apenas com o objectivo de demonstrar o absurdo de uma determinada proposta da contraparte (*demonstrationis causa*) e sem que haja, com toda a evidência, qualquer intenção de emissão de uma verdadeira declaração negocial, muito menos de aceitação de proposta. Imagine-se uma sessão ou ronda negocial, em que os valores apontados pelos agentes electrónicos envolvidos fossem os seguintes:

⁷¹ Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, *op. cit.*, p. 613. Cf. ainda Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, p. 654.

⁷² Cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, *op. cit.*, p. 151; C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, p. 488; e Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, p. 657.

⁷³ “Por declaração não séria designa o art. 245º nº 1, a declaração feita na expectativa de que a sua falta de seriedade não seja desconhecida por parte do declaratário”. Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, *op. cit.*, p. 613. Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil – Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, p. 549. Como referem Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Pais Leitão de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, p. 657, “nestes casos não existe verdadeiramente acção negocial, embora haja a sua aparência”. Cf., no entanto, o comentário de António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral*, *op. cit.*, p. 793: “A declaração não séria distingue-se da falta de consciência da declaração pela “expectativa de que a falta de seriedade não seja desconhecida”. Para este autor, tal expectativa “terá de ser objectivamente cognoscível, aquando da sua emissão e isso segundo critérios de normalidade e razoabilidade sociais”.

Agente A propõe-se vender o bem X
Agente B oferece 40 € por X
Agente A contrapõe 80 €
Agente B oferece 45 €
Agente A contrapõe 80 €
Agente B oferece 50 €, declarando ser essa a sua última oferta
Agente A contrapõe 80 €
Agente B declara “oferecer” 365 € + 365 dias de férias num site de jogos de computador!!!!

Na sequência deste conjunto de propostas e contra-propostas, a última declaração de B só pode ser entendida como uma demonstração da inutilidade da negociação. Não pode ser levada a sério enquanto declaração negocial, dado que manifestamente, no contexto das declarações anteriormente proferidas por B, não se enquadra nos limites expressamente definidos pelo próprio agente B. Por outro lado, esta última declaração de B pode ser entendida, por um lado, como uma declaração didáctica (*demonstrationis causa*), destinada a enfatizar o absurdo da irredutibilidade negocial da contraparte, mas também como uma declaração jocosa (*ludendi causa*) – e não está posta de parte a possibilidade de os agentes aprenderem umas graças para utilizarem em situações de “enfado” com o comportamento negocial da contraparte⁷⁴.

⁷⁴ No entanto, situações poderão ocorrer em que os agentes electrónicos poderão, eventualmente, com declarações deste tipo, originar verdadeiros problemas de interpretação relativamente à questão da seriedade (ou falta dela) da declaração. É que, nos termos do artigo 245º, nº 2, do CC. “Se, porém, a declaração for feita em circunstâncias que induzam o declaratário a aceitar justificadamente a sua seriedade, tem ele o direito de ser indemnizado pelo prejuízo que sofrer”.

A NOVA SOLUÇÃO DA OCDE PARA A TRIBUTAÇÃO DAS MULTINACIONAIS NUMA ECONOMIA DIGITAL

Glória Teixeira (coord.)*
Inês Brandão**

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.21>

Após dois anos de uma pandemia mundial, o impacto das alterações climáticas e a guerra na Ucrânia enfraqueceram muito as economias dos países.

Nos dias de hoje sentimos diretamente nos nossos bolsos o peso da inflação, que vem da consequência do panorama referido acima e que resulta num aumento dos preços que, se faz sentir, essencialmente nos combustíveis, mas também nos demais produtos alimentares e bens essenciais, como a energia. Esta situação empobrece todos de um modo geral, pois o poder de compra diminui, mas afeta, particularmente quem já vivia numa situação vulnerável e que já tinha poupanças frágeis.

A comparação dessa situação também se pode fazer com as economias dos estados.

* Professora associada da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (gteixeira@direito.up.pt).

** Aluna de mestrado, na área jurídico-económica, da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (inescardo-sobrandao@gmail.com)

De facto, durante a pandemia, com as empresas a fechar ou em *layoff*, com o turismo parado, e com as ajudas monetárias aos cidadãos, os Estados viram as suas despesas a aumentarem sem haver um contrapeso ao nível das receitas. A situação já então se tornava sombria para a saúde dos estados. E, posteriormente, a guerra na Ucrânia ainda agravou mais a situação, com o disparo dos preços de determinados produtos alimentares tal como as próprias sanções económicas aplicadas que apresentam agora um efeito *boomerang*. Tal como se disse sobre os cidadãos, aqueles países que já tinham uma economia mais vulnerável acabam por sofrer mais pois já não tinham uma base forte para fazer frente às novas crises.

Com as contas desequilibradas, os estados, para além das medidas económicas, utilizam normalmente o sistema fiscal como ferramenta de controle de crises. Dependendo sempre das opções políticas, os impostos e os tributos têm tendência a aumentar para se conseguir capturar mais receita.

Contudo, quando o peso dos impostos e tributos já é demasiado, e o estado precisa desesperadamente de mais receita, a solução normalmente é a criação de novos impostos ou novos tributos.

E, é aqui que entram os chamados Impostos sobre os Serviços Digitais (comumente escrito na sigla “DST” que em inglês representa *Digital Services Tax*). Estes novos impostos têm, como o próprio nome indica, como alvo principal os negócios de serviços e plataformas digitais. Estes negócios caracterizados pela sua atividade maioritariamente *online* trouxeram novos desafios para o Direito Fiscal, este que se baseava inteiramente na presença física (o conceito de Estabelecimento Estável) para estabelecer o *nexus* e alocar direitos tributários¹.

Sem necessitar de ter uma presença física em determinada jurisdição para aí praticar a sua atividade *online*, as empresas dos serviços digitais têm vindo a escapar aos impostos sobre os seus rendimentos nessa jurisdição. As lacunas na Lei fiscal eram e são um escape para estas empresas que conseguem, muitas vezes, com um planeamento fiscal agressivo, aceder a jurisdições com sistemas fiscais mais benéficos.

¹ Ver Glória TEIXEIRA, *Manual de Direito Fiscal*, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 2022.

Portanto, há empresas que geram rendimento² mas que não são tribu-
tadas sobre esse pela incapacidade de adaptação do direito fiscal à economia
digital.

Numa tentativa de balancear as contas das economias nacionais con-
seguindo capturar tais rendimentos dos serviços digitais, a OCDE lança em
outubro de 2020, a proposta conhecida como *Two-Pillar*, que engloba dois
trabalhos o *Pillar One*³ e o *Pillar Two*⁴.

Sumariamente, enquanto o *Pillar One* procura adaptar o sistema fiscal,
através de mudanças no estabelecimento do *nexus* e nas regras de alocação do
lucro, o *Pillar Two* tem como foco a aplicação de uma taxa de IRC mínima
global.

Incidindo agora pormenorizadamente no *Pillar One*, este assenta em
três grandes matérias: o *Amount A*, que propõe um novo direito tributá-
rio, com novas regras de estabelecimento de *nexus* e de alocação de receita;
Amount B implementa um retorno fixo para algumas atividades de marketing
e de distribuição de base que tenham presença física numa jurisdição; e, por
fim, a certeza jurídica tributária, com novos mecanismos e ferramentas de
prevenção e resolução de litígios.

No *Amount A*⁵ é desenhado um novo direito tributário. No espectro
deste direito cairão, na proposta atual, aquelas empresas que pratiquem ser-
viços de publicidade *online*, serviços conectados com propriedade tangível ou
realizados na localização do consumidor, serviços de transporte, programas
de recompensa de clientes, serviços de intermediação *online* e que vendam,
licenciam ou alienam propriedade intelectual e dados dos utilizadores⁶, com
uma receita global de mais de 20 bilhões de euros (a receita do grupo) e
receitas alocadas a uma jurisdição iguais ou superiores a 1 milhão de euros

² Num artigo recentemente publicado pela Forbes onde consta uma lista enumerativa das maiores companhias no mundo, encontram-se no top 15, pelo menos 4 multinacionais que têm como negócio atividades ou serviços digitais. São elas a Amazon, Apple, Alphabet (grupo que detém a Google e todo os seus serviços) e a Microsoft, que em conjunto somam cerca de 3 trilhões de dólares americanos em receitas (num período de 12 meses até abril de 2022). Disponível em <https://www.forbes.com/lists/global2000/?sh=20e1d2145ac0> [25.07.2022].

³ Disponível em <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-digitalisation-report-on-pillar-one-blueprint-beba0634-en.htm> [25.07.2022].

⁴ Disponível em <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-digitalisation-report-on-pillar-two-blueprint-abb4c3d1-en.htm> [25.07.2022].

⁵ Disponível em <https://www.oecd.org/tax/beps/progress-report-on-amount-a-of-pillar-one-july-2022.pdf> [25.07.2022].

⁶ De salientar que para cada uma das atividades referidas há regras de alocação de rendimentos diferentes.

(a receita da empresa-filha, se se aplicar), com a exceção das empresas extrativas e as que prestem serviços financeiros regulamentados.

Portanto, a partir do momento que determinado grupo pratique as atividades-alvo da proposta da OCDE e tenha um rendimento global e local igual ou superior aos montantes acima mencionados passará a ser sujeito tributário e deverá pagar imposto nas jurisdições com as quais o *nexus* é estabelecido, através das regras de alocação de rendimentos.

Este novo imposto será implementado ao nível nacional através de uma convenção multilateral que compreenderá mecanismos de eliminação da dupla tributação⁷.

O *Amount B*, por seu turno, é pensado para simplificar a gestão dos preços de transferência para as autoridades tributárias e diminuir os custos suportados pelos contribuintes pela introdução do novo imposto. De igual forma, este segundo elemento do *Pillar One* pretende trazer mais certeza tributária e reduzir as desconformidades entre as autoridades tributárias e os contribuintes bem como harmonizar a remuneração das empresas distribuidoras que compram a uma parte e vendem a terceiros, desde que façam dessa atividade a sua atividade principal.

Para encerrar a análise do *Pillar One*, não se pode deixar de falar nos novos mecanismos para prevenir e resolver litígios que nasçam da implementação do novo imposto. Do lado da prevenção, as autoridades tributárias deverão trabalhar de perto com as multinacionais e chegar a um acordo sobre a base tributária, a forma e resultado da implementação da fórmula de determinação dos rendimentos e sobre outra qualquer particularidade, tais como quais serão as entidades obrigadas a pagar o imposto e sobre os mecanismos de eliminação da dupla tributação. Do lado da resolução, os mecanismos ainda estão a ser estudados, com a ressalva de que, independentemente de qual seja a solução, esta tem sempre de respeitar a soberania dos estados.

Esta proposta apresentada pelo *Pillar One*, não tem só como objetivo final combater as práticas de erosão fiscal e transferências de lucros (o chamado BEPS de *Base Erosion and Profit Shifting*), como também tem a intenção de garantir uma maior justiça e equidade nos sistemas fiscais, onde os negócios

⁷ Estão a ser estudadas as possibilidades de o estado da jurisdição legitimada a reclamar o novo imposto a determinada empresa possa aplicar o método da exceção ou o de crédito de modo a eliminar a dupla tributação.

passem a pagar a sua devida parte no local onde geram o rendimento, em paridade com o “comércio tradicional”, e ainda quer auxiliar os governos a colocarem as suas finanças de volta num caminho sustentável.

Outro reparo a fazer é o facto de que esta proposta da OCDE se foca apenas num conjunto específico de serviços eletrónicos e não cobre todos os serviços que têm uma atividade na internet. Portanto, aqui a OCDE já afunila a sua resposta afirmando que esta não irá resolver todos os desafios e dar resposta a todas as problemáticas levantadas pela digitalização da economia e, que, por isso, alguns negócios ou atividades possam ficar fora do âmbito da nova proposta, até porque a tentativa de dar uma resposta que abrangesse todos os negócios digitais possíveis criaria provavelmente disrupções e impactos imprevistos na economia digital, minando a inovação e o desenvolvimento na oferta dos serviços digitais e soluções.

No tempo decorrido, alguns países já foram implementando medidas (ou pelo menos discutindo sobre o assunto) que não são mais do que um quase-espelho da proposta da OCDE⁸.

Na impaciência de esperar por um acordo global para a tributação das multinacionais e com o risco de nem sequer chegar a existir tal acordo, os países mencionados acima decidiram então começar a implementar medidas para conseguirem tributar parte do rendimento de tais grupos. No entanto, a maioria das medidas implementadas são temporárias, sendo mesmo referido nos diplomas legislativos de que a tributação vigora até haver um acordo multilateral, fazendo-se menção à proposta da OCDE que incluirá os dois pilares.

Agora focando-nos no *Pillar Two* (também designado como *GloBE rules*), há que dizer que a grande novidade desta segunda parte da proposta da OCDE é a implementação de uma taxa mínima global de imposto nos rendimentos das multinacionais.

Por detrás de tal intenção estão os objetivos que se quer atingir com tal uniformidade global, que são, essencialmente: a eliminação do abuso fiscal e dos paraísos fiscais, combater a competição fiscal nociva, trabalhar na

⁸ Nomeadamente os seguintes: Áustria, Bélgica, República-Checa, França, Hungria, Itália, Letónia, Noruega, Polónia, Portugal, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Turquia, Reino Unido, Brasil, Índia, Indonésia, Quênia, alguns estados dos Estados Unidos da América. De salientar que muitas das tributações que já estão em vigor, ou que ainda vão entrar nestes países, têm uma vigência temporária até haver um acordo global sobre os serviços digitais, ou seja, até que a proposta da OCDE seja acordada e entre em vigor. Disponível em <https://taxfoundation.org/digital-tax-europe-2020/> [25.07.2022].

coerência das regras de direito fiscal internacional, potenciar um ambiente de transparência fiscal, e ainda para assegurar que o imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas seja aplicado a taxas apropriadas.

Para atingir estes fins, o principal mecanismo a ser utilizado será a aplicação da chamada *Income Inclusion Rules* (IIR), que tributa a entidade mãe na jurisdição onde está localizada, em conjunto com a chamada *Undertaxed Payments Rule* (UTPR), que se aplicará quando a entidade, com baixos rendimentos, não seja sujeita à tributação na IIR⁹.

A par destas medidas, os estados poderão ainda tributar certos pagamentos, tais como de juros ou *royalties*, que ficarão sujeitos a uma taxa mínima de 9% – é o chamado *Subject to Tax Rule* (STTR).

Portanto, e ainda no *Pillar Two*, as multinacionais, com rendimentos globais de pelo menos 750 milhões por ano, irão ser sujeitas ao pagamento de imposto nas jurisdições onde estejam sediadas, através de entidades-mãe se for o caso, a uma taxa mínima de 15% (apesar de este valor ainda estar sob discussão)¹⁰.

Em suma, há possíveis pontos positivos a salientar com a entrada em vigor de tais propostas. Seja para os países em desenvolvimento seja para os países desenvolvidos, os ganhos são transversais a todos. Sem dúvida que com a nova tributação os países vão conseguir capturar rendimentos que antes não conseguiam pelas lacunas na legislação tributária, portanto, vão conseguir, assim, captar mais receitas para as suas contas públicas.

Também, a aplicação de tal tributação trará maior justiça fiscal entre as empresas. I.e., colocará as empresas num mesmo pé de igualdade. Com a tributação dos negócios digitais, as multinacionais vão passar a pagar impostos sobre o seu rendimento de igual forma que as empresas com as quais fazem concorrência (in)direta. Já a tributação à taxa mínima global trará maior igualdade no sentido em que as multinacionais não irão conseguir recorrer a sistemas fiscais externos mais benéficos, ficando sujeitas aos mesmos regimes tributários aplicáveis a outras empresas presentes numa dada jurisdição.

Mas, se por um lado traz maior igualdade perante a Lei, por outro diminui a competitividade fiscal entre Estados. O facto de os países passarem

⁹D) Disponível em <https://www.internationaltaxreview.com/article/2aaa5hiiweysnd7xygk5c/sponsored/consequences-of-beps-and-the-globe-rules-under-pillar-two> [25.07.2022].

¹⁰ Disponível em <https://www2.deloitte.com/global/en/pages/tax/articles/oecd-pillar-two.html> [25.07.2022].

a impor uma taxa mínima, significa que perderão parte da soberania fiscal (uma parte muito importante principalmente para os países da zona euro que já viram a sua soberania diminuída aquando da introdução da moeda única) na determinação da taxa de imposto a aplicar. É verdade que tal proposta e tal combate ao abuso fiscal só seria possível com uma ação global concertada para desincentivar as empresas a usarem outros sistemas fiscais menos gravosos.

No entanto, para estas medidas serem efetivas tem de se verificar, primeiro, uma adesão geral, pois se as jurisdições que normalmente são atrativos fiscais para as multinacionais não entrarem no acordo multilateral, a eficácia de tal proposta ficará aquém do esperado (apesar de mesmo assim conseguir ainda aplicar-se eficientemente até porque os países normalmente apontados como sendo uma atração por terem sistemas fiscais mais favoráveis, como o caso da Irlanda e Países Baixos, por onde passa a maioria do planeamento agressivo das multinacionais, vão integrar este acordo), e, segundo, sabendo de antemão que os paraísos fiscais vão continuar a existir, é necessário que paralelamente haja mecanismos eficazes de transparência à escala global entre os vários estados.

Outra problemática que se pode verificar é a possível, mas questionável, repercussão fiscal. Com a entrada em vigor de ambas as propostas da OCDE, os custos de cumprimento fiscal (especialmente ao nível do pagamento de imposto) poderão eventualmente ter impacto nos lucros das multinacionais. E, como estas não querem suportar tais custos, o que normalmente fazem, se houver margem de manobra (i.e., flexibilidade) irão aumentar o preço do serviço prestado ou do produto final. Seria irónico que o consumidor final acabasse por suportar tais custos, aquando ambas as propostas vão no sentido de auxiliar os estados a arrecadar mais receita fiscal.

Por último, em ambos os relatórios da OCDE, há ainda pontos sob discussão e análise¹¹ e, por isso, alerta-se o leitor que para o desenvolvimento das situações anteriormente abordadas foi tida em conta a informação disponível até fim de julho 2022.

Ficaremos na expectativa de desenvolvimentos futuros, cientes que dado os interesses conflitantes em presença, poderemos ter um longo e difícil caminho a percorrer.

¹¹ A previsão de implementação da proposta da OCDE baseada nos dois pilares está agendada para meados do ano de 2023.

EM TORNO DA COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PARA A CORREÇÃO AO RENDIMENTO TRIBUTÁVEL NO ÂMBITO DO IMPOSTO SOBRE O RENDIMENTO DAS PESSOAS SINGULARES

Gustavo Gramaxo Rozeira*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.22>

1. Resulta do artigo 75º, nº 1, da LGT que se presumem “verdadeiras e de boa-fé” as declarações dos contribuintes apresentadas nos termos previstos na lei. Deste preceito decorre, portanto, que os factos tributários relatados pelos contribuintes nas declarações fiscais que, dentro do prazo legal, apresentarem junto da administração tributária se presumem como tendo efetivamente ocorrido nos precisos termos em que foram declarados.

O afastamento da presunção de veracidade a que se vem fazendo referência pressupõe, desse modo, o ónus de demonstração da inveracidade dos factos tributários declarados pelos contribuintes, que recai sobre a

* Professor da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto. Investigador integrado do Centro de Estudos Avançados em Direito – Francisco Suárez. Doutor em Direito pelo Instituto Universitário Europeu. Para quaisquer contactos: gustavo.gramaxo.rozeira@ulp.pt.

Administração, sempre que esta pretenda fazer incidir a tributação sobre factos tributários diversos ou distintos daqueles declarados pelos sujeitos passivos¹.

Não basta, portanto, a mera discordância ou desacordo sobre os factos declarados pelos contribuintes nas suas declarações fiscais: é necessário que a Administração fiscal demonstre — isto é, que prove — que esses factos não têm correspondência com a realidade para, em substituição dos factos declarados, fazer incidir a tributação sobre factos tributários diversos ou distintos, cujo ónus de demonstração também incumbe sobre si.

A demonstração da inveracidade dos factos presumidos como verdadeiros exige, portanto, uma fundamentação assente em critérios de razoabilidade e racionalidade, através da invocação de factos — e seus meios de prova — que, por um lado, excluam a veracidade dos factos declarados pelos contribuintes e, por outro lado e cumulativamente, demonstrem a realidade dos factos tributários distintos sobre os quais a AT pretende fazer incidir a tributação.

2. Em sede de IRS a correção dos rendimentos declarados pelos sujeitos passivos faz-se nos termos do artigo 65º do CIRS. Com efeito, dispõe-se no nº 4 deste preceito legal que “[a] Autoridade Tributária e Aduaneira procede à alteração dos elementos declarados sempre que, não havendo lugar à fixação a que se refere o nº 2, devam ser efetuadas correções decorrentes de erros evidenciados nas próprias declarações, de omissões nelas praticadas ou correções decorrentes de divergência na qualificação dos atos, factos ou documentos com relevância para a liquidação do imposto”.

Acrescenta-se ainda no nº 5 deste artigo 65º do CIRS que “[a] competência para a prática dos atos de apuramento, fixação ou alteração referidos no presente artigo é exercida pelo diretor de finanças em cuja área se situe o domicílio fiscal dos sujeitos passivos,” prevendo-se igualmente, nesse mesmo preceito legal, que tal competência pode “ser delegada noutros funcionários sempre que o elevado número daqueles [atos] o justifique”.

¹ Não se trata aqui de simples erros materiais de cálculo ou de escrita evidenciados nas próprias declarações apresentadas pelos sujeitos passivos, casos em que a Administração fiscal pode “retificar as declarações dos contribuintes”, como se prevê no nº 2 do artigo 79º da LGT.

Assim: a competência para proceder à alteração dos rendimentos declarados pelos sujeitos passivos em sede de IRS pertence aos diretores de finanças². Trata-se de uma *competência própria* de cada diretor de finanças, que a exerce no âmbito da respetiva área de circunscrição territorial³ e, do mesmo passo, de uma *competência exclusiva* de cada um desses dirigentes no seu âmbito territorial de atuação⁴.

Pese embora se trate, portanto, de uma competência própria e exclusiva, pode todavia ser delegada pelo diretor de finanças noutros funcionários da Administração fiscal. Dito de outro modo: na ausência de um ato válido de delegação de competências — ou, com igual propriedade, de uma cadeia válida de atos de delegação e subdelegação de competências — apenas os diretores de finanças, nas suas circunscrições territoriais, podem proferir ato administrativo em matéria tributária que determine a correção dos rendimentos tempestivamente declarados pelos sujeitos passivos em sede de tributação em IRS. O que vale por dizer que, na falta de ato de (sub)delegação válido, não podem praticar atos dessa natureza os chefes dos serviços de finanças ou quaisquer outros dirigentes intermédios regionais, porquanto não dispõem de competência própria para esse efeito.

3. Assim, o ato de alteração dos rendimentos tempestivamente declarados pelos sujeitos passivos que tenha sido proferido por órgão ou agente que não disponha de competência — própria, delegada ou subdelegada — para a sua prolação está ferido de *vício de incompetência*. O vício de incompetência verifica-se naquelas situações em que o autor do ato administrativo não tem poder para praticar o ato que vem efetivamente a praticar: “[e]xiste

² Relativamente aos contribuintes singulares acompanhados pela Unidade dos Grandes Contribuintes caberá ao diretor deste serviço central da Administração fiscal exercer a competência que no artigo 64º do CIRS se atribui aos diretores de finanças, nos termos do artigo 9º do Decreto-Lei nº 6/2013, de 30 de dezembro, preceito segundo o qual “[c]onsideram-se reportadas ao diretor da Unidade dos Grandes Contribuintes da Autoridade Tributária e Aduaneira, relativamente aos grandes contribuintes, as competências que os códigos tributários e demais legislação não aduaneira remetam, expressa ou implicitamente, para os chefes de finanças, para os diretores de finanças e para o diretor dos Serviços de Inspeção Tributária”. No caso dos contribuintes abrangidos por esta Unidade deverão considerar-se referidas ao respetivo diretor as referências que no texto se fazem aos diretores de finanças.

³ Nesse sentido cf. Diogo Freitas do AMARAL, *Conceito e natureza de recurso hierárquico*, vol. I, Coimbra, Atlântida, 1981, p. 61, para quem existe competência própria do subalterno “quando o poder de praticar um certo ato administrativo é atribuído diretamente por lei ao órgão subalterno”.

⁴ Cf. nesse sentido J. M. Sérvulo CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, vol. I, Lisboa, Editora Danúbio, 1982, p. 173, n. 2, para quem se estará na presença de uma competência exclusiva do subalterno “quando só o subalterno pode praticar certos atos, embora sujeito às ordens do superior”.

incompetência quando um órgão da administração pratica um ato administrativo sem que qualquer norma legal lhe atribua a competência para tal”⁵, ou seja quando o ato é praticado por um órgão “que não dispõe de poderes formais para o praticar” assim nos casos de “falta de delegação existente e válida”⁶.

Pois, como muito bem refere Esteves de Oliveira, “o órgão que pratica um ato por delegação só se dirá competente se, além de estar prevista na lei a possibilidade de nele delegar, tiver existido um ato de delegação válido que lhe permita exercer tal competência: não havendo delegação, ou não havendo delegação válida, o delegado não se considera competente e o ato por ele praticado estará ferido de incompetência”⁷.

A incompetência relativa gera a anulabilidade do ato por ela viciado — assim, cf. artigo 163º, nº 1, do CPA — e, conseqüentemente, não se suscitam dúvidas acerca do desvalor jurídico que deverá corresponder ao ato de alteração afetado de um tal vício. A questão coloca-se, porém, mais a jusante. Sabido que o ato de alteração, no decurso de um procedimento tributário de liquidação, se reveste de natureza prodrómica e instrumental em vista da prolação do ato tributário que, a final desse mesmo procedimento, procederá à liquidação do tributo, importa averiguar quais as conseqüências, se é que algumas, o desvalor jurídico assacada a esse ato interlocutório repercutirá no ato final do procedimento e em que medida este último poderá ser afetado pela invalidade daquele.

4. Adiantando a resposta, cremos que enquanto ato procedimental, instrumental no procedimento conducente à prolação de uma liquidação adicional ou oficiosa⁸, a invalidade do ato de alteração projetar-se-á nesta última, ferindo-a também de anulabilidade.

⁵ Cf. Marcelo Rebelo de SOUSA e André Salgado de MATOS, *Direito Administrativo Geral*, tomo III, 2.ª ed., Lisboa, D. Quixote, 2009, pp. 162-163.

⁶ Mário Esteves de OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 556-557.

⁷ Mário Esteves de OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 433.

⁸ *Liquidação adicional* é aquela que é proferida pela administração tributária, oficiosamente ou na sequência de uma declaração de substituição apresentada pelo próprio sujeito passivo, posteriormente à emissão de uma anterior liquidação relativa ao mesmo facto tributário — ou seja, no caso do IRS, com referência aos rendimentos de um mesmo exercício — que, assim, substitui o anterior ato tributário (cf. artigo 89º, nº 1, do CIRS). *Liquidação oficiosa* é aquela que é emitida na sequência de um procedimento de liquidação instaurado oficiosamente pela Administração

Na verdade, a prolação de uma liquidação adicional ou oficiosa tem no ato de alteração um seu pressuposto de facto e de direito: aquela assenta na alteração ao rendimento líquido dos sujeitos passivos tal qual ela resulta do ato de alteração, pois o quantitativo de imposto determinado no ato de liquidação é o resultado direto e imediato das alterações ao rendimento líquido dos sujeitos passivos operada pelo ato de alteração.

Sem ato de alteração não pode haver lugar a liquidação de IRS por factos tributários distintos daqueles tempestivamente declarados pelo sujeito passivo: o ato de alteração funciona assim como causa direta e necessária do ato tributário, pelo que a invalidade daquele determina e dá causa à concomitante ilegalidade da subsequente liquidação. A realidade que, num cenário como aquele que se vem descrevendo, imediatamente determina a prolação da liquidação é a decisão de alteração dos rendimentos declarados pelos sujeitos passivos: sem essa alteração — isto é, sem o ato de alteração — inexistente causa para a prolação do ato de liquidação adicional. A alteração dos rendimentos declarados pelos sujeitos passivos é assim condição necessária e indispensável para o conteúdo da liquidação adicional que vier a ser proferida pela Administração fiscal — isto é, neste ato tributário apenas se poderá apurar uma determinada coleta em função dos factos tributários visados pela Administração porque a montante nesse procedimento de liquidação foi proferido um ato de alteração nos termos previstos no nº 4 do artigo 65º do CIRS.

Com efeito, dispõe-se no artigo 76º, nº 1, alínea a), do CIRS, que “a liquidação tem por objeto o rendimento coletável determinado com base nos elementos declarados” — isto é: a liquidação de IRS deve fazer-se com base nos elementos declarados pelos próprios sujeitos passivos, sempre que a respetiva declaração tenha sido apresentada até 30 dias após o termo do prazo legal. Sendo esta a regra geral, ela comporta a exceção prevista na parte final dessa mesma alínea a) do nº 1 do artigo 76º do CIRS: “sem prejuízo do disposto no nº 4 do artigo 65º”.

Portanto: “a liquidação deve tomar por base os elementos constantes da declaração, que gozarão assim de uma presunção de verdade, isto sem

fiscal, na falta de apresentação de declarações por parte do sujeito passivo ou quando a AT conclua pela existência de vícios nestas (assim, cf. artigo 59º, n.ºs 1 e 7, do CPPT).

prejuízo de, nos termos do art. 66º, 4º a DGCI proceder à alteração dos elementos declarados sempre que devam ser efetuadas correções decorrentes de erros evidenciados nas próprias declarações ou correções decorrentes da divergência na qualificação dos atos, factos ou documentos com relevância para a liquidação do imposto”¹⁰, pois é “[c]om base nos dados constantes das declarações [que] a administração liquida o imposto”, uma vez que as declarações dos contribuintes “gozam de presunção de verdade e boa fé (art. 75º da LGT), o que implica que a liquidação seja feita com base nos dados delas constantes, salvo se tal presunção for ilidida pela Administração Fiscal”¹¹.

Assim sendo, a AT apenas poderá deixar de liquidar o IRS com base nos elementos tempestivamente declarados pelos sujeitos passivos se, e *somente se*, por despacho do diretor de finanças territorialmente competente (ou do funcionário em quem essa competência tiver sido delegada) tiver havido lugar, nos termos previstos no artigo 65º, nº 4, do CIRS, à alteração dos elementos constantes das declarações entregues.

A liquidação adicional ou oficiosa de IRS é assim um ato consequente do ato de alteração: a ilegalidade deste projeta-se necessariamente naquela, que tem no ato de alteração um seu pressuposto necessário e a sua causa jurídica.

O vício de incompetência que afete o ato de alteração gera a anulabilidade deste e, por arrastamento e extensão (por força do princípio da impugnação unitária — artigo 54º do CPPT), gera a consequente anulabilidade do próprio ato de liquidação que venha a ser proferido com base em tal ato de alteração, já que por força do citado princípio as ilegalidades que afetem os atos interlocutórios do procedimento tributário são invocáveis na impugnação da respetiva decisão final.

Com efeito, o vício de incompetência que afeta o ato de alteração e determina a anulabilidade deste dá causa a um vício de violação de lei, decorrente *erro nos pressupostos de facto*, que afeta diretamente a própria liquidação enquanto ato final e conclusivo do procedimento tributário de liquidação. Com efeito, esta tem pressuposta uma circunstância, que na verdade

⁹ Atualmente é o artigo 65º, nº 4, do CIRS.

¹⁰ André Salgado de MATOS, *Código do Imposto do Rendimento das Pessoas Singulares (IRS) anotado*, Lisboa, ISG, 1999, p. 389.

¹¹ Rui Duarte MORAIS, *Sobre o IRS*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 165.

funciona como sua condição necessária, e que afinal não se verifica: que tivesse sido proferido, ao abrigo do artigo 65º do CIRS, um ato válido e eficaz a determinar a alteração dos rendimentos declarados pelos sujeitos passivos¹².

5. Não obstante o que fica dito, é importante realçar que o ato de alteração viciado de incompetência pode ser convalidado mediante ato de ratificação a proferir pelo diretor de finanças territorialmente competente enquanto titular originário da competência dispositiva¹³ — nisso expressamente consente o nº 1 do artigo 79º da LGT.

O ato de ratificação configura-se, assim, como um ato administrativo (em matéria tributária) de segundo grau — isto é, um ato que não tem diretamente por objeto a relação jurídica de direito material (ou seja, a relação jurídica fiscal) nem visa produzir diretamente efeitos nesta; ao invés, trata-se de um ato que tem por objeto imediato um precedente ato administrativo (em matéria tributária). Na verdade, “atos sobre atos, ou atos de segundo grau: são atos administrativos que têm por objeto imediato um outro ato administrativo anterior”¹⁴.

Desde logo, é forçoso notar que os atos de segundo grau são estranhos ao procedimento administrativo (ou, *in casu*, ao procedimento tributário) em que foi proferido o ato de primeiro grau: os atos de segundo grau exigem o seu próprio procedimento, isto é, exigem um *procedimento de segundo grau*¹⁵. Portanto, a prática de um ato de ratificação pressupõe e exige um procedimento administrativo próprio instaurado em vista desse resultado.

Se esta era já a inequívoca conclusão a extrair no quadro do Direito Administrativo Geral, mais clara essa revela no quadro específico do Direito Fiscal. Com efeito, no artigo 44º, nº 1, alínea d), do CPPT estabelece-se que “[o] procedimento tributário compreende: [a] emissão, retificação, revogação,

¹² Neste preciso sentido cf. Sentença CAAD 1-2-2018 (procº 188/2017-T in www.caad.org.pt).

¹³ A ratificação, também denominada de ratificação-sanação, é o “ato pelo qual o órgão competente decide sanar um ato anulável anteriormente praticado, mantendo o seu conteúdo decisório, mas suprindo as ilegalidades formais ou procedimentais que o viciam, inclusivamente quanto à competência”. Cf. Diogo Leite de CAMPOS *et al.*, *Lei Geral Tributária Anotada e Comentada*, 4.ª ed., s/l, Encontros da Escrita, 2012, p. 727.

¹⁴ Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 243.

¹⁵ Assim, para Fernanda Paula OLIVEIRA e José Eduardo Figueiredo DIAS, *Noções fundamentais de Direito Administrativo*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 227, os procedimentos administrativos de segundo grau “destinam-se à prática de atos secundários”.

ratificação, reforma ou conversão de quaisquer outros atos administrativos em matéria tributária”¹⁶. É assim manifesto que as normas disciplinadoras da tramitação do procedimento tributário aplicam-se também à prolação de atos (de segundo grau) de ratificação de precedentes atos em matéria tributária (de primeiro grau): a prolação, pela Administração fiscal, de um *ato de segundo grau* pressupõe e exige a instauração do correspondente *procedimento de segundo grau* — dito de outro modo, a prolação de um ato de ratificação deve surgir na conclusão e no culminar de um precedente *procedimento de ratificação* instaurado com esse preciso objeto¹⁷ pois, com efeito, “[d]entro da categoria dos procedimentos administrativos decisórios, existem os chamados procedimentos de controlo, que visam a produção de decisões de apreciação de condutas administrativas anteriores, positivas ou omissivas (por isso, estes procedimentos são por vezes designados como procedimentos decisórios de segundo grau). Quando incidem sobre anteriores atos administrativos, os procedimentos de controlo culminam normalmente com a emissão de atos administrativos secundários”¹⁸.

A instauração de um tal procedimento de ratificação depende do impulso da Administração fiscal (artigo 69º, nº 1, da LGT), devendo ser notificada aos diretos interessados (artigo 69º, nº 2, da LGT), e no decurso do mesmo deve, pelo menos, haver lugar a uma fase de exercício do direito de participação procedimental (artigo 45º do CPPT). Todas estas exigências e formalidades permitem concluir pela inadmissibilidade de uma prática há muito enraizada na Administração fiscal portuguesa — a emissão de verdadeiros *cheques-em-branco ratificatórios* como cláusula vulgarmente inserta nos despachos de delegação e de subdelegação de competências. Se não foi instaurado um procedimento de segundo grau — e, mais ainda, se não foi observada a disciplina jurídica fixada para a tramitação procedimental tributária — não se afigura como viável a prolação de um despacho de ratificação¹⁹.

¹⁶ Itálico adicionado.

¹⁷ Também nesse sentido aponta o elemento literal do nº 1 do artigo 79º da LGT: “O ato decisório pode revogar total ou parcialmente ato anterior ou reformá-lo, *ratificá-lo* ou convertê-lo” (itálico adicionado). Este preceito revela bem que o ato de ratificação de um precedente ato em matéria tributária se configura como o *ato decisório* de um *novo* procedimento próprio e especificamente dirigido a essa finalidade — isto é, de um procedimento de ratificação.

¹⁸ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo...*, tomo III, *op. cit.*, p. 216.

¹⁹ Quanto a nós, quando assim suceda estar-se-á no campo de aplicação da alínea l) do nº 2 do artigo 161º do CPA, respeitante à prolação de ato “com preterição total do procedimento legalmente exigido”. Ao não ter sido instaurado

6. Por outro lado, a ratificação não pode ser empregue como uma fórmula *passe-par-tout* a aplicar cegamente pela Administração fiscal sempre que se confronte com a invalidade de atos administrativos em matéria tributária decorrente de vícios formais, como no caso da incompetência relativa.

Na verdade, a prolação de um ato de ratificação *nunca* se revela como uma conduta vinculada da Administração. Pelo contrário: perante a constatação de um ato ferido de anulabilidade a Administração tem sempre o poder discricionário de optar entre, pelo menos, duas alternativas: a *ratificação* do precedente ato de primeiro grau ferido de ilegalidade, sanando a ilegalidade cometida (quando possível); ou a *anulação administrativa* (antigamente denominada “revogação com fundamento na ilegalidade”) desse mesmo ato.

Trata-se de um poder discricionário que cabe à Administração exercer e, para cujo exercício esclarecido é, além do mais, *imprescindível* que os diretos interessados tenham a oportunidade de exercer o seu direito de audiência prévia, participando na formação de uma tal decisão administrativa, como de resto é seu direito constitucional. Consequentemente, não pode em caso algum concluir-se que a decisão de proferir um ato de ratificação de um precedente ato administrativo em matéria tributária ferido de ilegalidade corresponda a uma situação legal evidente ou a uma atividade administrativa vinculada, em termos que permitissem dispensar, por exemplo, a observância do princípio da participação procedimental, degradando a sua preterição numa irregularidade procedimental não essencial pois, nesta operação de escolha entre uma ou outra reação administrativa, está-se claramente no campo de uma atividade que envolve uma margem de apreciação discricionária por parte da Administração em relação à qual é inegável que a função dialógica da participação procedimental é *sempre* idónea a influenciar a decisão administrativa.

Cabe assim à Administração fiscal sopesar os motivos que podem conduzir a decidir entre um e outro dos sentidos possíveis de decisão: uma vez constatada a ilegalidade decorrente de vício de incompetência que afeta um ato de primeiro grau, a Administração fiscal tem de convocar uma

o correspondente procedimento de ratificação (de resto, quanto a nós, legalmente imposto e exigido pelo artigo 44º do CPPT), o despacho de ratificação que vier a ser proferido nessas condições estará ferido de *vício de preterição total do procedimento legalmente devido* a cuja verificação legislador faz corresponder a sanção da nulidade.

fundamentação sólida e congruente que aponte o caminho da ratificação-sanação ou, alternativamente, o da anulação administrativa (ou revogação anulatória) do ato de primeiro grau.

Com efeito, como bem salienta a doutrina, “a ratificação-sanação corresponde a uma opção alternativa à anulação administrativa ditada pela ponderação entre os interesses públicos e privados em presença”²⁰, sendo ainda necessário “atender aos moldes em que, quando for caso disso, se articula o poder (porventura, o dever) que à Administração se impõe de remover o ato ilegal, decretando a sua revogação anulatória, e o poder (porventura, o dever) no qual a Administração possa estar constituída, de proceder à ratificação, reforma ou conversão desse ato, assim evitando a sua eventual anulação”²¹. De facto, “a revogação anulatória e a convalidação de um ato anulável não são alternativas que se encontrem colocadas no mesmo plano”²²: na verdade na opção entre uma e outra alternativa decisória coloca-se a ponderação entre dois planos bem distintos — o plano da relação litigiosa que resultou da patologia do ato de primeiro grau ferido de ilegalidade e o plano da relação jurídica material no âmbito da qual o ato ilegal foi praticado.

Do exposto resulta portanto que, para a Administração fiscal, a opção entre *anular administrativamente* ou *convalidar* (por ratificação) um ato ilegal não se apresenta como uma opção aleatória ou arbitrária: ela pressupõe uma ponderação real e efetiva dos diferentes interesses, públicos e privados, que estão concretamente implicados no ato de primeiro grau cuja ilegalidade foi identificada. Ao decidir-se pela convalidação (ou, simetricamente, ao decidir-se pela anulação administrativa) do ato ilegal de primeiro grau a Administração está assim vinculada a apresentar os motivos que concretamente determinaram a sua opção por uma das alternativas em detrimento da outra — deve justificar as razões que determinaram, no caso particular, o concreto exercício do poder discricionário que lhe foi confiado de optar, em alternativa, ora pelo afastamento do ato ilegal da ordem jurídica, ora pela sua manutenção já extirpado da ilegalidade de que padecia.

²⁰ Pedro MACHETE, “A ratificação-sanação”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 85, p. 48.

²¹ Mário Aroso ALMEIDA, *Anulação de Atos Administrativos e Relações Jurídicas Emergentes*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 580.

²² Mário Aroso ALMEIDA, *Anulação de Atos Administrativos e Relações Jurídicas Emergentes*, op. cit., p. 580.

Só assim se pode reconstituir o *iter* lógico-jurídico da decisão, anulatória ou convalidante, que a Administração fiscal vier a tomar em face de um ato administrativo (em matéria tributária) de primeiro grau ferido de ilegalidade, sob pena de, não procedendo a essa demonstração, se concluir inevitavelmente pela insuficiência da fundamentação do ato de segundo grau — o que, como é sabido, a lei manda equiparar à falta de fundamentação.

7. A ratificação, como ato secundário que visa sanar uma precedente ilegalidade, tem de um modo geral eficácia retroativa, repercutindo os seus efeitos convalidantes à data de produção de efeitos do ato convalidado.

Sucedo porém que, precisamente por estar bem ciente da facilidade como o instituto da ratificação se presta a abusos e a manipulações por parte de alguns órgãos administrativos menos orientados pela escrupulosa prossecução do interesse público, o novo CPA introduziu significativas inovações a respeito da produção de efeitos pelos atos de ratificação de atos administrativos.

É verdade que, de um modo geral, o ato de ratificação retroage os seus efeitos à data do ato ratificado: porém, o novo CPA introduziu uma importantíssima *limitação à eficácia retroativa* dos atos de convalidação em geral e, em particular, dos atos de ratificação. Por força do artigo 164º, nº 5, *in fine*, do CPA a eficácia retroativa do ato de ratificação é *restringida* nos casos em que o ato de ratificação seja proferido na pendência de um processo impugnatório dirigido ao ato de primeiro grau (ou seja, portanto, ao ato ratificando).

De facto, prevê-se no artigo 164º, nº 5, do CPA que “a ratificação, a reforma e a conversão retroagem os seus efeitos à data dos atos a que respeitam, mas *não prejudicam a possibilidade de anulação dos efeitos lesivos produzidos durante o período de tempo que as tiver precedido*, quando ocorram na pendência de processo impugnatório e respeitem a atos que envolvam a imposição de deveres, encargos, ónus ou sujeições, a aplicação de sanções ou a restrição de direitos e interesses legalmente protegidos”²³.

Portanto: a eficácia retroativa do ato de ratificação não obsta a que sejam ainda assim anulados os efeitos lesivos que o ato ratificado tenha produzido anteriormente à prolação do ato de ratificação. Isto é: *apesar da ratificação*,

²³ Itálico adicionado.

se esta tiver lugar já na pendência de um processo impugnatório (dirigido ao ato ratificado) não deixarão ainda assim de ser anulados os efeitos lesivos que o ato inválido tiver produzido anteriormente à prolação do ato de ratificação.

Para tanto exige-se também que o ato ratificado se subsuma naquela categoria de atos que a doutrina designa genericamente como atos de conteúdo desfavorável para os interessados. Como refere Mário Aroso Almeida, “ao contrário do que sucedia anteriormente, o nº 5 do novo artigo 164º passou a fazer depender a retrotração dos efeitos da ratificação, da reforma e da conversão à data da prática do ato a convalidar, da exigência de tal retrotração *não prejudicar a possibilidade de anulação dos efeitos lesivos produzidos durante o período de tempo entretanto decorrido, quando a convalidação ocorra na pendência de processo impugnatório*”²⁴. Acrescenta este autor²⁵ que “admitir, sem mais, que, na pendência do processo impugnatório, a Administração pudesse convalidar o ato impugnado que envolva a imposição de deveres, a aplicação de sanções ou a restrição de direitos ou interesses legalmente protegidos do interessado, *seria permitir que a ilegalidade cometida ficasse sem consequências*, quando a verdade é que a Administração, não só a cometeu, como nem sequer foi diligente no propósito de evitar a impugnação do ato, forçando, pelo contrário, o interessado a recorrer à tutela jurisdicional”²⁶.

Concluindo: “Afigura-se-nos, pois, inteiramente justificada a introdução, no nº 5 do artigo 164º do CPA, da solução de se admitir que a convalidação possa ter lugar ao longo de todo o processo judicial, *mas com a importante restrição de que ela não seja oponível ao impugnante, no que toca aos efeitos entretanto produzidos pelo ato impugnado*, no caso de: (i) ele ser titular de um interesse específico dirigido à destruição desses efeitos, por *não lhe ser indiferente a data a partir da qual se considera constituída a situação gerada por aquele ato*; e (ii) estar em causa um *ato de conteúdo desfavorável*”²⁷. Na verdade, como refere este mesmo autor numa outra obra, “se a Administração tiver consciência de que a preterição, no momento próprio, dos trâmites procedimentais não tem consequências, tenderá a não os cumprir, o que

²⁴ Mário Aroso ALMEIDA, *Teoria geral do Direito Administrativo*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 364, itálico adicionado.

²⁵ Mário Aroso ALMEIDA, *Teoria geral do Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 364, itálico adicionado.

²⁶ Itálico adicionado.

²⁷ Mário Aroso ALMEIDA, *Teoria geral do Direito Administrativo*, *op. cit.*, pp. 365-366, itálico adicionado.

deve ser reprimido”²⁸, pelo que “[j]ustifica-se que, nestes casos, a pretensão anulatória não soçobre perante o exercício, por parte da Administração, do poder de regularizar a situação constituída pelo ato anulado”²⁹. Também para Pedro Machete “a partir do momento em que o litígio é formalizado mediante uma ação de impugnação, há que *salvaguardar a confiança do autor no funcionamento da justiça* administrativa e a própria efetividade deste tipo de tutela,” objetivos que, ainda segundo este autor, “não são compatíveis com a disponibilidade ilimitada por parte da Administração da relação material controvertida” porquanto “se houve violação dos direitos do autor imputável ao ato impugnado, a tutela desses direitos, na pendência do processo de impugnação, *não pode ficar à inteira disposição da Administração*”³⁰.

A restrição da eficácia retroativa dos atos de ratificação prevista na parte final do nº 5 do artigo 164º do CPA justifica-se assim pela “necessidade de garantir a tutela jurisdicional efetiva”³¹ pois o alcance retroativo da convalidação de um ato inválido não pode ser de molde a impedir a anulação dos efeitos gravosos que esse ato tiver entretanto produzido, solução se louva “no princípio da tutela da confiança não permitindo que os efeitos retroativos venham piorar a situação real dos interessados tal como estava definida antes deles”³². A negação da eficácia retroativa da convalidação de atos que tenha lugar na pendência da sua própria impugnação destes revela-se como “o modo mais eficaz de *prevenir manipulações abusivas da relação material controvertida* e de conciliar a tutela do interesse público com a garantia da tutela jurisdicional dos direitos dos particulares”³³.

Ao consagrar a “possibilidade de, em relação a atos que constingem a esfera jurídica dos particulares, afastar os efeitos jurídicos produzidos pelo ato

²⁸ Mário Aroso ALMEIDA, *Anulação de atos...*, *op. cit.*, p. 273.

²⁹ Mário Aroso ALMEIDA, *Anulação de atos...*, *op. cit.*, p. 280.

³⁰ Pedro MACHETE, “As limitações *ratione temporis* de atos secundários praticados na pendência de processos de impugnação”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 91, p. 40, itálico adicionado. Prossegue ainda o autor: “A efetividade da garantia de tutela jurisdicional dos direitos dos particulares e a confiança destes em tal garantia exigem que, nos casos em que tenham procurado defender-se em tribunal, os mesmos particulares não vejam frustradas as suas expectativas em face de novas atuações da Administração visando a regularização da ilegalidade perpetrada”.

³¹ Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 418.

³² Luiz Cabral MONCADA, *Código do Procedimento Administrativo anotado*, 2.ª ed., Lisboa, QuidJuris, 2017, p. 523.

³³ Pedro MACHETE, “As limitações...”, *op. cit.*, p. 40.

sanado”³⁴ o novo n.º 5 do artigo 164.º do CPA veio assim salvaguardar agora “a possibilidade de anulação dos efeitos lesivos produzidos *medio tempore*”³⁵ pelos atos de ratificação, reforma e conversão de atos administrativos de primeiro grau.

Assim, quando se revele que o ato de ratificação tenha sido proferido na pendência de um processo jurisdicional que tenha por objeto a impugnação do ato de alteração, cuja validade está assim em discussão (ainda que invocada apenas a título incidental, por força do princípio da impugnação unitária resultante do artigo 54.º do CPPT como fundamento da ilegalidade assacada ao conseqüente e subseqüente ato de liquidação de IRS), não poderá deixar de se aplicar o regime restritivo previsto na parte final daquele n.º 5 do artigo 164.º do CPA.

Em tais casos não se pode suscitar qualquer dúvida de que o ato de alteração dos rendimentos declarados pelos sujeitos passivos se subsume na categoria dos atos de conteúdo desfavorável ao seu destinatário. Trata-se, na verdade, de um ato que impõe uma sujeição aos seus destinatários: com a sua prolação ficam os estes sujeitos à subseqüente prolação de uma liquidação oficiosa de IRS que irá agora incidir sobre os rendimentos resultantes da correção efetuada em tal ato e já não sobre os rendimentos que aqueles tempestivamente declararam. Ao corrigir, em alta, os rendimentos líquidos declarados, o ato de alteração terá por efeito necessário a prolação oficiosa de um ato de liquidação, pois uma vez proferido o despacho previsto no n.º 4 do artigo 65.º do CIRS os contribuintes que dele sejam alvo ficam automática e necessariamente sujeitos a uma liquidação oficiosa com base nos rendimentos assim corrigidos³⁶.

³⁴ Ana Fernanda NEVES, “Questões de articulação do Código de Procedimento Administrativo com o Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, in Carla Amado Gomes *et al.* (coords.), *Comentários à legislação processual administrativa*, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2016, pp. 120-121.

³⁵ Fausto de QUADROS *et al.*, *Comentários à revisão do Código de Procedimento Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 335.

³⁶ Com efeito, nos termos da al. a) do n.º 1 do artigo 76.º do CIRS, se a declaração anual de rendimentos tiver sido apresentada até 30 dias após o termo do prazo legal, será com base nos rendimentos nela declarados que a Administração fiscal fará incidir a tributação. Porém, na parte final desse preceito prevê-se expressamente que a liquidação do imposto devido poderá ainda fazer-se “sem prejuízo do disposto no n.º 4 do artigo 65.º”, inciso normativo que habilita assim a que a tributação possa incidir sobre os rendimentos corrigidos na sequência do ato de alteração proferido pelo diretor de finanças. Também o artigo 89.º do CIRS consente na elaboração de liquidação adicional (*rectius*, ato de liquidação adicional) quando nesse preceito se remete para o n.º 4 do artigo 76.º (a remissão está desatualizada

Nessa medida, tal ato de alteração revela-se como um daqueles atos que produz efeitos lesivos na esfera jurídica dos seus destinatários tornando assim perfeitamente operativa a estatuição da parte final do nº 5 do artigo 164º do CPA: não obstante a sua subsequente ratificação, se esta ocorrer já na pendência de um processo impugnatório deverá o tribunal, ainda assim, proceder à *anulação* dos efeitos lesivos que o ato de alteração tiver produzido durante todo o período de tempo que preceda a prolação do ato convalidante.

E, uma vez anulados esses efeitos, deixará de subsistir um pressuposto essencial à validade do próprio ato de liquidação: deixará de existir, à data de prolação da liquidação, um qualquer título *juridicamente válido* que pudesse servir de fundamento e de suporte fáctico-jurídico à alteração dos rendimentos declarados pelo sujeito passivo e que, desse modo, consentisse na tributação em sede de IRS com base em rendimentos diferentes daqueles tempestivamente declarados pelo particular.

Dito de outro modo: mesmo nos casos de ratificação-sanação de ato de alteração ferido de invalidez, o regime restritivo previsto na parte final do nº 5 do artigo 164º do CIRS não modificará a conclusão de que o ato de liquidação continuará ferido de vício de violação de lei decorrente erro nos pressupostos de facto, na medida em que tal ato não deixará ainda assim de ter por base uma circunstância que, na realidade, não se verifica, porquanto por referência ao momento em que tiver sido proferido o ato de liquidação³⁷ inexistirá afinal um qualquer título juridicamente válido por via do qual se pudessem considerar alterados ou corrigidos os rendimentos declarados pelos sujeitos passivos e, desse modo, se pudesse proceder à tributação em sede de IRS ao abrigo da parte final do nº 1 do artigo 76º do CIRS.

Nestas circunstâncias, e à luz do novo CPA, a ratificação já não tem mais a virtualidade de sanar *ex tunc* o vício de incompetência que afeta o ato de alteração e de, por essa via, sanar o vício de violação de lei decorrente erro nos pressupostos de facto que afeta o subsequente ato de liquidação, sendo por demais evidente que a ratificação do ato de alteração não impede

desde que este preceito foi reenumerado pela Lei nº 53-A/2006) que “[e]m todos os casos previstos[,] a liquidação poderá ser corrigida” dentro do prazo geral de caducidade.

³⁷ Como muito bem refere Vieira de ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 16.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 448, nos processos de anulação de atos “o momento relevante para a apreciação da validade de um ato administrativo deve ser o da *data da sua prática*” (itálico adicionado).

que, ainda assim, sejam anulados todos os efeitos lesivos produzidos por esse ato durante período temporal que precedeu a prolação ato ratificativo já que a anulação dos efeitos *medio tempore* produzidos pelo ato de alteração, e imposta pelo citado artigo 165º do CPA, acarreta também a anulação do próprio ato de liquidação pois este último é, em si mesmo, um dos efeitos lesivos produzidos *medio tempore* pelo ato de alteração originalmente inválido.

8. Do ponto de vista processual, “[p]ara que a sentença seja útil ou eficaz, deve ser possível ao autor: [reagir] contra o ato com o alcance de sanar os efeitos do ato impugnado”³⁸. Assim, o artigo 86º, nº 3, do CPTA faculta às partes a apresentação de articulado superveniente “[q]uando o novo articulado se funde na junção ao processo de elementos até aí desconhecidos ou aos quais não tinha sido possível o acesso”, o qual “deve ser oferecido nos 10 dias posteriores à notificação da junção dos referidos elementos”.

Por seu turno, o artigo 64º, nº 6, do CPTA estatui: “Quando, na pendência de processo de impugnação de ato que tenha determinado a imposição de deveres, encargos, ónus ou sujeições, a aplicação de sanções ou a restrição de direitos ou interesses legalmente protegidos, for proferido ato com o alcance de sanar os efeitos do ato impugnado, o autor pode *requerer a anulação dos efeitos lesivos produzidos por aquele ato durante o período de tempo que precedeu a respetiva sanção*”³⁹. Trata-se, assim, de uma norma de previsão de “casos particulares de modificação objetiva da instância, que podem resultar da emissão, durante a pendência dos processos de impugnação de ato administrativo, de novos atos administrativos relativos ao objeto desses processos”⁴⁰ e que tem em vista a salvaguarda “[d]o interesse do impugnante na anulação dos efeitos produzidos até ao momento da sanção” em decorrência do disposto no nº 5 do artigo 164º do CPA⁴¹. Nestas circunstâncias, no contencioso administrativo, a modificação objetiva da instância “incide, pois, sobre o pedido e tem o sentido útil de permitir o reconhecimento da

³⁸ Ana Fernanda NEVES, “Questões de articulação...”, *op. cit.*, pp. 119-120.

³⁹ Itálico adicionado.

⁴⁰ Mário Aroso ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 376.

⁴¹ Mário Aroso ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, *op. cit.*, p. 378.

ilegalidade do ato originário, que foi objeto de sanação, em relação aos efeitos já produzidos (nisto se traduzindo a alteração do pedido)⁴².

Estes preceitos de direito processual administrativo têm também aplicação supletiva no domínio do contencioso tributário. Com efeito, na disciplina da tramitação do processo de impugnação não se prevê nenhum mecanismo processual que permita, na sequência de factos supervenientes à propositura da causa, operar uma modificação do objeto da instância. Assim, essa lacuna terá de ser preenchida por apelo à norma de direito subsidiário prevista no artigo 2º do CPPT.

E a idêntica conclusão se deverá chegar no caso do processo arbitral tributário. Por força da alínea c) do nº 1 do artigo 29º do RJAMT aplicam-se subsidiariamente ao processo arbitral tributário as normas sobre organização e processo nos tribunais administrativos e tributários, remissão que permite assim a aplicação do preceituado nos mencionados artigos 64º e 86º do CPTA no quadro dos processos de pronúncia arbitral. Tal solução é, de resto, consentânea com o exemplo paralelo do regime previsto no artigo 20º do RJAMT para as situações em que haja lugar à “substituição na pendência do processo dos atos objeto de pedido de decisão arbitral” (nº 1) — isto é, quando o próprio ato de liquidação impugnado no processo arbitral é substituído por nova liquidação —, determinando então o legislador (artigo 20º, nº 2, do RJAMT) que, também em tais casos, se deva observar supletivamente o disposto no artigo 64º do CPTA.

⁴² Mário Aroso ALMEIDA e Carlos Fernandes CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 446.

SOME THOUGHTS ABOUT HUMAN DIGNITY

Holger P. Hestermeyer*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.23>

Among my cherished memories of Benedita Mac Crorie is a discussion between us one evening in Heidelberg some twenty years ago. At the time, Benedita was working on her doctoral thesis¹. That evening, she set out to explain to me her approach to the concept of the waiver of fundamental rights and its limits, particularly related to human dignity. Moving effortlessly between German dogmatic thought and a Socratic method of questioning my assumptions Benedita gave me a *clase magistral* on fundamental rights. We met again several times over the years and I had the privilege of meeting her family and her students and calling her my friend. But it was this discussion that showed me what academia can be at the best of times: a place for the exchange of ideas, to strive together to better understand the world and maybe even to improve it a little. What better way, then, to honour Benedita than to offer some thoughts on human dignity. If they are

* Professor of International and EU Law, King's College London. E-mail: Holger.Hestermeyer@kcl.ac.uk

¹ See Benedita MAC CRORIE, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, Coimbra, Almedina, 2013.

incomplete or even incoherent, it is because of the absence of our friend, who certainly would have found time to challenge and thereby improve them.

1. The inviolability of human dignity in the German Constitution, the Objektformel and the *Bundesverfassungsgericht*'s decision on the *Luftsicherheitsgesetz*

After the crimes committed by Germany during the third Reich, the drafters of the German *Grundgesetz* consciously put the protection of human dignity into its first article: Article 1(1) proclaims that “Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority”². Somewhat like the protection of human dignity in the Portuguese Constitution, the protection of human dignity in the *Grundgesetz* serves several functions³, to the extent that some have doubted whether it actually contains a right. The *Bundesverfassungsgericht*, however, clearly thinks so⁴. But the wording of Article 1(1) creates a significant problem for the application of the provision as a right: the reference to inviolability means that unlike other rights, the protection granted by Article 1(1) is absolute. The provision cannot be weighed against other rights, nor can the right be limited⁵. This has been criticized by some authors e.g. in the context of bioethics, who argued in favour of ceasing the dogmatic special treatment⁶. Nevertheless, inviolability continues to be the leading approach and has been defended – and vigorously so – as essential for a constitution that wants to enable a life in dignity⁷.

² Translation by Christian TOMUSCHAT, available at https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0019 [01.09.2022].

³ Benedita MAC CRORIE, “O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana ana jurisprudência do tribunal constitucional”, in AAVV, *Estudos em comemoração do 10.º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, pp. 152, 154 ff. See in Germany: Martin NETTESHEIM, “Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos”, *AöR*, vol. 130, 2005, pp. 71, 98 ff.

⁴ E.g. BVerfGE 28, 243, 264 – *Dienspflichtverweigerung*.

⁵ BVerfGE 75, 369, 380 – *Strauß-Karikatur*; BVerfGE 93, 266, 293 – “Soldaten sind Mörder”.

⁶ Matthias HERDEGEN, “Art. 1(1) GG”, in Maunz/Dürig (eds.), *Grundgesetz*, 2003, para. 56 ff.; Manfred BALDUS, “Menschenwürde und Absolutheitsthese”, *AöR*, vol. 136, 2011, pp. 529, 551.

⁷ See in particular Jochen VON BERNSTORFF, “Der Streit um die Menschenwürde im Grund- und Menschenrechtsschutz: Eine Verteidigung des Absoluten als Grenze und Auftrag”, *JZ*, 2013, pp. 905 ff. See also Wolfram HÖFLING, “Art. 1”,

1.1. Interpreting human dignity: the *Objektformel*

The inviolability of the right puts an enormous burden on the proper interpretation of human dignity, as – in contrast to other rights – that interpretation alone decides where the line between acceptable behaviour and a violation of human dignity is drawn: the scope of the right simultaneously defines what constitutes a violation⁸. Unfortunately, attempts to properly define the scope of human dignity have been underwhelming. References to Christian or natural law views about human nature might explain the basis of the right, but do little to clarify its content. Listing acts that violate human dignity show that there is consensus with regard to many acts of violation, but can hardly replace a positive attempt to define the scope of the right⁹. The most popular definition and the one frequently used by the Bundesverfassungsgericht is the so-called “object formula” (*Objektformel*): “Human dignity is connected to the claim of social value and respect for a human being, which prohibits reducing it to the mere object of the state and to treat it in a manner that puts its quality of a subject into doubt. Human dignity in this sense is not just the individual dignity of the person at issue, but also the dignity of the human being as a being belonging to a species. All human beings have that dignity, without regard to their characteristics, achievements or social status”¹⁰.

The formula begs the question, though, when exactly a human being is reduced to being treated as the mere object of the state. Consider two examples.

in Sachs (ed.), *Grundgesetz*, 7th ed., 2014, paras 10 ff.

⁸ Wolfram HÖFLING, “Art. 1”, *op. cit.*, para. 11.

⁹ See with regard to both Wolfram HÖFLING, “Art. 1”, *op. cit.*, paras 14 ff.

¹⁰ “Mit der Menschenwürde ist der soziale Wert- und Achtungsanspruch des Menschen verbunden, der es verbietet, ihn zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt. Menschenwürde in diesem Sinne ist nicht nur die individuelle Würde der jeweiligen Person, sondern auch die Würde des Menschen als Gattungswesen. Alle besitzen sie, ohne Rücksicht auf Eigenschaften, Leistungen oder sozialen Status”. BVerfG 2 BvR 1845/18 order of 1 December 2020, para. 60 (translation by the author, internal references deleted). See also BVerfGE 27, 1, 6, BVerfGE 45, 187, 228, BVerfGE 109, 133, 149 f.

1.2. Testing the *Objektformel*

First, consider the case of a police officer who tortures a person he considers guilty of abducting a child to obtain information about the child's whereabouts. There is general agreement that torture is a violation of human dignity whatever the motivation. The prohibition of torture benefits from special protection even under international law¹¹, both as a treaty norm and as one of those rare instances of *jus cogens*¹², a norm that the international community considers so vital that no state can diverge from it through treaty provisions¹³. But is the torture victim being reduced to a mere object by being tortured to obtain knowledge he might have or acknowledges the police officer's crime the subjectivity of the victim through acknowledging what the police officer believes the victim did? Is "object" or "subject" really under all circumstances the right framework to analyse what is a fragrant mistreatment of a human being? The object formula seems to be of little help.

Secondly, consider the state drafting its budget. Human resources will be budgeted side by side with costs for investment, pencils, desks. While there can be no rational doubt that a state can legally establish a budget including the cost of the salary of its officials without violating their human dignity, it is far less clear what result would be reached by applying the object formula.

While the two examples might seem extreme (and constructed), they do show that the object formula is of limited help in applying the right to human dignity. At best, the formula seems to justify an outcome reached by other means. At worst, it is misleading.

1.3. The *Objektformel* in practice: the *Luftsicherheitsgesetz* case

It is worthwhile to look at how the *Bundesverfassungsgericht* has applied the formula in practice in the case of the *Luftsicherheitsgesetz*¹⁴. The case concerned a constitutional complaint against a provision of the

¹¹ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 10 December 1984, 1465 UNTS 85.

¹² Erika DE WET, "The Prohibition of Torture as an International Norm of *jus cogens* and Its Implications for National and Customary Law", *European Journal of International Law*, vol. 15, 2004, p. 97.

¹³ Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969 (referring to *jus cogens* as peremptory norms), 1155 UNTS 331.

¹⁴ BVerfG 1 BvR 357/05, judgment of 15 February 2005.

Luftsicherheitsgesetz, an act passed by the German Parliament as a response to the September 11 attacks in the USA, in which passenger planes were abducted by terrorists who flew them into the World Trade Centre in New York and into the Pentagon¹⁵. § 14(3) of the *Luftsicherheitsgesetz* would have allowed the use of force against a plane if that plane were to be used against the life of human beings and the use of force would have been the only means to defend against the danger. The complainants argued, amongst others, that this provision violates both human dignity and the right to life¹⁶, as it allows the state to consciously kill human beings who are not perpetrators of a crime, but its victims (namely the crew and passengers in the abducted plane)¹⁷. The defenders of the act argued in that regard that it was not the state, but the hostage-takers who robbed the passengers of their dignity and reduced them to mere objects¹⁸. The Court held that the provision violates the right to life in conjunction with the provisions of the *Grundgesetz* on competences as well as the right to human dignity¹⁹. § 14(3) would have allowed interferences with the right to life, as it provided the state with a legal permission to shoot down a plane under certain very limited circumstances. That interference according to the Court cannot be justified constitutionally both because there is no competence for the federal level to base such a provision on (in particular the provision does not comply with the constitutional provisions on the armed forces)²⁰, and because the provision allows the state to shoot down a plane, the crew and passengers of which are victims rather than perpetrators of an attack²¹. It is this last argument that is of interest to us as it was here that the Court brought the right to human dignity to bear on the case. The Court stated that the right to life can under certain circumstances be restricted by an act of parliament. However, that act needs to be read in light of the right to human dignity. Human dignity

¹⁵ The Court also referred to a 2003 incident in Germany, in which a plane was abducted by a mentally ill man who threatened to crash it into the ECB.

¹⁶ In concreto Articles 1(1), 2(2)1 in connection with Article 19(2) GG.

¹⁷ BVerfG 1 BvR 357/05, paras 35 ff.

¹⁸ BVerfG 1 BvR 357/05, para. 46.

¹⁹ BVerfG 1 BvR 357/05, para. 84.

²⁰ BVerfG 1 BvR 357/05, para. 92.

²¹ BVerfG 1 BvR 357/05, para. 118.

becomes relevant in two respects in the case: the state cannot interfere with the right to life in violation of the right to human dignity and the state has to protect all human life, including against illegal attacks from others²². While the concrete consequences that flow from the right to human dignity cannot be stated in general and for all times, it is clear that the obligation to respect human dignity prohibits reducing human beings to mere objects of the state²³. This – according to the Court – happens when the state shoots down a plane that is used by hostage-takers as a weapon against the life of others. The passengers and crew of the plane used as a weapon are, writes the Court, not just the object of the hostage-takers, a state that shoots down such an abducted plane also “treats them as mere objects of its rescue operation to protect others”²⁴. Crew and passengers of the abducted plane are defenceless and helpless – and will be killed. “Such a treatment disregards the affected persons as subjects with dignity and inalienable rights. They are objectified and deprived of rights by the fact that they are killed as a means to save others; through the unilaterally disposal of their lives by the state the people in the plane, who are themselves worthy of protection as victims, are denied the value each human being has for its own sake”²⁵.

The Court proceeds to point out that, according to convincing testimony before the Court, it is unlikely that the state could establish the facts the act requires to justify shooting down the plane with a sufficient degree of certainty by the moment a decision to shoot down the plane would have to be taken, namely that the plane has been abducted and that the hostage takers intend to use it as a weapon. Decision-makers, following the complex decision-making procedure under the act, thus would generally have to decide on suspicion rather than on the basis of established facts²⁶.

While such uncertainty is at times unavoidable when the state has to act against dangers, it is unacceptable when that action infringes on human dignity. The Court then proceeds to dismiss a number of counterarguments,

²² BVerfG 1 BvR 357/05, paras 119 f.

²³ BVerfG 1 BvR 357/05, para. 121.

²⁴ BVerfG 1 BvR 357/05, para. 124.

²⁵ BVerfG 1 BvR 357/05, para. 124.

²⁶ BVerfG 1 BvR 357/05, paras 125 ff.

in particular the argument that crew and passengers of the abducted plane would die anyways. According to the Court, human life and dignity benefit from protection without regard of the duration. This is all the more true, as the prognosis in the given case is uncertain²⁷. Nor does the Court accept the argument that the obligation of the state to protect those against whom the plane will be used, justifies it being shot down. While the state is under an obligation to protect human lives, it can only resort to means that are constitutional and that is not the case for shooting down a plane with an innocent crew and passengers on board, as these, too, benefit from the state's obligation to protect life²⁸. Accordingly, the Court struck down § 14(3) of the *Luftsicherheitsgesetz* as unconstitutional.

1.4. Criticising the Court's decision in the *Luftsicherheitsgesetz* case

What is most striking about the Court's decision is that even though the Court repeatedly refers to the uncertainty of the decision-making processes that would lead to a decision to shoot down an abducted plane, the Court's application of human dignity is categorical. The Court's application of the object formula comes to the result that shooting down a plane with an innocent crew and/or passengers that the hostage-takers intend to use as a weapon is impermissible, as the innocent crew and passengers are reduced to objects. The categorical nature of human dignity means that mitigating arguments can no longer change this outcome. The fact that the plane would be used as a weapon and the passengers would be killed anyways is irrelevant as the state cannot judge what duration of life is relevant. The fact that other human beings would be protected is similarly irrelevant: you cannot weigh one life against another in the application of human dignity. The outcome is counterintuitive and – to the ears of a neutral observer – even shocking: The logic of the court's argument implies that in a hypothetical event like September 11 shooting down the planes is impermissible even if the facts that the plane has been abducted and is to be used as a weapon can

²⁷ BVerfG 1 BvR 357/05, paras 132 f.

²⁸ BVerfG 1 BvR 357/05, paras 138 f.

be established with certainty. I have serious doubts that this outcome does justice to the human dignity of the hostages on the abducted plane. And to some extent, the Court seems to harbour doubts as well, as it repeatedly points to out that decision-makers usually would have to make such a call in conditions of uncertainty.

The Court's repeated references to that uncertainty point to another astonishing aspect of the case: the Court's resort to human dignity and categorical arguments in that regard seem to have been wholly unnecessary. The convincing testimony about the uncertainty of the decision-making processes involved in reaching the decision to shoot down a plane implies that the Court could have reached the same outcome it reached by arguing with the right to life alone, applying a thorough proportionality analysis.

For the purposes of this contribution, there are two lessons that can be drawn from the *Luftsicherheitsgesetz* case with regard to human dignity: the first one is the confirmation that the object formula is an unreliable tool in understanding the content of human dignity. The second one is that human dignity should not be resorted to lightly: if it is to serve as a categorical, inviolable right, it should be used as a final defence.

2. Will human dignity be a final defence? The *Bundesverfassungsgericht* and *identity control*

Arguably, another development of the case law of the *Bundesverfassungsgericht*, however, does not bode well for a sparing use of human dignity. That development regards the well-known case law of the Court relating to its power to control EU acts. Several prongs of that case law can be distinguished: According to *Solange II* the Court refrains from analysing the compliance of secondary EU law with German fundamental rights as long as the EU provides for an effective protection of fundamental rights generally equivalent to that of the *Grundgesetz*²⁹. However, the Court will analyse compliance of EU law with the German *Grundgesetz* in concrete

²⁹ BVerfGE 73, 339 – *Solange II*. See also BVerfGE 1 BvR 276/17 – *Recht auf Vergessen II* and Fn. 32.

cases in two instances³⁰. Firstly, it will inquire whether legal acts of the EU remain within the scope of the competences conferred (“*ultra-vires control*”). Secondly, the *Bundesverfassungsgericht* analyses whether the inviolable core content of the constitutional identity of the *Grundgesetz* is respected. It is this so-called “*identity control*” that is of interest for the argument here. The dogmatic basis for the *Bundesverfassungsgericht*’s *identity control* is that the *Grundgesetz* explicitly mandates participation in the EU in Art. 23(1), but subjects that participation to Art. 79(2)(3). As the Court states: “The primacy of EU law is limited by the core principles of the constitution, which is put beyond the reach of European integration by Art. 23(1)3 in conjunction with Art. 79(3)”³¹.

The protected core content of the *Grundgesetz* under Article 79(3) consists of a very limited number of fundamental principles: the division of the Federation into *Länder*, their participation in principle in the legislative process, and the principles laid down in Articles 1 and 20. Unsurprisingly given the history of the *Grundgesetz* and its elevation of human dignity to the first rank of fundamental rights, human dignity is one of these few principles. Accordingly, under the *identity control* prong the Court will control the compliance of EU acts with the tenets of human dignity³².

In theory and principle, *identity control* is a very limited judicial tool that allows the *Bundesverfassungsgericht* to step in and provide for protection in extreme cases (and only in extreme cases). The hurdles imposed on the Court taking action are high. They also need to be high, as protection in such cases is appropriately granted by the Court of Justice of the European Union³³. The imposition of a limited, rather theoretical control mechanism fits with

³⁰ See in that regard BVerfGE 123, 267, 353 f. – *Lissabon*; BVerfGE 126, 286 – *Honeywell*; BVerfGE 140, 317 – *Europäischer Haftbefehl II*. See Holger HESTERMEYER, *Eigenständigkeit und Homogenität in föderalen Systemen*, 2019, pp. 181 ff.; SCHWERTFEGGER, “Europäisches Unionsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *EuR*, 2015, pp. 290 ff.

³¹ BVerfG 2 BvR 2735/14 para. 36.

³² This control is an exception to the *Solange II* approach, SAUER, “Solange geht in Altersteilzeit”, *NJW*, 2016, pp. 1134, 1136 ff. Note also that the *Bundesverfassungsgericht* more recently stated that it will review the domestic application of EU law on the basis of EU fundamental rights where rights of the *Grundgesetz* are inapplicable due to the primacy of EU law. The full extent of this new approach is not yet clear. BVerfGE 1 BvR 276/17 – *Recht auf Vergessen II*.

³³ The *Bundesverfassungsgericht* argues that *identity control* does not violate the principle of sincere cooperation under Article 4(3) TEU, as it can rely on Article 4(2)1 TEU.

the Court's traditional approach to its judicial conversation with the Court of Justice of the European Union, under which the *Bundesverfassungsgericht* in almost all cases follows the Court of Justice and in very rare, exceptional cases issues warnings and imposes limits, but does so sparingly and for extreme cases, potentially improving rather than endangering EU integration.

From a litigation strategy point of view, however, the lesson to be drawn from the *identity control* mechanism established by the Court is different: The mechanism opens a door that had been shut after *Solange II*. An individual trying to obtain protection against an EU act from the *Bundesverfassungsgericht* based on fundamental rights can now try and do so, but has to couch the complaint in terms of a violation of human dignity, as the *Bundesverfassungsgericht* does not analyse the violation of other rights under the *Solange II* case law. Diligent lawyers will not have too hard a time to frame their arguments as falling under human dignity, as human dignity underlies the value system of the *Grundgesetz*. It then falls to the Court to not give in to the temptation to allow a mechanism conceived for extreme, theoretical cases, to indirectly become an every-day recourse for fundamental rights through an argument based on human dignity and with that to blur the concept of human dignity as a last line of defence.

Such restraint will not necessarily be easy, as the example of the European arrest warrant shows: Here, cases reaching the Court usually concern a human being in an extreme situation and any court confronted with such cases will want to proceed carefully and ensure that an individual's rights are protected. For the Court, Article 1 is the only realistic tool available to do so. This was the case in *Europäischer Haftbefehl II*, where the *Bundesverfassungsgericht* had to deal with a European arrest warrant against a US citizen convicted in Italy *in absentia* to a 30-years sentence. The Court activated its identity control with regard to human dignity, under which criminal punishment requires guilt³⁴. The case straddles a fine line: On the one hand, the Court held that the *Oberlandesgericht* Düsseldorf violated the human dignity of the accused by accepting the extradition without sufficiently analysing the alleged inability of the accused to defend himself

³⁴ BVerfG 2 BvR 2735/14, para. 48.

under Italian procedural law³⁵. The Court explicitly stated that the tenets of EU law, including the CJEU's *Melloni* decision³⁶, which also concerned the execution of a European arrest warrant issued by Italian authorities for a judgment handed out *in absentia*, do not relieve Germany authorities from the duty to ensure compliance with human dignity³⁷. On the other hand, however, the Court held that the relevant provisions of EU law comply with human dignity³⁸. The case demonstrates that the Court is, when push comes to shove, willing to step in to protect individuals – using human dignity as the entry point. This entails the risk that the categorical protection of human dignity, which is not necessarily well suited for the complex weighing processes involved in everyday cases, becomes a more common argument.

3. Conclusion

The discussions about human dignity have not quieted down since those days in Heidelberg when Benedita worked on the topic. If anything, they have become ever more complex, ever more difficult to resolve. It is hard to believe that I will not have the possibility to continue the discussion with my friend Benedita.

³⁵ BVerfG 2 BvR 2735/14, para. 125.

³⁶ CJEU, Case C-399/11 *Melloni*, EU:C:2013:107.

³⁷ BVerfG 2 BvR 2735/14, para. 83.

³⁸ BVerfG 2 BvR 2735/14, paras 84, 125. See also C-404/15 and C-659/15 PPU *Pál Aranyosi and Robert Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198.

A “AUTODETERMINAÇÃO DO DOENTE” ENQUANTO NOVO PARADIGMA DA MEDICINA E O CONSENTIMENTO INFORMADO COMO SEU INSTRUMENTO CONCRETIZADOR: ALGUNS CASOS ESPECIAIS DE CONSENTIMENTO

Isa António*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.24>

1. O novo paradigma da medicina: o doente como epicentro dos cuidados de saúde

A autodeterminação do doente no âmbito dos cuidados de saúde radica do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual representa o núcleo essencial dos direitos humanos e do Direito. A autodeterminação encerra, em si mesma, um dos princípios basilares e mais caros à bioética e ao Direito da Saúde.

O consentimento do doente revela-se imprescindível à efetivação da autodeterminação na prestação de cuidados de saúde. Esta assume-se,

* Professora Auxiliar Convidada, da Escola de Direito, Universidade do Minho (iantonio@direito.uminho.pt).

atualmente, como um traço-estruturante do novo paradigma na saúde caracterizado pelo empoderamento do doente, no que à sua vida e à sua saúde concerne.

O epicentro dos cuidados de saúde não é os seus profissionais, personificados na pessoa do “médico”, mas sim o doente. Este deixou de ser visto como um mero objeto sobre o qual se procede a atos clínicos e a atos médicos em sentido amplo.

Este entendimento preconiza uma transição marcante no que à saúde concerne: o foco da medicina é o “doente” e não o “prestador de cuidados de saúde”.

Trata-se de uma “*revolução copernicana*”: do clássico modelo hipocrático (paternalista) transitamos para um moderno modelo humanista, caracterizado pela autonomia e autodeterminação do doente.

A razão de ser indicada para esta “inversão de importâncias” consubstancia-se na necessidade de ser assegurada a relação especial (e ancestral) entre doente e profissional de saúde assente na confiança. Confiança, esta, que apenas poderá ser alcançada através do respeito pela intrínseca vontade do doente e de suas crenças, sendo certo que o valor da lealdade e de boa-fé vincula ambos, pois é, de parte a parte, a “pedra de toque” para a prestação de cuidados de saúde.

Assistimos, pois, ao abandono do ancestral “paternalismo clínico”¹, de inspiração Hipocrática, ao mesmo tempo que se reconhece ao doente um conjunto de direitos humanos a ser respeitados no exercício da medicina² sintetizados no princípio bioético da “autodeterminação do doente”.

Revela-se mais visível a preocupação do legislador com o consentimento prévio e informado do doente, quando este possui algum tipo de deficiência que afete a cognição, o discernimento e a capacidade decisória (v.g. doentes do foro mental).

¹ Glória JÓLLUSKIN e Teresa TOLDY, “Autonomia e Consentimento Informado: Um Exercício de Cidadania?”, *ANTROPOlógicas*, nº 12, 2011, pp. 47 e ss., disponível em <https://revistas.rcaap.pt/antropologicas/article/view/1036> [05.09.2022]; Parth SHAH *et al.*, “Informed Consent”, disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK430827/> [06.09.2022].

² Assim, Helena Pereira de MELO, *O Consentimento esclarecido na prestação de cuidados de saúde no Direito Português*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 25.

Existe também um reforço da tutela do consentimento do doente que se encontre em posição de especial vulnerabilidade, independentemente do fator da mesma, como o menor de idade. Por outro lado, quando as terapêuticas e cirurgias impliquem riscos para a vida e saúde do doente também o consentimento é exigido, em termos mais rígidos em termos de formalismo. Terá de ser prestado consentimento por escrito ou, em certos casos, testemunhado.

Assistimos, pois, a uma mudança de paradigma na medicina traduzido numa transição do paternalismo médico para o foco na *vontade esclarecida* do doente e para o seu efetivo bem-estar físico, psíquico e moral. Reconhece-se a este, hoje um justo (e natural) protagonismo através da liberdade de disposição sobre o próprio corpo, que apenas poderá ser alcançada por via do consentimento informado, livre e esclarecido.

Nesta senda, Quintana-Trias refere que “[a] nova maneira de exercer a medicina, supõe que os esquemas que foram válidos até há algumas décadas foram substituídos por uma forma radicalmente distinta de abordar a saúde e a doença. O paternalismo médico tornou-se, em grande medida, obsoleto, assim como o trabalho individual, substituído pelo trabalho em equipa”³.

2. O consentimento informado

O consentimento consubstancia uma permissão, uma autorização do doente dada aos profissionais de saúde que pretendem atuar sobre si, de modo mais ou menos invasivo: simples exame de diagnóstico ou complexa intervenção médico-cirúrgica. Não se trata de um ato médico.

O consentimento assume-se como um pré-requisito da intervenção médica⁴ e resulta de um processo de diálogo entre o médico e o doente que antecede a prática do ato médico, como condição de validade do mesmo.

³ Assim, Octavi Quintana-Trias *apud* Álvaro Cunha RODRIGUES, “Consentimento informado – pedra angular da responsabilidade criminal do médico”, in AAVV, *Direito da Medicina – I*, vol. 6, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 32.

⁴ Neste sentido, *vide* João Álvaro Dias *apud* Álvaro Cunha RODRIGUES, “Consentimento informado – pedra angular da responsabilidade criminal do médico”, *op. cit.*, p. 35.

Mais particularmente: o consentimento juridicamente válido e relevante, habilitante e legitimador da atuação médica sobre uma determinada pessoa exige o preenchimento de determinados requisitos.

O exercício do ato médico e, claro está, da própria medicina conforme ao princípio da autonomia e da autodeterminação do doente exige que se forneça a este, informação relevante à tomada de uma decisão médica ponderada. Dito doutro modo: o consentimento juridicamente relevante é o consentimento informado, livre e esclarecido. Este consentimento vai muito mais além que uma mera aprovação do doente.

Tal como salientam Maria João Estorninho e Tiago Macieirinha, o consentimento não tem consagração constitucional expressa enquanto direito fundamental.

No entanto, o consentimento por um lado, assume um estatuto jusfundamental e é corolário necessário de direitos com assento constitucional, como o direito à integridade física e moral ou psíquica (artigo 25º), assim como, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26º, nº 1)⁵. Por outro lado, a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina expressa claramente a obrigatoriedade de consentimento prévio e informado⁶ e, esta Convenção⁷ faz parte integrante da ordem jurídica portuguesa por via do artigo 8º, da Constituição da República Portuguesa. O mesmo vale para a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 3º, nº 2)⁸.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade interrelaciona-se umbilicalmente com um acervo de princípios de bioética, como designadamente:

⁵ Maria João ESTORNINHO e Tiago MACIEIRINHA, *Direito da Saúde*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2004, p. 269.

⁶ Assim, nestes termos, *vide* o artigo 5º: “Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos. A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento”.

⁷ Esta Convenção também é conhecida por “Convenção de Oviedo”, tendo sido ratificada por Portugal em 2001. É comumente designada de “Tratado dos direitos dos doentes”, pois enaltece os princípios de autonomia, autodeterminação e dignidade.

⁸ Artigo 3º, nº 2, CDFUE: “nº 1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental; nº 2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: a) O consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei”.

- a) Princípio do respeito da autonomia⁹ e autodeterminação (liberdade decisória)
- b) Princípio do primado do ser humano¹⁰
- c) Princípio da dignidade humana ou do tratamento digno
- d) Princípio da beneficência (e o princípio da maleficência)

De acordo com o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida: “o processo de Consentimento Informado é um requisito estruturante das relações entre profissionais de saúde e utentes, incontornável na prestação de cuidados de saúde, no cumprimento: (1) do respeito pelos direitos humanos, da dignidade da pessoa e pela autonomia individual, ao envolver cada um nas decisões que a si lhe dizem respeito; (2) da obrigatoriedade da beneficência, a partir da ponderação de riscos e benefícios associados às intervenções projetadas no contexto de vida da pessoa em causa, e como forma de promover a adesão terapêutica”¹¹.

Existem critérios ou requisitos para que o consentimento do doente assuma a relevância e logre alcançar as seguintes características: “informado, livre e esclarecido” (*informed consent*¹², na terminologia anglo-americana).

Refere o Supremo Tribunal de Justiça que “sobre o médico recai um dever de informação e de obtenção de consentimento informado, deveres estes que surgem para *neutralizar (ainda que sem eliminar) a assimetria de informação* que tipicamente caracteriza a relação médico-paciente”¹³.

Deste modo, o consentimento do doente surge como um mecanismo de nivelamento ou de ajustamento da relação estruturalmente desequilibrada

⁹ Importa, na medicina, a obrigatoriedade de o médico estabelecer prévia comunicação com o paciente, informando-lhe adequadamente todas as implicações acerca da doença, desde tratamentos possíveis até os riscos inerentes aos procedimentos adotados, com vista à obtenção do seu consentimento. O tratamento escolhido pelo doente deverá ser o que se revele ser mais conforme aos seus ideais, crenças, convicções pessoais e religião.

¹⁰ De acordo com o artigo 2º, da Convenção de Biomedicina: “O interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência”.

¹¹ Cf. p. 3 da Recomendação do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, de julho de 2022, disponível em https://www.cnevc.pt/pt/deliberacoes/recomendacoes/recomendacao-sobre-o-processo-de?download_documento=9722&token=38a210ce406cffe9d12a012cd4d8 [07.09.2022].

¹² Vide a informação acerca do “informed consent” e seu processo, revisto em 16 janeiro de 2019, na *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponível em <https://revistas.rcaap.pt/antropologicas/article/view/1036> [06.09.2022].

¹³ Neste sentido, vide o acórdão do STJ, 1ª seção, processo nº 19473/17.6T8LSB.L1.S1, 18.01.2022, relator Pedro de Lima Gonçalves, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cf462bc30cdf183b802587e60055fc02?OpenDocument> [09.09.2022].

entre médico-paciente, em que o primeiro possui conhecimentos especializados e privilegiados sobre o corpo, mente e estado de saúde do segundo¹⁴.

Maior acuidade adquire o consentimento informado, quando pensamos que existem doenças designadas de “doenças” iatrogénicas que são provocadas pela própria ação médica que se iniciou com vista a debelar uma doença, mas que acaba por originar outra.

No que concerne a pressupostos para a prestação de um consentimento válido, podemos indicar, desde logo, a capacidade da pessoa. Como referência é utilizado o regime geral da capacidade negocial, com as necessárias adaptações.

O critério do homem médio (artigo 487º, nº 2, do Código Civil) deverá ser também trazido à colação, tendo o médico de adaptar a sua linguagem e de desenvolver o esforço (quicá acrescido) em transmitir a informação clínica, em função do grau de cultura, de literacia e de capacidade de entendimento do doente que *concretamente* está a tratar.

Existe uma presunção de que adultos desprovidos de qualquer capacidade de exercício de direitos possuem capacidade para prestar o seu consentimento¹⁵. No caso de adultos portadores de anomalia psíquica e de menores, deverão ser os respetivos representantes legais a prestar o consentimento para a prática do ato médico¹⁶.

Os representantes legais dos menores¹⁷ são em regra os seus pais, mas é relevante a opinião do menor. Esta deverá ser tida em consideração em função da idade e grau de maturidade da criança ou jovem¹⁸.

¹⁴ *Vide*, com interesse, José Roberto GOLDIM, “Consentimento e informação: a importância da qualidade do texto utilizado”, *Revista HCPA*, vol. 26, nº 3, 2006, pp. 117-119, disponível em <https://www.univates.br/media/Etica/leituras/Consentimento-e-informacao.pdf> [05.09.2022].

¹⁵ Assim, Maria João ESTORNINHO e Tiago MACIEIRINHA, *Direito da Saúde, op. cit.*, p. 271.

¹⁶ Podemos verificar o do Código Deontológico dos Médicos, no seu artigo 21º, sob a epígrafe “Doentes incapazes de dar o consentimento”: “nº 1 - O consentimento dos menores ou de doentes com alterações cognitivas que os tornem incapazes, temporária ou definitivamente, de dar o seu consentimento, deve ser solicitado ao seu representante legal, se possível”.

¹⁷ *Vide*, a respeito do “processo de consentimento informado em menores de idade: requisitos ético-jurídicos”, a Recomendação do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, de julho de 2022, disponível em https://www.cneqv.pt/pt/deliberacoes/recomendacoes/recomendacao-sobre-o-processo-de?download_document=9722&token=38a210ce406cfcfc9d12a012cd4d8 [07.09.2022].

¹⁸ Cf. artigo 6º, nº 2, da Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina. É entendimento firmado pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida que: “Por norma, quanto mais idade tiver o menor, maior será a sua capacidade para compreender a sua situação clínica, as alternativas que se colocam e pronunciar-se sobre o que considera mais adequado para si próprio. Em todo o caso, o menor de idade deverá ser sempre envolvido no processo

Quando os pais não concordam com o tratamento a dar ao seu filho, aparentando existir uma dissonância insanável, será o juiz (Tribunal de Família e Menores) a suprir a vontade dos pais, atendendo ao *interesse superior da criança*, sendo coadjuvado por uma equipa multidisciplinar constituída por psicólogos e médicos da especialidade em causa.

Especialmente delicada é a situação do transplante e colheita de órgãos de um irmão menor a outro, pelo que a “malha” de cumprimento do dever de informação é mais apertada, assim como, a obrigatoriedade de obtenção de consentimento nos termos prescritos na respetiva Lei.

Há lugar à *dispensa de consentimento* nos casos de urgência e de internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica e de doença contagiosa. Questão interessante é saber se o denominado “*privilegio terapêutico*” é uma das exceções admissíveis à não prestação de informação ao doente e, concomitantemente, à não obtenção do legalmente devido consentimento. Defendemos que deverá ser dada a oportunidade ao doente de se pronunciar sobre se pretende ter acesso a toda a informação, a parte dela ou a nenhuma informação. O médico não deverá decidir pelo doente.

A forma do consentimento pode ser *oral*¹⁹ ou *escrita*²⁰ e porventura *testemunhado*²¹, dependendo das circunstâncias e do grau de complexidade

de tomada de decisão (1) pelo respeito fundamental pelo desenvolvimento da sua autonomia e como contributo para esse percurso, (2) como meio essencial de promoção da sua adesão às intervenções clínicas (e.g. de diagnóstico e/ou terapêuticas, bem como de avaliação psicológica e/ou pericial) a implementar, assim concorrendo para a eficácia das mesmas (3) e também como via para fomentar a educação para a saúde”. Assim, p. 4 da Recomendação do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, de julho de 2022. Disponível em https://www.cnevc.pt/pt/deliberacoes/recomendacoes/recomendacao-sobre-o-processo-de?download_document=9722&token=38a210ce406cfcfc9d12a012cd4d8 [07.09.2022].

¹⁹ O princípio geral é o da liberdade de forma da declaração negocial (artigo 219º do Código Civil) que serve de orientação ao exercício da medicina.

²⁰ Na lei de procriação medicamente assistida, encontra-se consagrada a obrigatoriedade de forma escrita, no artigo 14º: nº 1 - “Os beneficiários devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável”. Atente-se ainda no facto interessante de a própria informação clínica ter de ser dada por escrito e segundo um modelo próprio do CNPMA: nº 2 - “Para efeitos do número anterior, devem os beneficiários ser previamente informados, por escrito, de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas. nº 3 - “As informações constantes do número anterior devem constar de documento, a ser aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, através do qual os beneficiários prestam o seu consentimento”.

²¹ De acordo com o artigo 23º, do Código Deontológico dos Médicos, o consentimento pode assumir a forma oral ou escrita, mas também poderá ser prestado perante testemunhas. Refere o nº 2, do citado preceito: “O consentimento escrito e o testemunhado é exigível em casos expressamente determinados pela lei ou regulamento deontológico”. Exemplo de consentimento testemunhado é o previsto no artigo 8º, nº 2, da Lei relativa à “Colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana”: “O consentimento do dador e do receptor é prestado perante: a) Um médico designado pelo diretor clínico do estabelecimento onde a colheita se realize, quando se trate de transplante

e de invasão do ato médico no corpo da pessoa. Quanto maiores os riscos da intervenção médico-cirúrgica ou farmacológica, maior a exigência legal e deontológica em torno do consentimento.

Na maioria das situações, o consentimento é *expresso*, podendo, no entanto, ser *presumido*. Este tipo de consentimento existe, em caso de urgência, de risco para a vida do doente, em que não é possível obter o consentimento à intervenção médica e não é viável, em tempo útil, determinar se ele autorizaria esse ato médico.

Importa, pois, trazer à colação o artigo 22º (“Consentimento presumido”), do Código Deontológico dos Médicos: “O médico deve presumir o consentimento dos doentes nos seguintes casos:

- a) Em situações de *urgência*, quando não for possível obter o consentimento do doente e desde que não haja qualquer indicação segura de que o doente recusaria a intervenção se tivesse a possibilidade de manifestar a sua vontade;
- b) Quando só puder ser obtido com adiamento que *implique perigo para a vida ou perigo grave para a saúde*;
- c) Quando tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente, *por se ter revelado imposto como meio para evitar perigo para a vida ou perigo grave para a saúde*, salvo se se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado”

Na dúvida, o médico deve desenvolver todos os esforços ao seu alcance para tratar o doente e para lhe salvar a vida.

Para além da capacidade de entendimento que a pessoa deverá ter no momento em que o médico lhe explica o seu prognóstico, os termos do procedimento médico ou terapêutica e o seu diagnóstico, é critério de boas práticas que esse “esclarecimento deva ser prestado pelo médico com palavras adequadas, em termos compreensíveis, adaptados a cada doente, realçando o

de órgãos, tecidos ou células regeneráveis; b) Um médico designado pelo diretor clínico do estabelecimento onde a colheita se realize”.

que tem importância ou o que, sendo menos importante, preocupa o doente” (artigo 19º, nº 3, do Código Deontológico dos Médicos).

Tal como já mencionado anteriormente, o grau de literacia e de cultura, assim como, o próprio nível socioeconómico do doente deverá ser tido em consideração pelo médico, atendendo ao critério do *bonus pater familias* ou padrão do homem médio.

É requisito ou condição positiva (tem de se verificar) para um consentimento válido e para uma atuação conforme às *leges artis*²², que o médico revele a preocupação em adotar uma linguagem o mais acessível possível, em função do doente que está concretamente a tratar.

Também o conteúdo da sua “mensagem” deverá variar em função do estado emocional²³, psíquica e vulnerabilidade física. É de suma relevância a prévia decisão do doente em ter maior ou menor informação.

A informação deverá ser formulada e transmitida numa linguagem clara, objetiva, acessível, inteligível, exata e completa (sem lacunas)²⁴, não devendo ser usados *artifícios linguísticos* com vista a induzir o doente a tomar a decisão desejada pelo médico.

Veja-se, a título de exemplo, a redação do artigo 7º, da Lei relativa à “Colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana”²⁵: “O médico deve informar, de modo *leal, adequado e inteligível*, o dador e o recetor dos riscos possíveis, das consequências da dádiva e do tratamento e dos seus efeitos secundários, bem como dos cuidados a observar ulteriormente”.

A *lealdade* é outra característica determinante da informação a ser prestada pelo médico: O médico não poderá omitir aspetos essenciais ao sentido e alcance da expressão “consentimento informado, livre e esclarecido”. A manipulação de informações, de resultados de análises clínicas ou de exames complementares de diagnósticos – ainda que bem intencionadamente

²² Guidance for applicants. Informed Consent. Disponível em https://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/fp7/89807/informed-consent_en.pdf [06.09.2022]; Sílvia MARINA *et al.*, “Consentimento Informado na Investigação Clínica em Portugal: Promoção de Boas Práticas”, *Acta Med Port*, vol. 33, nº 7-8, Jul-Aug 2020, pp. 453-455, disponível em <https://www.actamedicaportuguesa.com/revista/index.php/amp/article/view/13545/6002> [08.09.2022].

²³ Cf. o artigo 19º, nº 3, do Código Deontológico dos Médicos.

²⁴ José Roberto GOLDIM, “Consentimento e informação: a importância da qualidade do texto utilizado”, *op. cit.*, pp. 117-119.

²⁵ Cf. Lei nº 12/93, de 22 de abril, na sua redação mais atualizada pela Lei nº 75º-B/2020, de 31 de dezembro.

– é reprovável e merece censura do Direito²⁶ e da Ética médica, através de processo disciplinar junto da respetiva Ordem Profissional.

Como elucida Álvaro Cunha Rodrigues, “a manifestação de concordância do portador do bem jurídico que é o paciente com a intervenção ou tratamento médico, para ser válida, pressupõe, não apenas uma simples informação, mas um verdadeiro e tão completo quanto possível esclarecimento, decorrente de um dever especial e funcional do médico [de] prestar ao seu paciente esclarecimentos com lealdade, em linguagem acessível e apropriados ao seu estado sobre os meios de diagnóstico, inconvenientes, diagnóstico estabelecido, prognóstico, tratamentos indicados, alternativas terapêuticas, efeitos colaterais, etc.”²⁷.

3. A informação como elemento indispensável e integrante do consentimento

Tal como já referido anteriormente, assume-se como condição *sine qua non* para a prestação de um consentimento juridicamente relevante (válido e legal), o cumprimento do dever de informar por parte do médico. Verifica-se que, muitas das situações de violação do consentimento do doente tiveram na sua base a violação do dever de informação²⁸.

Mas, se é verdade que existe o dever do médico a informar o paciente, também é verdade que existe o direito do médico à informação correta por parte do doente sobre o seu verdadeiro estado de saúde e sobre se cumpre integralmente as recomendações médicas ao nível da alimentação, medicação, prática desportiva e sobre a inibição ou não de vícios como álcool e tabaco.

Impende, igualmente, sobre o doente o dever de informação.

²⁶ Vide Nuno Pinto de OLIVEIRA, *Ilícitude e Culpa na Responsabilidade Médica*, disponível em https://www.centrodedireitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Imateriais_1.pdf [06.09.2022]

²⁷ Neste sentido, vide Álvaro Cunha RODRIGUES, “Consentimento informado – pedra angular da responsabilidade criminal do médico”, *op. cit.*, p. 31.

²⁸ Nesta linha de fundamentação, segue a jurisprudência portuguesa, assim traduzida: “IV - Ante o reconhecimento de *uma situação de violação do dever de informação que conduziu a um consentimento inválido* e de que as lesões causadas à integridade física e à liberdade são ilícitas gera-se uma obrigação de indemnizar os danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pelo paciente” (itálico nosso). Assim, vide o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, processo nº 0884/12.0 BÉBRG, de 16.12.2021, relator Carlos Carvalho, disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/1d48c6e74692b044802587b8005f1610?OpenDocument> [06.09.2022].

Um depende do outro. Um é contrapartida do outro: o médico apenas poderá cumprir o seu dever se o doente o tiver informado de forma leal e adequada sobre o seu historial clínico e sintomas.

De acordo com a Lei de Bases da Saúde²⁹, mais precisamente, na Base 2, nº 1, as pessoas têm o direito: “e) A ser informadas de forma adequada, acessível, objetiva, completa e inteligível sobre a sua situação, o objetivo, a natureza, as alternativas possíveis, os benefícios e riscos das intervenções propostas e a evolução provável do seu estado de saúde em função do plano de cuidados a adotar; f) A decidir, livre e esclarecidamente, a todo o momento, sobre os cuidados de saúde que lhe são propostos, salvo nos casos excepcionais previstos na lei, a emitir diretivas antecipadas de vontade e a nomear procurador de cuidados de saúde”.

Sobre o paciente recai, em primeiro lugar, o dever de informar o seu médico e apenas assim poderá arrogar-se em plenitude do direito a exigir do médico, toda a informação sobre o seu real estado de saúde, terapêuticas possíveis e potenciais efeitos secundários.

Mas afinal qual o espectro de abrangência do dever de informação que recai sobre médico? (critério ou requisito de substância)

André Dias Pereira alerta para o facto de que demasiada informação ou regras demasiado exigentes em torno da informação a dar ao doente não ser algo necessariamente benéfico para o *doente*. Este poderá não conseguir escrutinar todo o manancial de dados clínicos, muitos dos quais, colaterais e acessórios ao entendimento sobre o diagnóstico, tratamento e prognóstico. E, em termos de custo-benefício, para os *outros doentes* devido ao tempo despendido pelo médico em dar “infundáveis” e “acessórias” informações³⁰.

Mais particularmente no que se refere à informação sobre riscos graves associados a terapêuticas e cirurgias, de acordo com a jurisprudência portuguesa existem dois aspetos-chave:

Por um lado, “o doente tem direito à informação médica necessária a decidir se quer ou não submeter-se ao acto médico, só sendo válido o consentimento livre e esclarecido”. Por outro lado, o Tribunal considera que “não

²⁹ Lei nº 95/2019, de 4 de setembro - Base 2, sob a epígrafe “Direitos e deveres das pessoas”.

³⁰ André Gonçalo Dias PEREIRA, “Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade”, *op. cit.*, p. 8.

viola o dever de informação o médico que não detalha ao doente os riscos associados à *intervenção cirúrgica de verificação muito rara*, num quadro em que *o doente está a par da gravidade sua situação clínica*, e em que *foram observadas as regras da legis artis*³¹.

A este propósito, o Ilustre Autor sublinha que existem dois entendimentos que merecem destaque relativamente ao dever de informar o doente dos riscos graves associados ao tratamento, (ainda que raros)³².

A jurisprudência francesa afirma a obrigatoriedade de informar sobre todo e qualquer risco, ainda que estatisticamente seja rara a sua verificação. Pelo contrário, em Espanha é adotada uma posição mais moderada, tendo o médico de informar apenas sobre os riscos graves que sejam previsíveis.

Consideramos que sendo a medicina uma atividade especialmente perigosa, suscetível à ocorrência de riscos e de efeitos adversos, variando de organismo para organismo as reações à medicação e terapêuticas aplicáveis, num dado momento, segundo as regras atuais da ciência, da tecnologia e dos conhecimentos da medicina (*legis artis* da profissão), afigura-se-nos mais razoável a segunda posição.

Defendemos que existe o dever de o médico transmitir ao doente os possíveis efeitos colaterais, sequelas e riscos raros, *segundo estatísticas disponíveis*.

Afastamos o primeiro entendimento por implicar, a nosso ver, um ónus muito significativo sobre o médico, conduzindo a uma responsabilização praticamente inevitável. Sufragamos uma solução diferente na situação em que o doente pergunta ao médico sobre quais os riscos e este, falta com a verdade ou omite-lhe os factos intencionalmente.

O Código Deontológico dos Médicos assume uma especial preocupação, atinente à matéria de riscos para a saúde e vida do doente, refletida neste preceito (artigo 20º, nº 3): “O médico deve aceitar e pode sugerir que o doente procure outra opinião médica, particularmente *se a decisão envolver riscos significativos ou graves consequências para a sua saúde e vida*”.

³¹ Cf. acórdão do STJ, 7ª seção (cível), processo nº 21966/15.0T8PRT.P2.S1, 26.11.2020, relator Ferreira Lopes, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a42045733d4b5b368025864100647859?OpenDocument> [09.09.2022].

³² Neste sentido, André Gonçalo Dias PEREIRA, “Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade”, *op. cit.*, p. 10, e, ainda, do mesmo Autor *Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, Publicações do Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

Especificamente sobre o espectro do dever de informação do médico sobre os riscos, a doutrina oferece alguns critérios ou propostas de caminhos a seguir.

“Os riscos significativos também são medidos em consequência da *frequência* e da *gravidade*. Logo, quanto mais graves e mais frequentes forem os riscos, mais obrigação tem o médico de informá-los ao paciente. Porém, *quando o risco não é frequente, mas é grave, a doutrina não encontra consenso* se esta aleatoriedade deveria ser informada ao paciente ou não, ficando ainda mais vinculada à *casuística*. Por fim, a teoria do risco significativo utiliza o *critério dos fatores pessoais do paciente*. Neste último, levam-se em consideração as *características pessoais do paciente* que podem fazer aumentar ou diminuir a extensão da obrigação de informar os riscos. Assim, o *nível de compreensão*, os *aspectos físicos (alergias, problemas cardíacos, etc.) e comportamentais (como o tabagismo e o uso de drogas)* são relevantes para determinar quais riscos são significativos”³³ (itálico nosso).

No que tange à ética da prática médica, revela-se imprescindível abordar o Código Deontológico dos Médicos.

Refere o nº 1, do artigo 19º, do Código Deontológico dos Médicos que “o doente tem direito a receber e o médico o dever de prestar esclarecimento sobre o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da sua doença”. Por outro lado, o nº 2 concretiza que “o esclarecimento deve ser prestado previamente e incidir sobre os aspetos relevantes de atos e práticas, dos seus objetivos e consequências funcionais, permitindo que o doente possa consentir em consciência”.

O doente tem de ter conhecimento prévio da possibilidade de ficar com maleitas ou sequelas como resultado de um determinado tratamento, podendo ficar com incapacidade laboral. Apenas deste modo serão concretizados

³³ “Tradicionalmente, até pode-se ter defendido que os pacientes deveriam ser cientificados apenas dos riscos previsíveis e normais, mas hoje se deve compreender esta afirmação de maneira um pouco menos restritiva. Para tanto, são necessários alguns elementos que auxiliem o profissional médico na hora de avaliar e transmitir ao paciente aqueles riscos dos quais este último deve ter conhecimento e compreensão para consentir validamente. Com esse objetivo, surgem inúmeras teorias, como, por exemplo, a do risco significativo”. Assim, *vide* Rainer Grigolo de Oliveira ALVES, “Direito Humano Subjetivo e Personalíssimo: a autonomia e a dignidade do paciente frente aos riscos não informados”, *Revista de Bioética y Derecho*, nº 35, 2015, pp. 123-131, disponível em <https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n35/articulo10.pdf> [04.09.2022].

os princípios bioéticos do primado do ser humano e da dignidade humana, os quais impõem que o doente não seja tratado como um objeto ou cobaia.

Dar-lhe a oportunidade de decidir munido de toda a informação existente à luz dos conhecimentos atuais da ciência, da medicina e da tecnologia é tratar o doente como ser humano. Assim o exigem a deontologia da profissão médica e da profissão da enfermagem e as normas de orientação clínica.

Acresce que entre o momento em que é dada a informação e é obtido o consentimento deve mediar algum período temporal, que se revele adequado à reflexão do doente³⁴, pois o objetivo é que a sua decisão seja ponderada, livre e séria. Importa, outrossim, referir que o consentimento do doente é livremente revogável até ao momento do início do tratamento ou da cirurgia.

À luz da jurisprudência portuguesa, existe um conjunto de pressupostos e de regras a que o consentimento do paciente tem de obedecer, para que a conduta do médico e/ou seu estabelecimento de cuidados de saúde se apresente eximido de responsabilidade³⁵. De acordo com o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo nº 0884/12.0 BEBRG, de 16.12.2021, relator Carlos Carvalho³⁶: “I – O consentimento informado para ser válido e eficaz carece de ser livre e esclarecido, *exigindo-se o fornecimento ao paciente da informação adequada relativa ao diagnóstico e estado de saúde, ao prognóstico, à natureza, aos meios e fins/alcance, às consequências secundárias e riscos frequentes, inevitáveis ou possíveis associados ao tratamento/intervenção propostos à luz do que se mostra descrito na literatura médica/científica e das eventuais alternativas ao tratamento/intervenção propostos segundo essa mesma literatura e dos riscos/consequências secundárias que lhe estão associados, e aos aspetos económicos do tratamento.* II – Excetuados casos excecionais, nomeadamente os casos de urgência ou os de expressa previsão/determinação legal, *o prévio*

³⁴ Artigo 20º, nº 2, do Código Deontológico do Médico: “Entre o esclarecimento e o consentimento deverá existir, sempre que possível, um intervalo de tempo que permita ao doente refletir e aconselhar-se”.

³⁵ Neste sentido, *vide* o ponto III, do sumário do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo nº 0884/12.0 BEBRG, de 16-12-2021, relator Carlos Carvalho: “III - Funcionando o consentimento como causa de exclusão da ilicitude da conduta e constituindo a adequada informação pressuposto da sua validade estamos, então, ante matéria/defesa de exceção como facto impeditivo [pelo] que o *ónus da prova do consentimento e de que o mesmo foi dado de modo esclarecido impende sobre os sujeitos demandados, nomeadamente o hospital,* ónus esse igualmente operante também para o denominado consentimento hipotético” (sublinhado nosso). Acórdão disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/1d48c6e74692b044802587b8005f1610?OpenDocument> [06.09.2022].

³⁶ Acórdão disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/1d48c6e74692b044802587b8005f1610?OpenDocument> [06.09.2022].

consentimento informado apresenta-se, em regra, como necessário sempre que um paciente haja de ser submetido a um tratamento ou a um exame ou qualquer outra intervenção no domínio da saúde, seja de carácter preventivo, diagnóstico ou terapêutico” (itálico nosso).

Não somos alheios ao facto de a relação médico-paciente ser uma relação não de paridade, mas estruturalmente desequilibrada, caracterizada pela assimetria de informação e pela especial vulnerabilidade do segundo em relação ao primeiro. Por isso, na problemática de responsabilidade médica, a lupa sobre o cumprimento do dever de informação pende consideravelmente sobre o médico, tendo este o ónus de provar que informou, de forma plena e adequada, o seu paciente³⁷.

Em síntese, o cumprimento escrupuloso da *legis artis ad hoc medicinae* impõe a obtenção do consentimento informado, livre e esclarecido, em momento anterior ao da prática do ato médico. Excetuando os casos de urgência e de emergência em que se aplica o conceito de “consentimento presumido” (*presumed consent*), a falta de consentimento é passível de preencher a factualidade típica dos crimes de *coação*, de *ofensa à integridade física* e, naturalmente, o crime de “*intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*”³⁸.

Concluimos com uma nota de Direito Comparado:

É curioso verificar que em Espanha, a Constituição, consagra o direito à informação no artigo 20º, nº 1, alínea d), tendo implicações jurídicas e práticas no exercício da medicina de acordo com Aurelia Romero Coloma.

Esta Autora salienta que a informação consubstancia um dever de dupla vinculação. Obriga o médico e obriga o paciente: “El deber de información implica, igualmente, que el Médico, en caso de dolencia que requiera intervención quirúrgica, há de hacer saber al paciente los riesgos de la misma, así

³⁷ Vide, com particular relevância, o Relatório Final apresentado pela Entidade Reguladora da Saúde sobre o Consentimento Informado, maio de 2009, disponível em https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/73/Estudo-CI.pdf [28.08.2022].

³⁸ Artigo 156º, do Cód. Penal: 1 - As pessoas indicadas no artigo 150º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até três anos ou com pena de multa. 2 - O facto não é punível quando o consentimento: a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado. 3 - Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até seis meses ou com pena de multa até 60 dias. 4 - O procedimento criminal depende de queixa.

como la previsible trayectoria postoperatoria. Hay que partir, a priori, de la idea de que el deber de información de los Médicos tiene su contrapartida en el derecho a la información. Este derecho a la información aparece recogido en nuestra Constitución, reconocido y protegido en el artículo 20.1.d)”³⁹ ⁴⁰.

4. Alguns casos especiais de consentimento: a) Cuidados paliativos; b) Na obstetrícia

Existem doentes, cuja situação de saúde (ou de doença) apresenta uma maior complexidade e fragilidade, implicando uma acrescida preocupação por parte do profissional de saúde não apenas da perspectiva dos cuidados médicos a prestar, mas também ao nível da prestação de informação clínica, do contexto e formalismo do consentimento desse doente e/ou da sua família. O legislador acompanha e consagra esta preocupação acrescida.

Como salienta Helena Pereira de Melo, “os requisitos legais para a prestação do consentimento variam em função da capacidade do sujeito que o presta (da sua capacidade de decidir livremente sobre a sua vida e integridade física e mental) e da gravidade dos eventuais danos emergentes da prestação dos cuidados em questão”⁴¹. E, acrescentamos nós, quanto menor esperança de vida tem o doente, mais reforçados deverão ser as diligências do médico e da sua equipa multidisciplinar para apoiar, tratar e informar o doente e a sua família.

4.1. Cuidados paliativos

Neste tipo de cuidados médicos, existem especiais fatores que devem ser tidos em consideração pelo profissional de saúde, como os valores e crenças pessoais e religiosas do doente, assim como, as particularidades da doença.

³⁹ Artigo 20º, nº 1: “Se reconocen y protegen los derechos: [d]) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”.

⁴⁰ Maria ROMERO COLOMA, *La Medicina ante los derechos del paciente*, Madrid, Editorial Montecorvo, 2002, p. 57.

⁴¹ Assim, vide Helena Pereira de MELO, *O Consentimento esclarecido na prestação de cuidados de saúde no Direito Português*, op. cit., p. 221.

A preocupação com os doentes em final de vida não se restringe ao seu bem-estar físico e psíquico, qualidade de vida mediante o alívio do sofrimento. Pelo contrário, vai mais além.

A equipa de profissionais que acompanha o doente deverá também ter o seu foco de atenção na respetiva família. Na verdade, em muitas situações, é a família que terá de tomar a decisão sobre as terapêuticas a ser administradas ao doente que se torna incapaz de se expressar e de comunicar a sua vontade.

Sucedem também que quando o doente ainda está lúcido e capaz de decidir, é comum a família solicitar ao médico que lhe oculte informações sobre o seu real estado de saúde, com vista a evitar angústias e sofrimento psíquico. Já quanto à (i)legalidade deste “manto benévolo de opacidade”, existe alguma divergência na doutrina⁴².

A regular especificamente os “direitos de pessoas em contexto de doença avançada e em estado terminal” existe a Lei nº 31/2018, de 18 de julho, e no que respeita aos direitos de autodeterminação, autonomia e liberdade decisória, à informação clínica e ao consentimento informado, livre e esclarecido merecem destaque os seguintes preceitos:

Artigo 3º “Direitos em matéria de informação e de tratamento”: nº 1 – As pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida, desde que *nisso tenham consentido depois de informadas pelos profissionais de saúde, têm direito a receber informação detalhada* sobre os seguintes aspetos relativos ao seu estado de saúde: a) A natureza da sua doença; b) O prognóstico estimado; c) Os diferentes cenários clínicos e tratamentos disponíveis. nº 2 – As pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida têm também *direito a participar ativamente no seu plano terapêutico, explicitando as medidas que desejam receber, mediante consentimento informado, podendo recusar tratamentos* nos termos previstos na presente lei, sem prejuízo das competências dos profissionais de saúde.

Artigo 5º “Consentimento informado”: nº 1 – As pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida têm *direito a dar o seu consentimento, contemporâneo ou antecipado, para as intervenções clínicas de que sejam alvo,*

⁴² Isabel Galriça Neto aborda, entre muitas outras, a questão em torno do “silêncio sobre más notícias” que as famílias pedem aos médicos junto dos doentes. Salienta que existem Protocolos sobre esta matéria que devem ser observados pelos profissionais de saúde. Assim, *vide* Isabel Galriça NETO, *Cuidados Paliativos. Conheça-os melhor*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2020.

desde que previamente informadas e esclarecidas pelo médico responsável e pela equipa multidisciplinar que a acompanham. nº 2 – O consentimento previsto no número anterior deve ser prestado por escrito, no caso de intervenções de natureza mais invasiva ou que envolvam maior risco para o bem-estar dos doentes, sendo obrigatoriamente prestado por escrito e perante duas testemunhas quando estejam em causa intervenções que possam pôr em causa as suas vidas. nº 3 – As pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida, desde que devidamente informadas sobre as consequências previsíveis dessa opção pelo médico responsável e pela equipa multidisciplinar que as acompanham, têm direito a recusar, nos termos da lei, o suporte artificial das funções vitais e a recusar a prestação de tratamentos não proporcionais nem adequados ao seu estado clínico e tratamentos, de qualquer natureza, que não visem exclusivamente a diminuição do sofrimento e a manutenção do conforto do doente, ou que prolonguem ou agravem esse sofrimento”.

Artigo 9º “Direitos não clínicos”: “[b)] *Ser o único titular do direito à informação clínica* relativa à sua situação de doença e tomar as medidas necessárias e convenientes à preservação da sua confidencialidade, podendo decidir com quem partilhar essa informação”.

Artigo 10º “Decisões terapêuticas”: “[nº 2] – Quando as pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida não estejam no pleno uso das suas faculdades mentais, e não se verificando o caso previsto no número anterior, *é ao médico responsável e à equipa de saúde que as acompanham, que compete tomar decisões clínicas, ouvida a família, no exclusivo e melhor interesse do doente e de acordo com a vontade conhecida do mesmo*” (itálico e negrito, nossos).

Esta Lei tem o mérito de contribuir para o reforço do empoderamento destes doentes, permitindo-lhes serem senhores do seu destino e, concomitantemente, concretiza o próprio direito humano⁴³, constitucional e bioético da dignidade humana nos seguintes termos:

⁴³ Declaração Universal dos Direitos Humanos: Preâmbulo “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana” e artigo 1º “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Constituição da República Portuguesa: artigo 1º “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana”. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: artigo 1º - “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”. Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina: artigo 1º - “protegem o ser humano na sua dignidade”.

Artigo 11º “Discrepância de vontades”: “nº 1 – Em caso de *discordância insanável entre os doentes ou seus representantes legais e os profissionais de saúde* quanto às medidas a aplicar, ou entre aqueles e as entidades prestadoras quanto aos cuidados de saúde prestados, *é facultado aos doentes ou aos seus representantes legais o acesso aos conselhos de ética das entidades prestadoras de cuidados de saúde.* nº 2 – Quando a assistência seja prestada no domicílio ou em entidade que não disponha de conselho de ética *é facultado aos doentes ou aos seus representantes legais o acesso aos órgãos competentes em matéria de ética da Ordem dos Médicos, da Ordem dos Enfermeiros e da Ordem dos Psicólogos*” (itálico e negrito, nossos).

Regressando ao “*manto benévolo de opacidade*”⁴⁴, a nosso ver, no que concerne ao consentimento de pessoas em estado terminal, estas têm o duplo direito de ser informadas e de não ser informadas.

Competirá ao médico colocar ao dispor do doente esta opção. Deverá ser o doente e não o médico a tomar a decisão sobre a obtenção de informação e/ou a amplitude dessa informação. Naturalmente, um doente que opte por não saber os potenciais efeitos adversos associados a ser fármaco ou cirurgia verá ser tolhido o direito ao consentimento informado, livre e esclarecido.

Este facto é de suma importância na perspectiva do médico e da responsabilidade que lhe pode vir a ser assacada: apenas por *erro médico* haverá lugar ao ressarcimento do doente e não com fundamento na realização de tratamento/cirurgia *arbitrário*, desprovido de *consentimento*.

4.2. Na obstetrícia

O plano de parto constitui um instrumento de excelência no exercício da autonomia da mulher e de concretização do princípio (bioético) de autodeterminação⁴⁵.

⁴⁴ Expressão nossa.

⁴⁵ Lei nº 15/2014, de 21 março na sua versão mais atualizada pela Lei nº 110/2019, de 9 de setembro conhecida por “Carta dos Direitos e Deveres do utente dos serviços de saúde”, Seção II “Regime de proteção na preconceção, na procriação medicamente assistida, na gravidez, no parto, no nascimento e no puerpério”. Artigo 15º-A, nº1, alínea g) “O direito à liberdade, autonomia e autodeterminação, incluindo o direito a não serem coagidas”.

A grávida poderá ao longo da gestação, com o devido apoio e informação⁴⁶ por parte dos profissionais devidamente habilitados (médicos obstetras e enfermeiro especialista em enfermagem obstétrica), começar a elencar que cuidados deseja ou não deseja receber durante o período de trabalho de pré-parto, parto e pós-parto.

Apesar desta importância, o plano de partos continua a ser desconhecido da maioria das mulheres. De acordo com o inquérito da Associação Portuguesa pelos Direitos da Mulher na Gravidez e Parto, 81% das inquiridas não entregaram plano de parto no hospital e 68% não elaborou um plano de parto⁴⁷.

A OMS publicou, em 2018, um documento intitulado *WHO recommendations. Intrapartum care for a positive childbirth experience*⁴⁸, o qual aponta um conjunto de itens que ajudam a mulher a elaborar o plano de parto. Estas recomendações estão fundamentadas na melhor evidência científica, na observação pelo respeito dos direitos das mulheres nos diferentes contextos culturais e pretendem promover o parto humanizado.

A título de exemplo elencamos algumas das vontades que a mulher poderá colocar no seu plano de parto:

- a) Desejo parto sem perfusão contínua de soro;
- b) Não autorizo a depilação da zona púbica e a realização de lavagem intestinal;
- c) Desejo que a analgesia seja administrada apenas se solicitar;
- d) Desejo, que os batimentos cardíacos do bebé sejam monitorizados, mas não de forma contínua;
- e) Não autorizo o uso de ocitocina para a indução ou aceleração do parto ou de outro método, como o rompimento da bolsa

⁴⁶ Artigo 15º-A, nº 1, do citado diploma – “De acordo com as orientações da Organização Mundial da Saúde, são reconhecidos em matéria de proteção na preconcepção, na procriação medicamente assistida, na gravidez, no parto, no nascimento e no pós-parto, a todas as mulheres, os seguintes direitos: alínea a) “O direito à informação, ao consentimento informado, ou à recusa informada, e o respeito pelas suas escolhas e preferências”.

⁴⁷ Disponível em https://associacaogravidezparto.pt/wp-content/uploads/2020/12/Experie%CC%82ncias-de-Parto-em-Portugal_2edicao_2015-19-1.pdf [20.03.2022].

⁴⁸ Disponível em <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/260178/9789241550215-eng.pdf> [20.03.2022].

- de água, salvo em que a equipa de saúde verifique algum risco de vida para mim, para o bebé, ou ambos;
- f) Desejo escolher a posição do parto, a que me for mais confortável;
 - g) A episiotomia (corte da vagina) só poderá ser realizada em caso de estrita necessidade, após informação e a obtenção do consentimento;
 - h) Não autorizo qualquer manobra para forçar a saída do bebé (v.g. empurrar fundo do abdómen);
 - i) Desejo a permanência do meu bebé junto a mim até à alta hospitalar;
 - j) Exijo ser informada sobre todos os procedimentos que serão realizados no meu bebé;
 - k) Desejo receber toda informação sobre a fundamentação científica que justifique a eventual necessidade de intervenção operatória (cesariana).

Este roteiro é essencial para que a grávida possa, no momento certo, apresentar o plano de parto correspondendo a uma vontade expressa e devidamente refletida. Todos os estudos empíricos demonstram os reais benefícios do respeito por parte da equipa de saúde pela vontade plasmada no plano de parto.

No que concerne a ações propostas em Portugal, o fundamento não é a violência obstétrica, nem o não cumprimento do dever de informação e de consentimento informado, tratando-se a vasta maioria dos casos de ações de responsabilidade médica resultantes da violação da *legis artis*, por ação ou por omissão, devido a danos no feto/criança (v.g. morte ou paralisia cerebral) ou danos na mãe (v.g. morte ou ofensas graves à integridade física).

Em síntese, no que tange ao contexto obstétrico, a mulher parturiente à qual não seja dada informação sobre os plurímos atos médicos a que a sujeitam (v.g. episiotomia⁴⁹, não haja o cuidado de obter o seu consentimento à prática das diversas intervenções e cujo plano de parto seja pura e simplesmente

⁴⁹ Este ato é considerado pela OMS como mutilação genital feminina, atentatório dos direitos à integridade física e psíquica da mulher grávida/parturiente, sendo censurado por significativa franja de médicos e de enfermeiros com especialidade obstétrica.

desconsiderado pela equipa médica e de enfermagem poderá ser suscetível de se enquadrar na prática de “violência obstétrica”.

5. Considerações finais

O consentimento é condição de efetivação de direitos humanos e bioéticos, sendo, ele próprio, um direito. Consubstancia um direito especial que é condição para o exercício de outros direitos.

Cumprir o dever de informação e concretizar o direito do doente ao consentimento informado, livre e esclarecido é efetivar o núcleo essencial de direitos do ser humano enquanto tal, ante a medicina e ante a ciência: autodeterminação, liberdade, desenvolvimento pleno da personalidade e dignidade humana.

A falta de consentimento do doente assume relevância jurídica em diversas vertentes: a) deontológica ou disciplinar; b) responsabilidade civil e c) responsabilidade criminal.

Por último, concluímos a nossa reflexão sobre a autodeterminação do doente como o novo paradigma do exercício da medicina e da ética da profissão médica, citando o Ilustre Autor Rui Nunes⁵⁰: “o direito à autodeterminação enquadra-se num contexto onde os médicos e os doentes se encontram frequentemente como ‘estranhos morais’, coexistindo frequentemente distintas visões do bem comum. [Talvez] por isso seja premente a obtenção de um consenso sobre princípios éticos universais. A elaboração pelo Conselho da Europa da Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina (Conselho da Europa, 1997) e pela UNESCO da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos (2005), entre outros, consubstanciaram a doutrina do consentimento esclarecido abrindo a porta à possibilidade de efetuar um Testamento Vital. O conceito de autonomia refere-se à perspetiva de que cada ser humano deve dispor das condições mínimas para se autorrealizar. No plano da relação clínica com o doente, todas as intervenções carecem

⁵⁰ Assim, Associação Portuguesa de Bioética (relator Rui Nunes), Estudo nº E/33/APB/17 sobre o Consentimento Informado, *maxime* pp. 13 e 14, disponível em http://upbioetica.org/wp-content/uploads/2021/01/Estudo-No-E_33_APB_17_Consentimento-informado.pdf [03.09.2022].

de consentimento informado, livre e esclarecido. Assim, o médico e os outros profissionais de saúde têm o dever de informar em linguagem acessível os factos que são relevantes para o doente decidir em plena consciência. Obviamente, exige-se a prudência necessária para informar e, sobretudo, esclarecer o paciente de modo a que a informação transmitida seja apreendida com calma e serenidade. Quanto maior o risco da intervenção, maior a importância da obtenção de um consentimento válido e atual”.

SMART CITIES AND LAW, E.GOVERNANCE AND RIGHTS: (RETOMANDO) O DIÁLOGO COM A BENEDITA

Isabel Celeste M. Fonseca*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.25>

1. Introdução

Ao ler recentemente um texto sobre a cidade saudita do futuro¹, NEOM², logo me lembrei de uma conversa inacabada que tive com a Benedita,

* Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora do JusGov. Endereço de correio eletrónico: Ifonseca@direito.uminho.pt.

¹ Neom é uma cidade do futuro, pensada para a região fronteira entre a Arábia Saudita, a Jordânia e o Egito, estando projetada para ser construída do zero, numa extensão de cerca de 26.500 quilómetros quadrados. Foi anunciada pelo príncipe herdeiro saudita, Mohammad bin Salman, em 24 de outubro de 2017, e está associada necessariamente à estratégia Saudi Vision 2030: “passar do petróleo para a alta tecnologia e colocar o reino saudita na vanguarda dos avanços tecnológicos”. A sua implementação assentará em tecnologia e em múltiplas inovações em infraestrutura e mobilidade, pressupondo tanto o recurso exclusivo a energias ditas limpas, como a eólica e a solar, como o uso de ferramentas de Inteligência Artificial. Prevê-se a disponibilização generalizada da robótica na prestação dos serviços às pessoas, a que ficará entregue as tarefas de segurança, de transporte, de cuidados de saúde e outros serviços facilmente automatizáveis. A Cidade do Futuro será construída no modelo de proximidade em 5 minutos, terá governação, moeda e tributação independentes e será regulada por um quadro jurídico próprio. Em cada dia, dependendo do investimento financeiro alcançado na através da rede de colaboração público privada e dos avanços da tecnologia e da inovação disponível pelos parceiros, é apresentada uma novidade sobre a Cidade do Futuro. Sobre o tema, e para o estado da arte, vd. <https://www.neom.com/en-us/regions/theline> [15.07.2022]

² O nome NEOM foi construído a partir de duas palavras, sendo que as três primeiras letras formam o prefixo latino neo, que significa “novo” e a quarta letra é a abreviação de “Mostaqbal” (em árabe: مستقبل), uma palavra árabe que significa “futuro”. Sobre o tema, vd. <https://www.neom.com/en-us/regions/theline> [15.07.2022].

numa videoconferência, através da zoom colibri, enquanto aguardávamos o início de umas provas académicas em que ela seria arguente. Também imediatamente associei as novidades que acabara de ler sobre a Cidade do Futuro às lindas memórias que guardo da Benedita e assim surge a escolha do tema sobre que vou escrever neste livro de amigos que, em boa hora, se juntam para a homenagear.

Um dia, a Benedita perguntou-me o que era o projeto *smart cities and law*, se eu estava a gostar de coordenar o projeto desenvolvido na Escola de Direito da Universidade do Minho e se já tinha descoberto coisas giras sobre as cidades inteligentes³. Nessa altura, ainda em fase de arranque, embrulhada mais em assuntos de ordem burocrática do que científica — plataformas complexas e orçamentos, aquisição de serviços e cabimento e autorização de despesas —, contei-lhe muito pouco sobre os objetivos que tinha em mente alcançar⁴. Estava ainda a apurar o conceito de cidade inteligente e a conceber o mapa de pesquisa empírica sobre a intensidade de digitalização em curso em sete municípios do Norte de Portugal⁵.

Consegui, ainda assim, responder à Benedita que o conceito de *smart city* apareceu na década de oitenta do século passado, ligado aos problemas de urbanização crescente e a preocupações de sustentabilidade e gestão eficiente de recursos, continuando, nesta última década, a ser um conceito associado à

³ O projeto *Smart Cities and Law, E.Governance and Rights: Contributing to the definition and implementation of a Global Strategy for Smart Cities* (com a referência NORTE-01-0145-FEDER-000063) é um projeto de investigação cofinanciado pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER), através do Sistema de Apoio à Investigação Científica e Tecnológica – “Projetos Estruturados de I&D&I” – Horizonte Europa (Aviso NORTE-45-2020-75), no quadro do Programa Operacional Regional Norte 2020. Tem como objeto central de estudo a proteção de direitos no processo de implementação das cidades inteligentes, procurando explicar sobretudo o Direito que disciplina o tratamento de dados pessoais e a sua aplicação na governação pública local. Visa igualmente proceder ao mapeamento de boas práticas de transição digital nas autarquias locais e tem como grande objetivo desenhar uma estratégia global para a implementação das cidades inteligentes portuguesas. O projeto é desenvolvido no JusGov, Centro de Investigação em Justiça e Governação da Escola de Direito da Universidade do Minho, por uma equipa multidisciplinar de investigadores e bolseiros.

⁴ Sobre o grande objetivo, vd. o nosso, “Smart cities and Law, E.Governance and Rights: do we need a global digital transition strategy for the city?”, *European Review of Digital Administration and Law*, vol. 2, nº 1, 2021, pp. 2724-5969.

⁵ No âmbito do projeto *Smart Cities and Law, E.Governance and Rights*, a equipa de bolseiros desenvolveu um trabalho de pesquisa em Amares, Barcelos, Braga, Guimarães, Póvoa de Lanhoso, Vila Nova de Famalicão, Vila Verde, tendo um esquema de estudo assente em 4 grandes grupos de indicadores dirigidos a medir a diversidade de concretização de sustentabilidade e sobretudo a intensidade da transição digital operada na governação local em 7 municípios: 1. Sustentabilidade e Governação Pública Local digital; 2. Tecido social: pessoas, terceiro setor e empresas; 3. Dados: Proteção de Dados pessoais; e 4. Cibersegurança. Neste framework são vários os indicadores destinados a medir a intensidade da transição digital em 7 municípios do Norte do país e a concretização de medidas de implementação do RGD e do regime em vigor em matéria de cibersegurança.

descarbonização e à redução das emissões de gases com impacto na alteração climática. Disse-lhe que os antigos problemas que fizeram nascer a cidade inteligente e as antigas questões se mantêm lamentavelmente na atualidade: a população urbana continua a aumentar em relação à população rural, sendo comumente afirmado que mais de 60% da população mundial vive agrupada em volta de núcleos urbanos e que é possível que 70% da população seja urbana, em 2050. Lembrei-lhe que as cidades têm um grande impacto no desenvolvimento económico e social dos países e começam a ocupar um lugar destacado no panorama mundial, contando com poder económico, político e tecnológico. Constituem verdadeiros ecossistemas onde as pessoas vivem e trabalham, onde as empresas desenvolvem a sua atividade e no âmbito das quais são prestados numerosos serviços públicos. São, ainda, grandes centros de consumo de recursos, estimando-se que sejam responsáveis pelo consumo de 75% da energia mundial e pela produção de 80% dos gases responsáveis pelo efeito de estufa⁶.

Dei-lhe igualmente conta de que o conceito de *smart city* está em transformação e, hoje, está, sobretudo, ligado às tecnologias de informação e de comunicação (TIC), explorando todo o potencial da high-tech, de *software*, de algoritmos e ferramentas de Inteligência Artificial (AI). Disse-lhe finalmente que já não estaríamos assim tão longe de ver na governação das autarquias locais portuguesas, aqui no Norte do país, concretizados exemplos daquilo que se chama a governança algorítmica ou governação digital, em que assentará o novo modelo de cidade inteligente de futuro, em todo o mundo⁷.

Neste contexto, a Benedita respondeu-me espontaneamente que o que quer que seja ou venha a ser a cidade do futuro, seja mais do tipo verde-sustentável ou mais digital-TIC, aquilo que é absolutamente importante é que a cidade seja desenhada a partir das pessoas e para as pessoas que nela habitam, colocando-as no centro das opções dos tecnólogos, dos políticos

⁶ Sobre o tema, vd. Isabel Celeste M. FONSECA e Ana Rita PRATA, “Las ciudades inteligentes en Portugal”, in María Luisa Gómez Jiménez e Olga Romero Guisado (coords.), *Greencities, 11º Foro de Inteligencia y Sostenibilidad Urbana: Actas del XI International Greencities Congress*, 2021, pp. 267-278. Vd. também para outros desenvolvimentos, Jorge CRISTINO, *A Missão das Cidades no combate às Alterações Climáticas. A governança multinível para o êxito da saúde planetária*, Lisboa, Guerra e Paz, 2021.

⁷ Sobre o tema, para maiores desenvolvimentos, sobre as experiências de Toronto, Viena, Munique, Lyon, Songdo, vd. Oliver GASSMANN *et al.*, *Smart Cities. Introducing Digital Innovation to Cities*, Emerald Publishing, 2019, esp. pp. 67-147.

e dos juristas, para que as pessoas tenham qualidade de vida, alcancem o pleno desenvolvimento humano e sejam felizes, tendo também lembrado que ninguém pode ser dela excluído ou afastado, seja por falta de literacia digital, seja por ausência de infraestrutura adequada, seja ainda em razão de fragilidades de ordem económica ou quaisquer outras que em nada podem justificar que se deixe alguém para trás.

Hoje, volvidos 18 meses após o início do projeto, depois de realizada grande parte do estudo de campo e parte do estudo conceptual e teórico — e ter deparado com a expressão “Não deixar ninguém para trás”, que é a bandeira da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas, sendo também o lema do Plano Português sobre a transição digital para os próximos anos; bem como depois de ter chegado à conclusão de que não existe uma definição consensual sobre o que deve ser a cidade inteligente, sendo que esta deve incluir distintas dimensões do direito a viver com qualidade de vida na cidade e que a sua concretização depende de múltiplos fatores⁸ — só posso ser grata à Benedita, por tudo, pela conversa e pela partilha de ideias, pela sua intuição jurídica, que estava absolutamente certíssima, e pela sua genuína cumplicidade académica e insubstituível amizade.

2. O (eterno problema do) conceito de cidade inteligente

O conceito de cidade inteligente continua no centro do nosso estudo, Benedita. E, entre a cidade sustentável e a cidade digital, muitas dimensões de cidades do futuro são configuráveis neste trabalho que é *work in progress*. Mais recentemente, procurámos ir ao encontro da cidade de proximidade,

⁸ Sobre o tema, importa destacar A Nova Agenda Urbana (NAU), Declaração de Quito Sobre Cidades e Aglomerados Urbanos Sustentáveis para Todos. Ela foi aprovada em 2016 na conferência das Nações Unidas para a Habitação e Desenvolvimento Sustentável (Habitat III): “o direito à cidade”. Além da Agenda 2030, a NAU integra outros acordos internacionais, tais como o Acordo de Paris no âmbito da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC) e a Agenda de Ação de Adis Ababa da Terceira Conferência Internacional sobre o Financiamento para o Desenvolvimento.

um conceito que não é novo⁹, mas que tem vindo a ganhar um novo fôlego, designadamente nas cidades europeias mais clássicas¹⁰.

Antes de desenvolvermos o conceito de cidade de proximidade (digital), ainda a propósito do conceito de cidade inteligente, bem se percebe que usamos a expressão cidade inteligente como sinónimo tanto de cidade sustentável como de cidade que faz uso de TIC. O tópico pressupõe cuidado¹¹. Dizer sobre isso, em primeiro lugar, que definir a cidade inteligente não é coisa fácil e muito menos é tarefa que mereça a pena exaurir, pois não será nunca encontrada uma definição consensual e única. E é por isso que existem tantos *rankings* de cidades inteligentes, dependendo sobretudo dos indicadores escolhidos e das unidades de medida que são usadas para tal medição.

Ainda assim lembrar que o conceito de cidade inteligente vai abrangendo várias dimensões¹². Começemos pela dimensão que parece ter estado no início do conceito: cidade sustentável, cidade ecológica ou de cidade verde, no sentido de amiga do ambiente, que tem espaços verdes, que promove qualidade de vida. A cidade verde ou sustentável é a que assenta em estruturas que funcionam com energias renováveis, lembrando os desígnios de cidades neutras do ponto de vista carbónico e da emissão de gases com efeito de estufa. A cidade inteligente é também a cidade segura, no sentido de cidade pensada para ser resiliente, em que a infraestrutura é desenhada à luz de propósitos de segurança e de prevenção da criminalidade. É igualmente segura no sentido de que acolhe sistemas de proteção e socorro e está pensada para reagir imediatamente, com soluções ditadas com base em informação recolhida em tempo real, em casos acidentais, incidentes e catástrofes. A cidade inteligente é sustentável, é segura e é resiliente.

⁹ A propósito destes modelos de cidades de proximidade, vd. Isabel Celeste FONSECA e Rita LOPES, “A cidade inteligente e a descoberta da proximidade: A cidade em 15 minutos”, in Maria Miguel Carvalho e Sónia Moreira (coords.), *E.Tec Yearbook, Governance & Technology*, Braga, JusGov - Research Centre for Justice and Governance, 2021, pp. 75-93.

¹⁰ A propósito destes modelos de cidades de proximidade, importa configurar sobretudo o modelo de Carlos Moreno, designado por “ville du quart d’heure”. Sobre o enquadramento cronológico dos modelos de cidades de proximidade, sobretudo na América e Ásia, e sobre algumas experiências configuradas no panorama mundial, vd. Isabel Celeste FONSECA, “A cidade inteligente e a descoberta da proximidade: A cidade em 15 minutos...”, *op. cit.*, pp. 75-93.

¹¹ Sobre o tema, vd. Isabel Celeste FONSECA e Ana Rita PRATA, “Las ciudades inteligentes en Portugal”, *op. cit.*, pp. 267-278.

¹² Sobre este assunto, Isabel Celeste FONSECA e Ana Rita PRATA, “A urbanidade sustentável e resiliente: (renovadas) dimensões da cidade inteligente”, *Revista das Assembleias Municipais e dos Eleitos Locais*, nº 18, abril/junho de 2021, pp. 33-54.

A cidade inteligente é também a cidade próxima, no sentido de cidade contruída para permitir chegar rapidamente ao lugar desejado, dando prioridade à mobilidade das pessoas e das coisas. E, por tanto, é aquela que está urbanisticamente planeada para cumprir objetivos de proximidade física, como é a cidade em 15 minutos, em que tudo está à mão do cidadão ou pronto para ser alcançado facilmente, através de uma deslocação humana fácil, alcançável através de soluções de mobilidade urbana verde, como seja a deslocação a pé, de trotinete ou de bicicleta, ou soluções de mobilidade partilhada e coletiva ou ainda a que pressupõe a mobilidade elétrica. A cidade próxima é a cidade que combina os princípios da economia circular com tudo aquilo que pressupõe a recuperação da vida no bairro e a ligação afetiva ao lugar onde se habita, trabalha e descansa.

A cidade sustentável é verde, é segura, é resiliente, é próxima e é acessível, no sentido de que muscula a acessibilidade ou a participação de todos. A cidade inteligente também a cidade inclusiva e participativa, oferecendo espaços coletivos, de convívio e espaços que podem ser multireutilizados, ora para fins de trabalho ora para fins de lazer ou participação cívica.

Como se percebe estamos a mencionar alguns dos traços da cidade a alcançar em 2030, segundo a Agenda das Nações Unidas, uma vez que essa realiza o 11º dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030-ONU: tornar as cidades e os aglomerados urbanos mais inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis. Precisamente, como iremos ainda demonstrar o lema da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas, “Não deixar ninguém para trás”, obriga-nos a pensar nos dilemas das cidades totalmente digitais e como deve combater-se os fenómenos de exclusão digital, impondo a todos a solidariedade na implementação de iniciativas de literacia digital dos mais vulneráveis, como são os idosos, as mulheres e em geral os residentes em zonas rurais sem infraestrutura no acesso à rede.

2.1. A cidade de proximidade

Desenvolver o conceito de cidade de proximidade impõe-se e poderia ser tratado quase na seguinte sequência: as primeiras conceções e os modelos atuais; a “unidade de bairro” e a “unidade de vizinhança”; o modelo Weng; o modelo da Silva e o modelo Moreno; algumas experiências no panorama

de direito comparado: a experiência americana; a experiência asiática e a experiência europeia e a aplicação no contexto da pandemia Covid-19. Não vamos aqui fazê-lo outra vez¹³.

Vamos sobretudo lembrar o modelo da cidade em 15 minutos. Esta corresponde a um modelo de cidade desenvolvido com base numa geografia ideal, onde a maioria das necessidades humanas estão disponíveis a uma distância de deslocação em 15 minutos. Esta visão de cidades sustentáveis imaginada originalmente por Jane Jacobs, projeta-se em lugares, bairros e vizinhanças onde os residentes podem realmente viver com facilidade, com tudo o que precisam à distância de uma curta caminhada ou passeio de bicicleta.

Estas cidades correspondem a um conceito bastante simples de cidade inteligente: simples o suficiente para alcançar um elevado número de pessoas, tendo até sido usado como pedra angular na reeleição bem-sucedida de Anne Hidalgo para a Câmara Municipal de Paris em 2020, numa campanha intitulada *Paris en Commun*: mais espaço concedido a pedestres e bicicletas, faixas de rodagem mais reduzidas ou mesmo removidas, utilização de pátios de escolas para albergar eventos desportivos durante a noite, incentivo à compra de proximidade e ao comércio a retalho, entre muitas outras ideias de proximidade. O foco do modelo está em combinar o maior número possível de serviços/elementos e reduzir o raio de acesso aos mesmos, criando um tecido urbano mais integrado e colaborante em cadeias, afastando e desafiando grande parte da ortodoxia do urbanismo do século passado, pensado essencialmente para separar as áreas residenciais da vida da cidade, muitas vezes sendo desenhada para diminuir os riscos para a saúde causados pela poluição das fábricas urbanas.

Precisamente, Carlos Moreno fala deste conceito de cidades em 15 minutos e desenvolve esta ideia em busca do *amour des lieux* (*amor pelo lugar*), defendendo a transição da “ville-monde” para a “ville du quart d’heure”¹⁴, acentuando ideias proximidade urbanística, de comunidade e de economia circular, reutilização de espaços e a mobilidade verde. Com a pandemia Covid-19, com os confinamentos, o trabalho remoto e a necessidade de as

¹³ Sobre o tema, vd. Isabel Celeste FONSECA, “Local e-governance and law: thinking about the portuguese charter for smart cities”, *Ius Publicum*, pp. 3-24, disponível em www.ius-publicum [29.07.2021].

¹⁴ Sobre o tema, vd. Carlos MORENO, *Droit de cité. De la “ville-monde” à la ville du quart d’heure*, Éditions de l’Observatoire, 2020.

pessoas se afastaram e permanecerem nas suas casas, bairros, quarteirões e ruas, daqui resultou a evidência do efetivo e real funcionamento do modelo de cidade de proximidade. Conhecer os vizinhos, manter bons vínculos com os lojistas, privilegiar os artesãos, agricultores e lojas locais em detrimento dos grandes supermercados, até participar em movimentos de voluntariado criados por vizinhos, tudo isto culminou numa ideia de comunidade, que há muito tinha desaparecido em certas partes do mundo, e de ligação ao lugar.

O impacto da pandemia Covid-19 foi inegável e reforçou a funcionalidade do modelo de cidade de proximidade, alterando o modo de potenciar o acesso aos serviços nas ruas, quarteirões ou bairros e, em última análise, veio igualmente ajudar a alcançar as metas ambientais do Acordo de Paris¹⁵. Para a sua implementação, Moreno propôs, numa conferência TED¹⁶, que se comece por “avaliar bem como usar espaço”. Depois, “importa conhecer que serviços estão disponíveis nas imediações, não apenas no centro da cidade, mas em todas as imediações: profissionais de saúde, lojas, artesãos, mercados, desportos, vida cultural, escolas, parques. Também importa perguntar: como trabalhamos; porque é que vivo aqui e trabalho tão longe”. Para repensar as cidades, Moreno indica quatro princípios: a ecologia; a proximidade; a solidariedade; e a participação ativa dos cidadãos. O objetivo é “tornar a vida urbana mais agradável, mais ágil, mais saudável e flexível”¹⁷.

As formas de aplicação deste modelo não fogem aos restantes modelos de cidade inteligente e cidades de proximidade: redução do trânsito ao transformar as ciclovias em espaços de lazer; novos modelos económicos para estimular os negócios locais, construir mais espaços verdes e converter infraestruturas existentes. Em suma, aproveitar todos os espaços da cidade na sua plenitude, a fim de que cada metro quadrado possa ter objetivos diferentes e ser aproveitado para mais do que uma função. Também no caminho para a descarbonização nas cidades, os Bairros são lugar para a revolução energética. Os Bairros de Energia Positiva são um ponto de passagem, no qual a

¹⁵ A Lei Europeia em matéria de Clima estabelece uma meta climática que vincula a UE a reduzir as emissões líquidas de gases com efeito de estufa (emissões após dedução das remoções) em, pelo menos, 55% até 2030, em comparação com valores de 1990.

¹⁶ Disponível em https://www.ted.com/talks/carlos_moreno_the_15_minute_city/transcript#t-9058 [20.07.2022].

¹⁷ Sobre o tema, vd. Carlos MORENO, *Vie urbaine et proximité à l'heure du Covid-19*, Éditions de l'Observatoire, 2020.

inovação, as comunidades de energia renovável e os modelos de urbanismo de proximidade se podem encontrar¹⁸.

2.1. A cidade de proximidade (digital)

Dito isto, importa, agora, explicar como partimos do conceito de cidade inteligente de proximidade para o conceito de cidade de proximidade digital. O que queremos dizer, Benedita, é que a cidade inteligente promove sustentabilidade nas várias iniciativas, já antes, descritas, mas introduz nelas o máximo uso possível da TIC¹⁹.

A cidade digital faz impactar nas suas estruturas e procedimentos o máximo potencial das high-tech, levando-nos a antever aquilo que se chama a governança algorítmica ou governação digital. Oferece-se aos seus munícipes em plataformas digitais e através de serviços disponíveis *online*, de maneira muito semelhante a outros operadores que se servem de plataformas comerciais – Apple Itunes, Google Play, etc. –, permitindo o contacto imediato entre a governação pública local e os seus munícipes, através de plataformas e procedimentos digitalizados, diretamente ou através de aplicações a descarregar para os respetivos *smartphones*²⁰.

Portanto, a cidade digital é capaz de oferecer ferramentas digitais, fixando as próprias condições de uso, obrigando a usar formulários normatizados para solicitar e obter decisões, bens ou serviços, potenciando o exercício da cidadania participativa, como seja fixar as regras de participação *online* em votações e procedimentos, tal como já acontece com muita regularidade a propósito do orçamento participativo. A cidade digital garante que o serviço público *online* faz parte das rotinas das pessoas e das empresas, de maneira que o cidadão pode obter informação sobre circuito de transportes públicos e pode consultar horários, a rede de transporte público e pode especialmente comprar os bilhetes a partir de casa e acompanhar em tempo real o circuito e

¹⁸ Sobre o tema, vd. Filipa CARDOSO, “A Revolução energética está a chegar aos bairros”, *Smart Cities*, nº 31, abril-junho de 2021, pp. 10-18.

¹⁹ Sobre o tema, para maiores desenvolvimentos, vd. Oliver GASSMANN *et al.*, *Smart Cities. Introducing Digital Innovation to Cities*, Emerald Publishing, 2019, esp. pp. 283 a 304.

²⁰ Sobre o tema, vd. Jonathan REICHTENTAL, *Smart Cities for dummies, Learning made easy*, Hoboken, John Wiley & Sons, 2020, esp. pp. 131-205, pp. 208-244.

tempo de espera do transporte a usar, sem sair do seu lugar. A cidade digital permite também que as comunicações sejam feitas digitalmente, podendo a leitura de consumos de água ou de ocorrências diversas realizar-se através de um simples clicar²¹.

No que concerne às iniciativas de transformação urbana atinentes à promoção de mobilidade verde, a oferta de meios de transporte para partilha comunitária, como sejam as trotinetas elétricas, as bicicletas ou outros meios de transporte, pode ser absolutamente musculada com uso de plataformas colaborativas ou através de outras funcionalidades que as TIC podem providenciar no serviço da partilha, tal como a informação e o simples uso, partilha/abandono e recolha/para uso dos meios de transporte verde.

Pois bem, se as cidades inteligentes têm concretizadas diversas iniciativas de sustentabilidade atinentes à mobilidade-estacionamento, à promoção de energias limpas, à iluminação pública com base em sistema Led, à gestão de água (reutilização e aproveitamento), à gestão de resíduos (promovendo Redução, Reciclagem e Reutilização), a verdade é que os objetivos de sustentabilidade a alcançar em cada iniciativa são mais eficazmente conseguidos se estas forem acompanhadas de TIC e da implementação de sistemas inteligentes para cada uma dessas funcionalidades²².

Referimo-nos a recolha de informação sobre a qualidade do ar, o estado do trânsito em certas vias da cidade ou a lotação de certos estacionamentos pagos; referimo-nos às condições de lotação de armazenamento de lixos e resíduos em contentores municipais sinalizáveis, por exemplo. E, por exemplo ainda, referimo-nos aos sistemas inteligentes para fins de segurança, proteção e socorro (relativas a pessoas, a pessoas e coisas, a incêndios, e acidentes e outras ocorrências, como seja o eventual perigo e risco localizado de incêndio florestal; a deteção de fuga de água da rede de saneamento público ou simplesmente o perigo de ataques de vespas, nos locais mais suscetíveis.

²¹ Vd. Anders LISDORF, *Demystifying Smart Cities. Practical Perspectives on How Cities can Leverage the Potential of New Technologies*, Copenhaga, Apress, 2020, esp. pp. 14-19, pp. 73-103, pp. 105-137, pp. 175-195.

²² Um sistema inteligente é um sistema computacional que tem alguma capacidade de aprender e consequentemente exibir comportamentos adaptativos. Na verdade, a aplicação de sistemas inteligentes nas cidades inteligentes pressupõe normalmente a sensorização e a análise preditiva em algumas áreas específicas, sendo a mais comum a mobilidade urbana, o trânsito e estacionamento, a gestão e a monitorização de águas, a iluminação pública, a gestão de lixos e resíduos, a proteção e segurança, o controlo de entrada e saída de turistas nas cidades e a gestão de multidões.

Nesses sistemas inteligentes, a cidade digital faz uso de ferramentas de IoT, como sensores e radares, drones e câmaras para recolher a informação e proceder à monitorização, podendo também permitir que, por força de utilização de algoritmos, se produzam decisões automatizadas e sobretudo decisões com função eminentemente preditiva que suportará a decisão administrativa. Ora, na maioria das vezes, estes sistemas inteligentes são aplicados à área do trânsito e estacionamento, sendo possível detetar em tempo real o número de lugares disponíveis, o estacionamento indevido e movimento de cargas e descargas. Os sistemas inteligentes também são aplicáveis à iluminação pública, à gestão e monitorização de águas, ao armazenamento e à recolha de resíduos e à monitorização da qualidade do ar ou do estado do parque arbóreo²³.

Ora, como se percebe, a cidade digital concretiza modelos de back-end data base systems e pode na sua Governação acolher o modelo “DIKW” (*Data-Information-Knowledge-Wisdom*), um modelo assente em informação recolhida digitalmente, análise dessa informação, produção de conhecimento a partir da análise dessa informação com vista à decisão), sendo um modelo adequado tanto para a decisão em tempo real como para tomar decisões atinentes a políticas públicas a médio e longo prazos²⁴.

A cidade digital permite proceder à centralização de data (*big data local*), especialmente adequada para as funções que se exercem num centro ou numa sala de controle (*Data governance board* (sala de controle), que pode ser útil tanto para a decisão em tempo real, sobretudo em áreas de trânsito, proteção e socorro, estacionamento e outras ocorrências reportadas, como para a decisão ponderada e para a que seja pressuposto para a elaboração de políticas públicas (podendo esses dados terem sido diretamente recolhidos, ou recolhidos por reutilização ou interoperabilidade), sendo certo que as Políticas públicas desenvolvidas com base em data surgem dos mais diversos

²³ Sobre o tema, vd. sobretudo, Mike BARLOW e Cornelia LÉVY-BENCHETON, *Smart Cities, Smart Future. Showcasing Tomorrow*, New Jersey, Wiley, 2019, pp. 29 ss., pp. 106 ss.; Wade SARVER, *Smart City Tech Panning Handbook*, 2017, esp. pp. 56-82, disponível em www.wade4wireless.com.

²⁴ Sobre o tema, vd. Bas BOORSMA, *A New Digital Deal, Beyond Smart cities. How to Best Leverage Digitalization for the Benefit of our Communities*, Community Nova BV, boekXpress, 2020, esp. 155-251.

domínios como no planeamento urbano, nas áreas da mobilidade, educação e desporto, ou na saúde²⁵.

3. A implementação da cidade de proximidade (digital)

Enfim, Benedita, mais do que ser entendida em sentido físico – ou na dimensão do desenho do território e de soluções urbanísticas –, a cidade disponível e facilmente acessível pressupõe o uso intenso das TIC e é cada vez mais apresentada e explicada na dimensão de cidade de proximidade digital, sendo este, aliás, o modelo de cidade que melhor promove simultaneamente a descarbonização das cidades e o acesso simples e imediato ao serviço público local²⁶.

Penso que esta ideia foi comprovadamente testada no período da pandemia Covid-19, altura em que a proximidade teve que acontecer à distância, ou seja digitalmente. As cidades foram precipitadas para a transição digital e os serviços públicos e privados foram, na sua grande maioria, desmaterializados e colocados *online*, através de websites e plataformas (tanto gerais como específicas) interativos.

Também nesta mesma forma desmaterializada se apresentou a governação pública local, tendo assim acontecido em relação à condução dos procedimentos administrativos comuns e especiais, ao funcionamento de órgãos colegiais, à prestação de trabalho pelos agentes públicos, às comunicações internas e às externas entre os serviços públicos locais e centrais, à solicitação atinente à satisfação das mais diversas pretensões dos cidadãos, incluindo a participação dos próprios munícipes na tomada das decisões públicas (locais). Portanto, as TIC, de que as cidades digitais se servem com grande intensidade, demonstraram que é possível, ao mesmo tempo, alcançar propósitos de sustentabilidade ambiental e promover as cidades neutras, contribuindo tanto com soluções que têm zero impacto na alteração climática como demonstrando ser o melhor meio para aceder aos serviços públicos.

²⁵ Vd. Ben GREEN, *The Smart Enough City, Putting Technology in Its Place to reclaim Our Urbane Future*, Cambridge, The Mit Press, 2020.

²⁶ A propósito destes modelos de cidades de proximidade, vd. Isabel Celeste FONSECA, “A cidade inteligente e a descoberta da proximidade: A cidade em 15 minutos...”, *op. cit.*, pp. 75-93.

Benedita, quem estuda as cidades inteligentes e sobretudo procura mapear os indicadores de implementação de cidades inteligentes, sabe que a construção das Cidades Inteligentes começa por acudir a propósitos ecológicos e de sustentabilidade ambiental. Contudo, hoje, já não dispensa a estratégia de transição digital, que pressupõe um conjunto de indicadores diversos, a incluir os territórios inteligentes e a georreferenciação interoperativa, o e.government e a e.governance, que obriga a concretizar modelos de back-end data base systems, isto é sistemas inteligentes de recolha de dados, através de sensores, drones ou câmaras e a criação de um *cérebro* ou um *banco* central local de dados (big data) para a tomada de decisão assente em dados atuais; exige a concretização de sistemas aberto de dados (modelo *open connectivity and free movement of data*), que recolhem, tratam em sentido estrito, analisam e disponibilizam dados, com interoperabilidade nacional e europeia, garantindo simultaneamente reutilização²⁷.

Enfim, a implementação de cidades, hoje, já não passa sem a existência de modelos de governação inteligente, o que pressupõe a recolha de dados e a decisão pública com análise em tempo real, e, portanto, já deve acolher a utilização AI e sobretudo de aplicação de algoritmos, tanto para análise e sistematização como para a decisão administrativa automatizada, sobretudo quando possível – o que deve ser restringido, parece-nos, aos momentos de total vinculação administrativa –, como para a preparação da decisão administrativa local com intervenção do decisor humano, nos casos de decisão discricionária, ou, pelo menos, para a análise preditiva com vista à decisão posterior do agente humano²⁸.

Sem prejuízo, importa evidenciar que a concretização dos modelos de cidade de proximidade digital apresenta muitos desafios, sendo, aliás, entre nós, inúmeros os obstáculos à implementação das cidades digitais, a começar, por exemplo, em aspetos demográficos das cidades rurais e do interior do país,

²⁷ Sobre o tema, vd. Bas BOORSMA, *A New Digital Deal, Beyond Smart cities. How to Best Leverage Digitalization for the Benefit of our Communities*, op. cit., esp. pp. 155-251.

²⁸ Sobre o tema, o tema da AI envolve alguma complexidade quando pensamos na decisão administrativa discricionária. Contudo, nem sempre a complexidade pode estar subjacente e a sua aplicação à cidade pode ser defendida. Sobre o tema, vd. Isabel Celeste FONSECA, “Inteligencia artificial, (nuevo) derecho administrativo y buenas decisiones públicas”, apresentação nas *XIII Jornadas Prof. Meilán Gil de Derecho Administrativo Iberoamericano. La buena administración del procedimiento administrativo*, coordenado por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Professor Catedrático de Derecho Administrativo da Universidade de A Coruña e Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Universidad de A Coruña, 07.04.2022. O texto que serviu de base à exposição está no prelo.

onde é notória a falta de literacia digital da população mais idosa, a continuar nas fragilidades técnicas ao nível do cumprimento de obrigações decorrentes do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD, Regulamento Europeu (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, aplicável em Portugal desde finais de 2018, que veio a ser executado em Portugal pela Lei nº 58/2019, de 8 de agosto)²⁹. Lembrar, ainda, as fragilidades da infraestrutura digital, incluindo os lugares e os espaços sem acesso à internet, e as dificuldades de acesso pelos munícipes à rede digital, a merecer soluções de acesso gratuito em pontos diversos da cidade ou a oferta de aparelhos de acesso.

Para terminar, importa lembrar, por exemplo, que é ainda escassa a operacionalização de sistemas inteligentes, nos domínios, designadamente, da mobilidade, da iluminação pública, da monitorização da qualidade do ar, do trânsito e do estacionamento, da gestão da água, que permitam a recolha de informação e a decisão pública em tempo real, mediante a utilização de IoT e eventualmente de AI, sendo ainda mais rara a necessária informação, explicação, justificação e responsabilização pelo uso de sensores, drones, câmaras, que alimentam os sistemas³⁰ e a decisão automatizada³¹.

²⁹ Damos conta dessas dificuldades em Isabel Celeste FONSECA e Joel ALVES, “Legal Developments on Smart Public Governance and Fundamental Rights in the Digital Age”, in Francisco Andrade *et al.* (eds.), *Legal Developments on Cybersecurity and Related Fields*, Springer, no prelo.

³⁰ São lembradas algumas medidas especiais sempre que um sistema de inteligência artificial for desenvolvido para finalidades públicas, de entre as quais, algumas a montante, da sua utilização. A Ferramenta de Avaliação de Risco irá traduzir os valores e princípios de AI Responsável, sendo esta ferramenta indispensável à antecipação e mitigação de riscos em sistemas com AI de forma global e nas cinco dimensões: Responsabilização, Transparência, Explicabilidade, Justiça e Ética. De entre essas, evidencia-se o dever de ser disponibilizada informação, por exemplo, no site da entidade que dela fará uso. Trata-se de uma medida de controle público, de responsabilização (accountability) e de transparência, que, concretamente, deve fornecer informações claras quanto: i) ao facto de tal sistema estar a ser desenvolvido, incluindo informações sobre sua finalidade e possíveis locais de uso e populações afetadas; ii) previsão de que direitos fundamentais serão afetados pelo sistema, e o que está ser feito para mitigar tais impactos; iii) quais os mecanismos utilizados para a seleção do modelo e o uso de ferramentas que calculam a importância e a (in)dependência entre os atributos de um conjunto de dados; iv) qual o modelo algorítmico utilizado, se o sistema é atualizado, e se sim, como e com que frequência; v) qual a origem da base de dados utilizada para seu treinamento; vi) informações de contacto para o exercício de direitos individuais; e vii) publicação de um relatório durante o desenvolvimento da ferramenta. Outras medidas devem acompanhar o respetivo uso, funcionamento e ciclo de vida, como a informação dos abrangidos e explicação de utilização, a monitorização, a elaboração de relatórios e a transparência através da publicação, acesso a informação pelos abrangidos por decisões automatizadas tomadas. Não esquecer a criação de entidades de monitorização e a manutenção do controlo humano nos sistemas, de onde se destaca a revisão humana de decisões automatizadas e a capacidade de reverter e corrigir decisões automatizadas. Sobre o tema, vd. Henry A. KISSINGER *et al.*, *A Era da Inteligência Artificial. E o nosso futuro humano*, tradução José Mendonça da Cruz, D. Quixote, 2021, esp. pp. 97-205.

³¹ A este propósito, importa lembrar a Estratégia Nacional de Inteligência Artificial (AI Portugal 2030), onde se considera que os sistemas inteligentes são confiáveis e fiáveis: i) quando existe uma AI legal, ética e robusta; ii) se

A bem ver, o tema encerra as dificuldades e os desafios gerais da Governação Pública do Séc. XXI e traduz alguns dos dilemas do pensamento jurídico da Era atual, dita Era Digital, e dos paradoxos que lhe assistem e que dizem respeito, por um lado, à digitalização dos modos de viver em comunidade e à intensificação da aplicação das TIC à Governação Pública e, por outro, a intensificação da regulamentação de medidas de salvaguarda de direitos e da necessária blindagem da privacidade das pessoas singulares e da segurança das instituições³².

4. Como incluir e não deixar ninguém para trás

Como Roma e Pavia, a cidade inteligente (sustentável e digitalizada) não se constrói toda de uma vez só e a sua implementação depende de múltiplos fatores, de entre os quais se inclui a tecnologia disponível, aspetos demográficos, geográficos e culturais locais, a dimensão da cooperação e colaboração em rede público-privada, tanto do ponto de vista da partilha da inovação como do financiamento, e as políticas prioritariamente acolhidas pelo decisor político para a cidade (que são vulgarmente limitadas ao tempo da duração do mandato político).

Do mesmo modo a noção de *smart city* está intrinsecamente relacionada com o direito a viver com qualidade de vida na cidade e o direito a aceder facilmente ao serviço público local, participar na tomada da decisão pública e obter soluções em tempo real para o perigo e a catástrofe, sendo certo que as escolhas das soluções dependem sobretudo dos tecnólogos e dos políticos.

os sistemas concretizam quatro princípios éticos: a) respeito pela autonomia humana, b) fazem uma prevenção de danos, b) pressupõem equidade e explicabilidade; iii) e se asseguram sete requisitos: 1. controlo e supervisão humana, 2. segurança e robustez técnica, 3. privacidade de governação dos dados, 4. transparência, 5. diversidade e não discriminação e justiça, 6. bem-estar social e ambiental, e 7. Responsabilização.

³² De resto, o tema situa-se numa envolvência de prioridades globais europeias e dos Estados, em que a transição digital visa alcançar múltiplos objetivos, de desenvolvimento e crescimento económico e social, não devendo traduzir-se em perdas de direitos das pessoas — traduzidas em *vazamento* de informações que contenham dados pessoais e informação atinente à sua privacidade — das empresas ou das instituições públicas, bem como também não pode ser descuidada as regras atinentes à segurança da informação digital e dos respetivos sistemas, obrigando ao reforço da cibersegurança. Sobre estes assuntos, já escrevemos em Isabel Celeste FONSECA, “Governação Pública (Local) Digital: notas breves sobre a aceleração da transição digital”, in Artur Flaminio da Silva (coord.), *Direito Administrativo e Tecnologia*, Coimbra, Almedina, 2021. E também, procurando destacar alguns dos aspetos complicados e de difícil harmonização, coordenámos, com a chancela da Almedina duas publicações: *Estudos de E.governança, Transparência e Proteção de dados*, em 2021, e um mais recente, *Governação Pública Digital, Smart Cities e Privacidade*, em 2022.

Voltamos ao início desta escrita e à preocupação da Benedita: se a transição digital deve ser encarada como o motor de transformação do país em geral e de cada uma das cidades portuguesas em particular, as pessoas são e têm de ser o centro das decisões e das escolhas e qualquer solução só pode ser boa se for inclusiva. E, por conseguinte, o primeiro pilar de atuação pública prende-se com a necessária criação de condições para que todos possam enfrentar os mesmos desafios digitais.

Em boa verdade, as cidades devem incluir nas suas estratégias de transformação digital a Educação Digital, a Inclusão Digital e a Capacitação e Literacia Digital, devendo dirigir-se especialmente ao público frágil, que inclui dois importantes grupos: i) as crianças e jovens do ensino básico (compreendendo o 1º, 2º e 3º ciclos, correspondendo, por isso, ao 1º até ao 9º ano de escolaridade); ii) e, ainda os idosos (particularmente as Mulheres) com mais de 65 anos. Na verdade, a construção de uma sociedade digital deve ser orientada para o cidadão que apresenta, naturalmente, vulnerabilidades de literacia digital, mas também para as crianças e jovens, pois, além da formação adquirida, que se repercutirá ao longo do seu percurso, são os jovens que serão os sensibilizadores para a mudança dos seus familiares e da comunidade em geral, podendo alcançar-se o tecido social adequado, do ponto de vista da literacia digital, para a fruir e desfrutar da cidade inteligente.

Assim, a Educação Digital é um importante veículo para dotar as crianças e os jovens das competências digitais necessárias à sua plena realização pessoal e profissional. Deste modo, acompanhando e completando a integração transversal das tecnologias nas diferentes áreas curriculares do ensino básico em particular, julgamos que se poder fazer mais, visando a melhoria contínua da qualidade das aprendizagens e do desenvolvimento do sistema educativo através da adoção de medidas, algumas inovadoras e outras resultantes do aproveitamento da experiência acumulada. Assim, a partir de uma lógica pedagógica é possível desenvolver atividades lúdicas, de reflexão e de aprendizagem seja através de jogos, de desenhos e de *workshops*, de forma a promover o conhecimento daquilo que é a cidade inteligente, as TIC e as demais valências das cidades do futuro.

Por seu lado, a Inclusão Digital através da Capacitação e Literacia Digital são absolutamente necessárias. Começemos por evidenciar que uma cidade digitalmente inclusiva é aquela que garante que todos os seus municípios

tenham acesso e utilizem tecnologias de informação e comunicação, tendo por base cinco pré-requisitos essenciais: disponibilidade de internet, disponibilidade de equipamentos, literacia digital, suporte técnico permanente, recursos que promovam a participação. Neste contexto, importa fazer referência às Comunidades Criativas para a Inclusão Digital (CCID) que já encontram alguma expressão no território nacional, e consistem em comunidades que pretendem promover a inclusão digital, respondendo às necessidades de determinados grupos de pessoas das suas comunidades.

No fundo o que estamos aqui a lembrar nesta matéria, e muito à semelhança das CCID, é que importa fazer um esforço e uma interligação entre os agentes locais, as IPSS, os lares e os centros de dia, de forma a capacitar os mais idosos de competências digitais que, aliás, já encontra alguma concretização em alguns municípios que desenvolvem uma maior literacia digital nos mais idosos.

De facto, as autarquias devem aprofundar mais projetos educativos de inclusão digital de idosos, enquanto população em risco de exclusão digital, que inclua conteúdos formativos simples de forma a contribuir ativamente para a formação em competências digitais básicas. Neste alinhamento, devem desenvolver-se projetos de inclusão digital assentes numa rede municipal de jovens voluntários e de centros como IPSS e lares em que os conteúdos básicos formativos abrangidos podem ser, de entre outros, a criação de correio eletrónico, a capacidade de pesquisa *online*, a consulta e utilização de serviços públicos online e o acesso a redes sociais.

Em suma, advogamos a realização de ações de sensibilização sobre as TIC e as cidades inteligentes em lares, IPSS e centros de dia através de atividades lúdicas, muito à semelhança do que deve realizar também com os mais jovens, sendo um método semelhante. Importa ainda salientar que, a concretização de pilares de atuação neste domínio poderá ser reforçado as seguintes atividades: i) desenvolvimento e acompanhamento de uma Rede Municipal de centros educativos para crianças até 12 anos (Escolas e Instituições de Solidariedade Social, Universidade do Minho); ii) desenvolvimento e acompanhamento de uma Rede Municipal de jovens voluntários que colaborem em iniciativas de capacitação de maiores de 65 anos; iii) Elaboração de livros pedagógicos para crianças sobre a descoberta da cidade inteligente e sobre a Internet e proteção de dados pessoais; iv) a Elaboração de ações de

comunicação sobre a promoção de cidades inteligentes para idosos: (através de textos/desenhos semanais nos media locais; v) Iniciativas híbridas (online e presencial) de formação (relativa a sites dos centros, App do voluntário e redes sociais).

À semelhança de William Shakespeare, que interroga “O que é a cidade senão as pessoas?”, também encerramos o texto concluindo que a cidade inteligente não pode ser implementada sem a cumplicidade das pessoas que nela habitam, dos jovens e adultos, das mulheres e dos imigrantes, dos residentes na sede do concelho e dos que habitam as zonas mais rurais, e, em particular, daqueles que podem ter dificuldade em acompanhar o processo de mudança, como são as crianças, as mulheres e os maiores de 65. Todas as Agendas de transformação digital ditam que o processo em curso se realiza de forma sustentada e inclusiva, no sentido de que ninguém deve ser deixado para trás.

INDEPENDENTE? IMPARCIAL? OS DESAFIOS À UNIÃO DE DIREITO E A JUSTIÇA ELETRÓNICA EUROPEIA COMO INSTRUMENTO ORIGINAL AO SERVIÇO DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

Joana Covelo de Abreu*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.26>

1. Uma vida em prol da academia e dos alunos – o testemunho na primeira pessoa

A Prof. Doutora Benedita Mac Crorie marcou, de forma significativa, o meu percurso académico. Afinal, representava, aos olhos de uma aluna acabada de ingressar num curso de Direito, uma lufada de ar fresco, uma cara que em muito se parecia com aquelas que se encontravam na audiência daquele anfiteatro e que, com expectativa, aguardavam aquelas aulas. Desde o primeiro dia, perante uma turma empenhada mas barulhenta e dispersa, a Benedita foi capaz de imprimir o ritmo e o gosto pela matéria que lecionava, com a sabedoria que extravasava a sua aparente tenra idade.

* Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho (jabreu@direito.uminho.pt).

Vim mais tarde a descobrir – quando já partilhávamos a atividade académica e, sem qualquer reserva, me tinha intimado a tratá-la com informalidade, pelo seu primeiro nome – que, efetivamente, no tempo em que surgiu como docente àquela turma que eu integrava, era ainda uma jovem académica, com sonhos e interesses renovados diariamente numa cabeça em constante turbilhão. E agora posso garantir que isso foi fundamental para agarrar aquele auditório e para, sobretudo, prender a minha atenção e despertar o gosto que partilhávamos pelo Direito Constitucional e pela proteção de direitos fundamentais.

O texto que agora se apresenta tentou mimificar isso mesmo: visou deduzir, a partir de um fenómeno tecnológico emergente em sede de tutela jurisdicional efetiva – a justiça eletrónica europeia –, como o valor do Estado de direito pode sair reforçado no contexto da União Europeia, com necessárias repercussões nos ordenamentos jurídicos dos seus Estados-Membros.

Hoje dizemos, novamente, um “até já” à Benedita.

2. A União de direito e os seus desafios sob o prisma da tutela jurisdicional efetiva – aproximações jurídico-constitucionais

Nos últimos anos, tem-se vindo a detetar uma premência de reafirmação de uma União de direito no contexto jurisdicional da União Europeia. Afinal, a Comissão levou a efeito uma reflexão sobre o estado da União de direito, verificando que os principais desafios sublinhados se centram nos entraves colocados, em diversos Estados-Membros, a uma das suas vivificações: aquela que diz respeito, no seio da tutela jurisdicional efetiva, à independência e à imparcialidade dos tribunais, e que, inclusivamente, tem recebido a atenção do Tribunal de Justiça. Perante tais preocupações, esta reflexão visa equacionar o papel catalisador da justiça eletrónica, especificamente quando pensada como meio de articulação digital entre os tribunais europeus, na sua globalidade, enquanto mecanismo ao serviço da tutela jurisdicional efetiva, na medida em que a Comissão tem votado a sua atenção a divisar novos caminhos de salvaguarda e afirmação desta União de direito.

Para o efeito, a Comissão recordou, em abril de 2019, a fundamentalidade do Estado de direito como valor da União, enquanto reflexo da identidade comum e das tradições constitucionais, já que está na base dos sistemas democráticos de todos os Estados-Membros e se revela indispensável à garantia efetiva dos direitos fundamentais. Afinal, a União Europeia tem de continuar a ser um lugar “onde a lei seja aplicada de modo uniforme e eficaz” e a “confiança nas instituições públicas, incluindo o sistema judicial, é essencial para as sociedades democráticas funcionarem corretamente”¹ já que, “[e]m qualquer regime que respeite o Estado de direito, os poderes públicos só podem agir dentro dos limites impostos por lei, em conformidade com os valores da democracia e dos direitos fundamentais, sob a supervisão de tribunais independentes e imparciais”². Assim, a tutela jurisdicional efetiva afigura-se como uma dimensão instrumental indispensável a uma União que se pretende de direito, nomeadamente nas suas dimensões inerentes à independência e imparcialidade judiciárias. Na base de um sistema jurídico e jurisdicional integrado reside a ideia de um reforço do reconhecimento mútuo³, fruto de longas décadas de tendencial confiança entre os sistemas judiciários dos Estados-Membros e das suas interações reflexivas – via reenvio prejudicial – com o Tribunal de Justiça, assente num paulatino mas constante incremento da segurança nas soluções processuais e nas decisões adotadas noutros Estados-Membros. Assim, “[s]e o Estado de direito não for devidamente protegido em todos os Estados-Membros, poderão ser comprometidos os alicerces da União”, como “a solidariedade, a coesão e a confiança necessárias ao reconhecimento mútuo das decisões nacionais”⁴.

Por sua vez, Věra Jourová deu conta, no *2019 EU Justice Scoreboard*, que este era um “instrumento essencial da caixa-de-ferramentas da União de

¹ Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho – Prosseguir o reforço do Estado de direito na União. Ponto da situação e eventuais medidas futuras, COM(2019) 163 final, Bruxelas, 03.04.2019, p. 1.

² Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho – Prosseguir o reforço do Estado de direito na União. Ponto da situação e eventuais medidas futuras, *cit.*, p. 1.

³ Para maiores desenvolvimentos, A. MATTERA, “La reconnaissance mutuelle: une valeur historique ancienne, un principe juridique intégrationniste, l’assise politique d’un modèle de société humaniste”, *Revue du Droit d’l’Union Européenne*, n° 3, 2009.

⁴ Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho – Prosseguir o reforço do Estado de direito na União. Ponto da situação e eventuais medidas futuras, *cit.*, p. 2.

direito da União Europeia”⁵. Num contexto em que a União de direito sofre consideráveis atropelos em diversos Estados-Membros, a Comissão entendeu pertinente que, na análise do domínio da justiça, se conduzisse um “processo de reflexão adicional para reforçar ainda mais o *rule of law*” porque, como “todos partilhamos o mesmo objetivo de melhorar o aparelho judiciário europeu”, “sem sistemas de justiça independentes e eficientes, não pode haver *rule of law*, confiança dos cidadãos e um ambiente amigável às empresas e ao investimento”⁶.

Nesta exposição, adota-se a nomenclatura de União de direito, enquanto expressão, no contexto europeu, relativa às dinâmicas associadas ao Estado de direito (= *rule of law*)⁷, alinhando-nos com a doutrina que perfilha tal locução porque mais consentânea com a realidade a que se reporta e para que sejam evitadas confusões jurídico-constitucionais: a União de direito desenvolve-se como um princípio geral do direito da União⁸ desde a sedimentação da ideia de que a atividade (legislativa, executiva e judicial) da União Europeia tem de se encontrar submetida ao direito, que é o seu fundamento, limite e teleologia, porque opera através de uma ordem jurídica própria e “autónoma”⁹ (acórdãos *Costa vs. ENEL*¹⁰ e *Os Verdes*¹¹).

Neste diapasão, a União reconhece que se funda, entre outros, no valor do Estado de direito, “numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres” (artigo 2º TUE). Logo, a construção jurídico-constitucional da União de direito importa a observância, numa determinada ordem política, de uma ordenação jurídica preexistente e em constante

⁵ Comissão Europeia, The 2019 EU justice scoreboard – Communication to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2019) 198/2, Luxemburgo, 2019, Foreword.

⁶ Comissão Europeia, The 2019 EU justice scoreboard – Communication to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *cit.*, p. 1.

⁷ A opção pela expressão resulta do acórdão TJ *Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP)*, 27.2.2018, processo C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, considerando 31. No mesmo sentido, Alessandra SILVEIRA, *Princípios de Direito da União Europeia. Doutrina e Jurisprudência*, 2ª edição, Quid Juris, 2011, pp. 19-38.

⁸ Sobre o tema dos princípios gerais no ordenamento jurídico da União Europeia, Maria Luísa DUARTE, *União Europeia e direitos fundamentais – no espaço da internormatividade*, Lisboa, AAFDL, 2006, pp. 79 ss.

⁹ Vital MOREIRA, “*Respublica*” *Europaia. Estudos de direito constitucional da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 25.

¹⁰ Acórdão *Costa vs. ENEL*, 15.07.1964, processo 6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

¹¹ Acórdão *Os Verdes*, 23.4.1986, processo C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166.

evolução – ou seja, aquela “que, na sua essência, se reconduz à ideia de um Estado garantidor de um tratamento justo aos seus cidadãos”¹². Ora, “[a] União Europeia [não] é um Estado (na concepção moderna), mas cria direito como se fosse, isto é, cria normas jurídicas que vinculam obrigatoriamente os Estados-Membros e seus cidadãos”¹³ e, bem assim, as suas instituições, órgãos e organismos. Acresce que não basta, numa ordem jurídica autónoma, a produção legislativa; há ainda a necessidade de se encontrar dotada de instituições próprias, de processos adequados à adoção de normas e à sua interpretação; e de mecanismos tendentes a reagir em casos de violação do ordenamento jurídico existente. Assim, “a União Europeia funciona como uma União de direito (por alusão à expressão Estado de direito)”¹⁴, na medida em que, encontrando-se dotada de poder público (que os Estados-Membros voluntariamente lhe transferiram), este tem de ser objeto de limitação, através da submissão ao direito.

Para tal, a União, através dos seus Tratados – e dando concretização aos objetivos e valores do artigo 2º TUE –, dotou-se i) de instituições próprias que se organizam segundo a lógica do equilíbrio institucional, ii) de um sistema de atos jurídicos e normativos, adotados segundo um procedimento especificado, que têm impacto na esfera jurídica dos particulares e iii) de um sistema de contencioso próprio, quer através da adoção de mecanismos jurisdicionais *sui generis*¹⁵, quer pelo reconhecimento inovador de um quadro organizativo-jurisdicional que inclui, simultaneamente, os tribunais organicamente europeus (aqueles que se fundam nos Tratados, e cujo funcionamento, organização e composição são estabelecidos pelo quadro legislativo da União) e os tribunais funcionalmente europeus (os tribunais nacionais que, quando chamados a aplicar direito da União, funcionarão como os “tribunais comuns” da União¹⁶), dando concretização prática a uma das dimensões do

¹² José Joaquim Gomes CANOTILHO, “Estado de direito e internormatividade”, in Alessandra Silveira (coord.), *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, Quid Juris, 2010, pp. 171-185, p. 172.

¹³ Alessandra SILVEIRA, *Princípios de Direito da União Europeia...*, op. cit., p. 28.

¹⁴ Alessandra SILVEIRA, *Princípios de Direito da União Europeia...*, op. cit., p. 28.

¹⁵ A expressão é adotada por referência ao reenvio prejudicial (artigo 267º TFUE) por ter sido pensado para se desenrolar entre tribunais – os nacionais e o Tribunal de Justiça – para que a aplicação uniforme do direito da União fosse alcançada através da intervenção *prima facie* dos tribunais nacionais, enquanto tribunais funcionalmente europeus.

¹⁶ Pelo uso de expressão coincidente, Maria José Rangel de MESQUITA, *Introdução ao Contencioso da União Europeia*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2018, p. 13; e Nuno PIÇARRA e Francisco Pereira COUTINHO, “The ‘Europeanization’

princípio da autonomia processual dos Estados-Membros. Ora, tal opção deveu-se sobretudo à necessidade de promover uma justiça europeia de proximidade, de modo a que os cidadãos da União pudessem invocar os seus direitos junto de tribunais (e mediante processos) com os quais estivessem familiarizados.

As preocupações inerentes à União de direito em contexto jurisdicional começaram a surgir com jurisprudência do Tribunal de Justiça que rapidamente se tornou marcante. Tal tendência inaugurou-se com o acórdão Associação Sindical dos Juízes Portugueses (ASJP). No litígio principal colocava-se a questão de saber se a tutela jurisdicional efetiva na União se opunha à imposição, aos juízes do Tribunal de Contas português, de medidas gerais de redução salarial por imperativos de eliminação de défice orçamental excessivo e associadas a um programa de assistência financeira. Apesar de o Tribunal de Justiça ter considerado que o direito da União não se opunha a tais circunstâncias – pelo facto de as medidas de redução salarial se terem aplicado a “um conjunto de membros da função pública nacional”, e terem “caráter transitório”¹⁷, tendo entretanto sido eliminadas –, acabou por estabelecer o âmbito, sentido e alcance da tutela jurisdicional efetiva como princípio geral do direito da União. O Tribunal de Justiça começou por esclarecer a instrumentalidade essencial da tutela jurisdicional efetiva (artigo 19º, nº 1, §2 TUE) aos valores comuns da União “como o Estado de direito[,] numa sociedade caracterizada, designadamente, pela justiça”¹⁸. Afinal, “[o] artigo 19º TUE, que concretiza o valor do Estado de direito afirmado no artigo 2º TUE, confia a tarefa de assegurar a fiscalização jurisdicional na ordem jurídica da União não apenas ao Tribunal de Justiça mas igualmente aos órgãos jurisdicionais nacionais”¹⁹ que desempenham, com aquele tribunal, o exercício da função jurisdicional na União, cabendo aos Estados-Membros criarem as vias recursórias adequadas à prossecução de uma tutela jurisdicional efetiva, vista como “um princípio geral do direito da União que decorre das tradições constitucionais comuns

of the Portuguese courts”, *Revista de Direito Público*, ano II, nº 5, Janeiro/Junho de 2011, p. 158.

¹⁷ Acórdão ASJP, §49 e 50.

¹⁸ Acórdão ASJP, §30.

¹⁹ Acórdão ASJP, §32.

aos Estados-Membros” e da sua proclamação, enquanto direito humano, no seio de diplomas internacionais de proteção de direitos humanos²⁰. No que diz respeito à dimensão relativa à independência dos tribunais, o Tribunal de Justiça esclarece que esta é “inerente à missão de julgar” impondo-se “não apenas a nível da União, aos juízes e aos advogados-gerais do Tribunal de Justiça, [mas] igualmente ao nível dos Estados-Membros, aos órgãos jurisdicionais nacionais”²¹, pressupondo “que a instância em causa exerça as suas funções jurisdicionais com total autonomia, sem estar submetida a nenhum vínculo hierárquico ou de subordinação em relação a quem quer que seja e sem receber ordens ou instruções de qualquer origem, e esteja, assim, protegida contra intervenções ou pressões externas suscetíveis de afetar a independência de julgamento dos seus membros e influenciar as suas decisões”²². Posto isto, o Tribunal de Justiça, nesta jurisprudência relativa à tutela, reconhece o seu relevante papel de princípio geral do direito no seio de uma União de direito.

Por sua vez, no acórdão *LM*²³, concretiza-se a relação simbiótica da tutela jurisdicional efetiva enquanto princípio geral (artigo 19º, nº 1, 2º parágrafo TUE) e direito fundamental (artigo 47º CDFUE). Através deste reenvio, pretendia-se saber se uma norma do regime jurídico do mandado de detenção europeu permitia, à autoridade de execução, não dar execução ao mandado “em razão do risco de violação, em caso de entrega da pessoa procurada à autoridade judiciária de emissão, do direito fundamental a um processo equitativo num tribunal independente”, à luz do artigo 47º, § 2 CDFUE.

A título introdutório, o Tribunal de Justiça esclareceu que “o direito da União assenta na premissa fundamental segundo a qual cada Estado-Membro partilha com todos os restantes Estados-Membros, e reconhece que estes partilham com ele, uma série de valores comuns nos quais a União se funda”, o que “implica e justifica a existência da confiança mútua entre os Estados-Membros no reconhecimento destes valores e, portanto, no respeito

²⁰ Acórdão *ASJP*, §35.

²¹ Acórdão *ASJP*, §42.

²² Acórdão *ASJP*, §44.

²³ Acórdão *TJ LM*, 25.07.2018, processo C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586.

do direito da União que os aplica”²⁴, honrando, de forma particular, os direitos fundamentais protegidos neste contexto. Assim, o Tribunal de Justiça explicou que, “quando aplicam o direito da União, os Estados-Membros podem ser obrigados, por força desse mesmo direito, a presumir o respeito dos direitos fundamentais por parte dos outros Estados-Membros”²⁵; por força do princípio do reconhecimento mútuo, à partida, um órgão de execução de um mandado não pode recusar a sua execução, na medida em que a recusa deve ser perspetivada como a exceção, só operando mediante uma interpretação restritiva do seu âmbito²⁶. No entanto, o Tribunal de Justiça veio esclarecer as situações excecionais – nomeadamente associadas ao direito a um processo equitativo perante um tribunal independente – mediante as quais a recusa poderá ocorrer, através de aproximações concretizadoras da tutela jurisdicional efetiva enquanto direito fundamental, aclarando que “a exigência de independência judicial está abrangida pelo conteúdo essencial do direito fundamental a um processo equitativo, que reveste importância cardinal enquanto garante da proteção do conjunto de direitos que para os litigantes emergem do direito da União e da preservação dos valores comuns aos Estados-Membros, [designadamente], do valor do Estado de direito”²⁷.

Assim, o Tribunal de Justiça concluiu que poderá reputar-se como causa de recusa de execução excecional, para a autoridade de execução, a existência de risco real do direito fundamental a um processo equitativo perante um tribunal independente (tal como está garantido no artigo 47º, § 2 CDFUE) da pessoa sujeita ao mandado, não ser acautelado pela autoridade judiciária de emissão²⁸. Intui-se, portanto, que o princípio geral do direito da União e o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva funcionam como duas faces da mesma moeda. A jurisprudência do Tribunal de Justiça teve, portanto, em consideração a “natureza dual da independência judiciária na ordem jurídica da UE – procur[ando] daí extrair as vantagens desta

²⁴ Acórdão *LM*, §35.

²⁵ Acórdão *LM*, §37.

²⁶ Acórdão *LM*, §41.

²⁷ Acórdão *LM*, §48.

²⁸ Acórdão *LM*, §59.

complementaridade sistémica”²⁹, pressentindo-se a vontade de aprofundar a dimensão jusfundamental do direito a um tribunal independente a partir da sua veste de princípio geral do direito da União. Assim, se um mandado de detenção europeu visa simplificar o sistema de entrega entre autoridades judiciárias, para efeitos de procedimento criminal, é sua condição que todas as autoridades envolvidas sejam independentes³⁰, observando o “padrão de proteção do direito fundamental garantido pelo artigo 47º, segundo parágrafo, da Carta”³¹.

A 24 de junho de 2019, o Tribunal de Justiça, no âmbito de uma ação por incumprimento (artigos 258º a 260º TFUE), foi chamado a pronunciar-se sobre o incumprimento da Polónia³² fundado na adoção de legislação interna que poderia violar a tutela jurisdicional efetiva, tal como esta se encontra protegida no direito da União, especificamente no que diz respeito à inamovibilidade e à independência dos juízes.

No âmbito da fase pré-contenciosa, a Comissão emitiu notificação dando conta, à Polónia, que a legislação interna relativa ao Supremo Tribunal violava as obrigações que tinha assumido face aos artigos 19º TUE e 47º CDFUE, o que foi contestado pelo Estado-Membro. Na sequência, a Comissão emitiu, a 14 de agosto de 2018, parecer fundamentado onde reiterava a manutenção da violação do direito da União e convidava a Polónia a adotar as medidas necessárias no prazo de um mês³³. A Polónia pugnou, novamente, pela ausência de violação do direito da União.

Os factos inerentes às violações que a Comissão imputou à Polónia eram os seguintes: 1) por um lado, a nova Lei sobre o Supremo Tribunal, na parte em que determinava a redução da idade de aposentação dos juízes àqueles em exercício que haviam sido nomeados antes da sua entrada em vigor, comprometia a independência dos juízes corporizada na sua inamovibilidade; 2) por outro lado, a Comissão acusava o Estado-Membro de violar

²⁹ Alessandra SILVEIRA *et al.*, “Judicial Independence as a general principle and a fundamental right – Yin and Yang in the ECJ’s jurisprudence concerning a Union based on the rule of law”, in Paulo Canelas de Castro (coord.), *60 years after the Treaties of Rome: what is the future for the European Union?*, University of Macau, no prelo.

³⁰ Acórdão LM, §56.

³¹ Acórdão LM, §62.

³² Acórdão TJ *Comissão vs. Polónia*, 24.06.2019, processo C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531.

³³ Acórdão *Comissão vs. Polónia*, § 16.

a independência judicial, ao conferir ao Presidente da República o poder discricionário de prorrogar, por duas vezes, cada uma por um período de três anos, a função judicial ativa dos juízes deste Supremo Tribunal, para além da nova idade de aposentação fixada.

Partindo da jurisprudência ASJP e LM, o Tribunal de Justiça começou por esclarecer que a União se funda na comunhão de vontades livres dos seus Estados-Membros de a ela terem aderido, mediante o respeito pelos valores enunciados no artigo 2º TUE, “pelo que o direito da União assenta na premissa fundamental de que cada Estado-Membro partilha com todos os outros Estados-Membros, e reconhece que estes partilham com ele, esses valores”³⁴. Só assim se promoveu o clima de efetiva integração judiciária³⁵, nomeadamente assente nos princípios do reconhecimento mútuo e da confiança recíproca entre Estados-Membros e, especificamente, entre os seus órgãos jurisdicionais³⁶. Posto isto, reafirma a importância da tutela jurisdicional efetiva numa União de direito “na qual os particulares têm o direito de contestar judicialmente a legalidade de qualquer decisão ou de qualquer ato nacional relativo à aplicação, a seu respeito de um ato da União”³⁷, recordando que “o artigo 19º TUE, que concretiza o valor do Estado de direito[,] confia aos órgãos jurisdicionais nacionais e ao Tribunal de Justiça a missão de garantir a plena aplicação do direito da União em todos os Estados-Membros, bem como a tutela jurisdicional que esse direito confere aos particulares”³⁸. Assim, explicando as dinâmicas associadas à autonomia processual dos Estados-Membros³⁹, nomeadamente as que determinam a sua autonomia quanto à fixação da organização do seu sistema jurisdicional nacional, recorda que tal competência tem de ser exercida respeitando as obrigações que para eles decorrem do direito

³⁴ Acórdão *Comissão vs. Polónia*, §42.

³⁵ Para maiores desenvolvimentos, Joana Covelo de ABREU, *Tribunais nacionais e tutela jurisdicional efetiva. Da cooperação à integração judiciária no Contencioso da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2019.

³⁶ Acórdão *Comissão vs. Polónia*, §43.

³⁷ Acórdão *Comissão vs. Polónia*, §46.

³⁸ Acórdão *Comissão vs. Polónia*, §47.

³⁹ Para maiores desenvolvimentos, e entre outros, Vicent COURONNE, “L'autonomie procédurale des États Membres de l'Union Européenne à l'épreuve du temps”, *Cahiers de droit européen*, vol. XLVI, nº 46; e Vassili CHRISTIANOS, “Le mécanisme de l'harmonization procédurale dans l'Union Européenne”, *Revue des Affaires Européennes*, ano 16, nº 3, 2007/2008.

da União. Afinal, se assim não fosse, os princípios-teste da equivalência e da efetividade – que visam verificar se as soluções nacionais 1) se tornam menos favoráveis quando aplicáveis a litígios decorrentes do direito da União em comparação com litígios puramente internos e 2) se tornam excessivamente difícil ou impossível, na prática, o exercício dos direitos decorrentes da ordem jurídica europeia – sairiam esvaídos de sentido. Tal significa que a autonomia processual dos Estados-Membros não opera como um princípio geral absoluto, tendo as soluções processuais nacionais de serem escrutinadas à luz da equivalência e da efetividade. Dizer o oposto contrariaria a integração europeia, a efetividade e o primado do direito da União, podendo os Estados-Membros escudar-se em soluções processuais nacionais para escaparem às obrigações que lhes incumbissem por força do direito da União Europeia.

Posto isto, partindo da premissa que cabe a “qualquer Estado-Membro [assegurar] que as instâncias que, enquanto ‘órgão jurisdicional’ na aceção definida pelo direito da União, fazem parte do seu sistema de vias de recurso nos domínios abrangidos pelo direito da União, satisfazem as exigências de uma tutela jurisdicional efetiva”⁴⁰, o Tribunal de Justiça conclui, quanto às garantias de independência e de imparcialidade, que ambas as medidas eram suscetíveis de consubstanciar uma violação do direito da União, nomeadamente do princípio geral da tutela jurisdicional efetiva decorrente do artigo 19º, nº 1, § 2 TUE, na medida em que este exige que o exercício da função jurisdicional e a própria arquitetura jurisdicional de um Estado-Membro seja capaz de “garantir que as condições materiais e as modalidades processuais que presidem à adoção d[as] decisões sejam tais que não possam criar, no espírito dos litigantes, dúvidas legítimas quanto à impermeabilidade dos juízes em causa em relação a elementos externos e à sua neutralidade relativamente aos interesses em confronto”⁴¹, nomeadamente excluindo quaisquer possibilidades de “influência direta, sob a forma de instruções” ou “formas de influência mais indireta suscetíveis de orientar as decisões dos juízes em causa”⁴².

⁴⁰ Acórdão *Comissão vs. Polónia*, §55.

⁴¹ Acórdão *Comissão vs. Polónia*, §111.

⁴² Acórdão *Comissão vs. Polónia*, §112.

Com este acórdão, o Tribunal de Justiça adensa a relação de complementaridade sistémica entre o princípio geral e o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Na realidade, através da análise das violações perpetradas, na Polónia, à luz do princípio geral do artigo 19º, nº 1, §2 TUE, o Tribunal de Justiça conseguiu promover a concretização do congénere direito fundamental do artigo 47º CDFUE sem se encontrar limitado pelo âmbito de aplicação da Carta, “discretamente reconhe[endo] e procura[ndo] superar as dificuldades metodológicas colocadas pelo artigo 51º, nº 1 CDFUE no âmbito do sistema de proteção de direitos fundamentais”, embora “o TJ pareça recuperar a dimensão jusfundamental da questão [ao decidir] que o segundo parágrafo do artigo 19º, nº 1 TUE demanda aos Estados-Membros que criem mecanismos que sejam suficientes para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva, dentro do significado em particular do artigo 47º CDFUE, nos campos abrangidos pelo direito da UE”⁴³.

Ora, aqui reside a particular relação complementar e sistémica que primordialmente serve o propósito de uma União de direito: através deste acórdão, o Tribunal de Justiça adensou tal relação simbiótica ao ser capaz de demonstrar como a independência dos tribunais é um conceito principiológico e jusfundamental mais amplo, que deve – e tem de – abarcar não só as condições efetivas do exercício da função jurisdicional (como resultou evidente em ASJP e LM) mas também a forma como a organização judiciária se reflete na efetivação dessa dimensão. Afinal, ainda que todas as condições sejam dadas, no decurso do processo, para um juiz decidir de forma independente, se o mesmo tiver sido colocado naquele substrato organizativo-judicial sob qualquer influência, o seu exercício poderá nunca ser efetivamente independente, afetando a própria confiança dos particulares na justiça e abalando o reconhecimento mútuo e a confiança recíproca na administração da justiça entre Estados-Membros, podendo determinar que claudiquem décadas de efetiva integração judiciária.

Posto isto, as inquietações mais prementes da Comissão Europeia sobre os desafios colocados a uma União de direito radicam, sobretudo, em encontrar

⁴³ Alessandra SILVEIRA, “Building the ECJ puzzle on judicial independence in a Union based on the rule of law (Commission vs. Poland in the light of ASJP)”, *The official blog of UNIO – EU Law Journal “Thinking & Debating Europe”*, 08.07.2019, disponível em <https://officialblogofunio.com/2019/07/08/building-the-ecj-puzzle-on-judicial-independence-in-a-union-based-on-the-rule-of-law-commission-v-poland-in-the-light-of-asjp/#more-4210> [20.07.2019].

novos mecanismos e revitalizar outros já existentes que sejam capazes de assegurar a observância da tutela jurisdicional efetiva de forma homogênea nos diversos Estados-Membros. Afinal, a Comissão detetou que “[a] necessidade de os poderes públicos estarem permanentemente vinculados aos valores, normas e procedimentos consagrados está no cerne do Estado de direito”, sobretudo quando “vários processos recentes com repercussões a nível da UE incidiram na independência do poder judicial”⁴⁴. Assim, como “[e]ste poder está no cerne do Estado de direito”, a Comissão lança um repto a que se suplantem “as tentativas dos agentes políticos para comprometer a [independência] e a força vinculativa das [decisões]”^{45 46}, divisando-se novos caminhos de reforço a uma tutela jurisdicional efetiva.

Estabelecida a simultânea instrumentalidade e indispensabilidade da tutela jurisdicional efetiva a uma União de direito, cabe analisar de que modo, em tempos de desafios preocupantes, as soluções poderão encontrar-se nos paradigmas⁴⁷ mais recentes na União Europeia, como o da justiça eletrónica.

3. A justiça eletrónica ao serviço da tutela jurisdicional efetiva – adensando o papel das ferramentas digitais

A União Europeia perspetivou que o incremento económico no seu espaço se poderia potenciar através das novas tecnologias de informação e comunicação, tornando-o mais apelativo quer para quem empreendesse nestas dimensões, quer para aqueles que usufruem desses serviços e produtos e buscam um ambiente mais protegido. Afinal, “[a] economia mundial está rapidamente a tornar-se digital” e “[o] setor das tecnologias de informação

⁴⁴ Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho – Prosseguir o reforço do Estado de direito na União. Ponto da situação e eventuais medidas futuras, *cit.*, p. 9.

⁴⁵ Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho – Prosseguir o reforço do Estado de direito na União. Ponto da situação e eventuais medidas futuras, *cit.*, p. 9.

⁴⁶ No mesmo sentido, a Comissão ainda refere a observância de uma “fragilização dos tribunais constitucionais”, o que novamente reforça os problemas atuais colocados à tutela jurisdicional efetiva. Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho – Prosseguir o reforço do Estado de direito na União. Ponto da situação e eventuais medidas futuras, *cit.*, p. 9.

⁴⁷ Adota-se a aceção literal do termo, enquanto “algo que serve de exemplo geral ou de modelo”, in *Priberam – Dicionário digital*, disponível em <https://dicionario.priberam.org/paradigma> [08.10.2022].

e das comunicações” tornou-se “a base de todos os sistemas económicos modernos inovadores”⁴⁸. Assim, a Estratégia Digital para a Europa passou pelo estabelecimento de um Mercado Único Digital⁴⁹, cujo aprofundamento assentava numa “sociedade da informação inclusiva”, na medida em que sempre se almejou “que os cidadãos e as empresas tenham as competências necessárias e possam beneficiar de serviços eletrónicos interligados e multilingues, desde a administração pública em linha, a justiça eletrónica, a saúde em linha, a energia em linha ou o transporte eletrónico”⁵⁰.

No contexto do Mercado Único Digital, a justiça eletrónica europeia começou a surgir como um interesse público secundário que recebeu particular atenção, enquanto tal, ao lado da administração pública em linha. Assim, mais recentemente, a justiça eletrónica começou por ser perspetivada, através do Plano de Ação para a administração pública em linha, no domínio inerente à digitalização dos serviços públicos (onde os serviços judiciais se incluíam). Portanto, partindo da administração pública em linha – e o seu escopo de promover “a qualidade dos serviços” e “a eficiência interna do setor público”⁵¹ –, a Comissão foi adiantando os esforços que iriam ser envidados, no contexto da União, para uma modernização com impacto na justiça, através das novas tecnologias. Assim, “[p]ara os políticos, a justiça eletrónica relaciona[va]-se primordialmente com a criação de sistemas de informação para a organização de grandes quantidades de informação e de questões legais”, que poderiam vir a ser entendidas como uma “vantagem competitiva no âmbito da economia global”⁵². Afinal, a justiça eletrónica foi abordada pela União Europeia, pela primeira vez, em 2007 quando, no âmbito de atuação do

⁴⁸ Comissão Europeia, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e social Europeu e ao Comité das Regiões – Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa, COM(2015) 192 final, 06.05.2015, p. 3.

⁴⁹ Para maiores desenvolvimentos, Joana Covelo de ABREU, “Digital Single Market under EU political and constitutional calling: European electronic agenda’s impact on interoperability solutions”, *UNIO – EU Law Journal*, vol. 3, nº 1, pp. 123-140.

⁵⁰ Comissão Europeia, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e social Europeu e ao Comité das Regiões – Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa, *cit.*, p. 18.

⁵¹ Comissão Europeia, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões – Plano de ação europeu (2016-2020) para a administração pública em linha. Acelerar a transformação digital da administração pública, Bruxelas, COM(2016) 179 final, 19.4.2016, p. 2.

⁵² Miklós KENGYEL e Zoltán NEMESSÁNYI (eds.), *Electronic Technology and Civil Procedure. New Paths to justice from around the world*, Springer, 2012, p. ix.

Conselho, se estabeleceu o primeiro grupo de trabalho sobre a matéria⁵³. Na sequência, a Comissão adotou, em 2008, uma Comunicação⁵⁴; e o Parlamento Europeu, também em 2008, aprovou, em sessão plenária, uma resolução em matéria de *e-Justice*⁵⁵. Nestas aproximações iniciais, as diversas instituições concluíram que as novas tecnologias poderiam dar um contributo significativo à promoção e à acessibilidade dos sistemas judiciais, especialmente tendo por referência a necessidade de promover o bom funcionamento do Mercado Interno e, sabendo que o número de litígios transfronteiriços tenderia a crescer exponencialmente, de apoiar medidas que facilitassem a articulação reflexiva entre Estados-Membros e entre os seus tribunais e o Tribunal de Justiça.

Atualmente, encontramos-nos ainda perante o terceiro Plano Plurianual de Ação do Conselho (2019-2023) sobre justiça eletrónica⁵⁶. Visando promover o seu incremento, o Conselho apresentou uma Estratégia de justiça eletrónica⁵⁷, na qual se fixa que este paradigma visa “melhorar o acesso à justiça num contexto pan-europeu” pelo que se estão a desenvolver e a “integrar tecnologias de informação e comunicação para o acesso à informação jurídica e o funcionamento dos sistemas judiciais”⁵⁸. O Conselho recorda que “[o] desenvolvimento de ferramentas eletrónicas para a justiça eletrónica tem sido exponencial, uma vez que já possibilitam processos judiciais digitais através de canais eletrónicos seguros, a comunicação segura entre autoridades judiciais, o acesso mais fácil dos cidadãos às informações sobre disposições legais e o acesso a determinados registos nacionais”⁵⁹. Tal como veiculado anteriormente, os paradigmas da justiça eletrónica e da administração pública em linha articulam-se desde o estabelecimento do Mercado Único Digital e tal relação

⁵³ Para maiores desenvolvimentos, Eva STORSKRUBB, “E-justice, innovation and the EU”, in Burkhard Hess e Xandra E. Kramer (eds.), *From common rules to best practices in European Civil Procedure*, Hart Publishing, Nomos, Max Planck Institute of Luxembourg for Procedural Law, 2017, pp. 271-302, p. 276.

⁵⁴ Comissão Europeia, Comunicação ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu – Rumo a uma estratégia europeia em matéria de e-Justice, Bruxelas, COM(2008) 329 final, 30.5.2008.

⁵⁵ Parlamento Europeu, Resolução que contém recomendações à Comissão em matéria de e-Justice, 2008/2125 (INI), 18.12.2008.

⁵⁶ Conselho, Plano de ação para a justiça eletrónica europeia para 2019-2023, 2019/C 96/05, 13.03.2019.

⁵⁷ Conselho, Estratégia de justiça eletrónica para 2019-2023, *cit.*

⁵⁸ Conselho, Estratégia de justiça eletrónica para 2019-2023, *cit.*, §1.

⁵⁹ Conselho, Estratégia de justiça eletrónica para 2019-2023, *cit.*, §5.

sinérgica recebe também consagração nesta Estratégia, na medida em que “[a]s iniciativas europeias em matéria de justiça eletrónica deverão procurar aprofundar a coerência no âmbito do quadro da administração pública em linha, tendo em consideração as disposições constitucionais relativas ao poder judicial nos Estados-Membros (independência judicial e separação dos poderes)”, na senda do que já resultava do Plano de Ação para a administração pública em linha⁶⁰.

Para o efeito, aos princípios gerais do direito da União aplicáveis (como é o caso da tutela jurisdicional efetiva), a justiça eletrónica demanda que se aduzam aqueles que visam a prossecução das finalidades digitais: 1) o princípio do digital por definição, que implica a interação entre os particulares e as autoridades judiciais através de plataformas digitais, quer sejam vocacionadas à submissão de peças processuais e a assegurar as demais interações processuais entre as partes e os tribunais, quer sejam vocacionadas a disponibilizar as informações necessárias a tais pleitos⁶¹; 2) o princípio da declaração única (*once-only principle*), que visa evitar processos redundantes, centrando-se na reutilização de dados e de procedimentos previamente realizados, desde que observando o elevado padrão de proteção de dados pessoais da União⁶²; 3) o princípio da inclusividade por definição⁶³ que, partindo de uma visão centrada no utilizador, pressupõe a adoção de plataformas e aplicações que visem facilitar a sua experiência⁶⁴; e 4) princípio da interoperabilidade por definição que visa promover a articulação digital de bases de dados, sistemas operativos e de partilha de dados, num contexto transfronteiriço e articulado com as instituições europeias, no sentido de facilitar “a livre circulação de dados e serviços digitais na União”⁶⁵. Cabe esclarecer que a interoperabilidade, para

⁶⁰ Conselho, Estratégia de justiça eletrónica para 2019-2023, *cit.*, §9.

⁶¹ Conselho, Estratégia de justiça eletrónica para 2019-2023, *cit.*, §11, primeiro travessão.

⁶² Conselho, Estratégia de justiça eletrónica para 2019-2023, *cit.*, § 11, segundo travessão.

⁶³ Apesar de não ser reputado com tal nomenclatura, auxiliámo-nos, para o efeito, do Plano de ação europeu (2016-2020) para a administração pública em linha e da designação aí adotada. Comissão Europeia, Plano de ação europeu (2016-2020) para a administração pública em linha..., capítulo 2. Visão e princípios subjacentes, §3.

⁶⁴ Conselho, Estratégia de justiça eletrónica para 2019-2023, *cit.*, §11, terceiro travessão.

⁶⁵ Apesar de não ser reputado com tal nomenclatura, auxiliámo-nos, para o efeito, do Plano de ação europeu (2016-2020) para a administração pública em linha e da designação aí adotada. Comissão Europeia, Plano de ação europeu (2016-2020) para a administração pública em linha..., capítulo 2. Visão e princípios subjacentes, § 6.

além de método e de princípio geral do direito da União, surge, na justiça eletrônica, como um dos objetivos a atingir.

Afinal, os objetivos de acesso à justiça e de melhor funcionamento dos sistemas de justiça poderão ser atingidos e concretizados “através da simplificação e digitalização das comunicações, do acesso aos procedimentos e à informação jurídica e da ligação aos sistemas nacionais, bem como entre eles, num contexto transfronteiras”⁶⁶. Deste modo, o Conselho detalha que, relativamente ao acesso à informação, tal passa pela disponibilização de maior informação sobre os direitos dos cidadãos e sobre a legislação da União que seja mobilizável, promovendo-se a sensibilização para a sua relevância e efeitos, pela adoção de procedimentos simplificados, assentes no uso de formulários interativos e de ferramentas que facilitam a identificação das autoridades competentes para a tramitação de um pedido, e na dotação de ferramentas de pesquisa para operadores judiciais. Neste contexto, o Conselho aponta a relevância do Portal Europeu de Justiça e do EUR-Lex: o primeiro porque opera como “um balcão único para a justiça, proporcionando o acesso aos serviços eletrônicos ou às soluções eletrônicas”⁶⁷; o segundo porque “deverá ser desenvolvido para continuar a satisfazer as necessidades dos cidadãos e permitir-lhes encontrar facilmente toda a informação pertinente sobre o direito da UE”, como já é possível em sede de acesso às soluções nacionais de transposição de diretivas⁶⁸. Também aqui as plataformas interoperáveis têm um papel de relevo, pois permitem o acesso a informações compiladas, com lastro transfronteiriço, importantes quer às atividades económicas dos particulares, quer à boa administração da justiça. Por seu lado, é reconhecida a importância da interação entre os profissionais de justiça nos incrementos a observar, já que “desempenham um papel duplo – o de utilizadores da informação disponibilizada por projetos relacionados com a interligação de registos e bases de dados e, em alguns casos, o de responsáveis pela execução e o funcionamento desses registos e bases de dados”⁶⁹.

⁶⁶ Conselho, Estratégia de justiça eletrônica para 2019-2023, *cit.*, §12.

⁶⁷ Conselho, Estratégia de justiça eletrônica para 2019-2023, *cit.*, §15.

⁶⁸ Conselho, Estratégia de justiça eletrônica para 2019-2023, *cit.*, §16.

⁶⁹ Conselho, Estratégia de justiça eletrônica para 2019-2023, *cit.*, §18.

No âmbito da promoção de comunicações eletrónicas no domínio da justiça, o Conselho sublinha i) o papel do e-Codex⁷⁰, como meio de “desmaterialização dos processos judiciais e extrajudiciais [através] da utilização de ferramentas de comunicação eletrónicas seguras [em] situações transfronteiras”; ii) os incrementos a realizar em sede de videoconferência⁷¹; iii) a promoção de meios de “autenticação uniforme ou interoperável baseado[s] em sistemas compatíveis com os serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno (eIDAS)⁷²; e iv) o adensamento do papel das redes, como as Redes Judiciárias Europeias em matéria civil e comercial e em matéria penal, perante as quais “poderão ser exploradas [as] possibilidades oferecidas pelo sistema europeu de justiça eletrónica e pelo portal”⁷³.

Em termos prospetivos, o Conselho avança a necessidade de equacionar o papel da inteligência artificial na justiça eletrónica, reconhecendo o seu potencial positivo ao reforçar “a eficiência e a confiança”. No entanto, alerta para a necessidade de conduzir um juízo de “riscos” e “desafios”, “em particular no que se refere “à proteção de dados e à ética”⁷⁴. Assim, se os incrementos verificados no âmbito da justiça eletrónica têm a suscetibilidade de “colocar os litigantes numa posição de colaboração e de mudança do sistema formal controvertido para um diálogo cooperativo e dialogante”⁷⁵, e se, já em 2010, davam-se os passos significativos para esta evolução em sede de justiça eletrónica se verificasse [“não temos de procurar novos códigos de direito processual. Na sociedade cibernética temos de minutar um novo código para os operadores judiciários (advogados e juízes): um código de conduta”]⁷⁶, a

⁷⁰ Para maiores desenvolvimentos, Joana Covelo de ABREU, “Judicial interoperability in the e-Justice paradigm: perceiving e-Codex as the proper answer? A synchronic melody for a judicial integration”, *PoLaR – Portuguese Law Review*, vol. 2, nº 1, 2018, pp. 31-48.

⁷¹ Para maiores desenvolvimentos, Joana Covelo de ABREU, “A justiça eletrónica europeia e a modernização do espaço de liberdade, segurança e justiça: a videoconferência no Regulamento nº 1206/2001 ao serviço de uma integração judiciária”, in Maria Miguel Carvalho *et al.* (coords.), *Democracia económica e responsabilidade social nas sociedades tecnológicas*, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2019, pp. 93-116.

⁷² Conselho, Estratégia de justiça eletrónica para 2019-2023, *cit.*, §21.

⁷³ Conselho, Estratégia de justiça eletrónica para 2019-2023, *cit.*, §23.

⁷⁴ Conselho, Estratégia de justiça eletrónica para 2019-2023, *cit.*, §31.

⁷⁵ Marcel STORME, “Intervention of Honorary President Marcel Storme at the Colloquium on e-Justice in Pécs (September 2010)”, in Miklós Kengyel e Zoltán Nemessányi (eds.), *Electronic Technology and Civil Procedure. New Paths to justice from around the world*, Springer, 2012, p. xv.

⁷⁶ Marcel STORME, “Intervention of Honorary President Marcel Storme...”, *op. cit.*, p. xv.

realidade é que, promovendo a perspectiva antropocêntrica do direito nos desígnios associados à justiça eletrónica, esta – e suportada por tecnologias de informação, nomeadamente a inteligência artificial – terá a suscetibilidade de contribuir significativamente para sanar os problemas que se têm vindo a colocar em sede de tutela jurisdicional efetiva e, especificamente, em matéria de independência judiciária. Para o efeito, torna-se, sim, relevante, promover uma maior literacia digital de todos os operadores judiciários, de modo a que estes possam perspetivar os procedimentos inerentes à utilização da inteligência artificial que irão concorrer para a decisão da causa, podendo, através do juízo crítico que os caracterizar, destringir os resultados que poderão ser úteis à boa decisão da causa.

Ademais, e ainda que não expressamente tratado no Plano de ação nem na Estratégia para uma justiça eletrónica, há que considerar também os incrementos digitais imprimidos em sede de tramitação dos processos perante o Tribunal de Justiça da União Europeia. Afinal, como bem adiantou Eva Storskrubb, “[e]m termos gerais, a justiça eletrónica pode ser definida como o uso de tecnologias de informação e de comunicação (TIC) na área da justiça”⁷⁷. Neste contexto, há uma justificação metodológica assente no facto de o direito da União pressupor um entrosamento jurisdicional entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça que, em conjunto, sedimentam uma noção funcional ampla de Contencioso da União Europeia⁷⁸. Ora, tal parece revelar que as novidades tecnológicas não se limitaram apenas aos tribunais e aos sistemas jurisdicionais dos Estados-Membros mas também se repercutiram no funcionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Assim, o Tribunal Geral, a 11 de julho de 2018, adotou uma decisão relativa à entrega e à notificação de atos processuais através do e-Curia⁷⁹ e,

⁷⁷ Eva STORSKRUBB, “E-justice, innovation and the EU...”, *op. cit.*, p. 271.

⁷⁸ Joana Covelo de ABREU, “Tribunais nacionais e tutela...”, *op. cit.*, p. 497. A autora defende que “funcionalmente, a estrutura jurisdicional da União Europeia abarca não só o Tribunal de Justiça da União Europeia, enquanto cápsula orgânica dos tribunais europeus, mas também os tribunais nacionais, quando aplicam direito da União Europeia, enquanto tribunais comuns ou tribunais funcionalmente europeus”. Neste sentido, a definição de justiça eletrónica dá a elasticidade necessária para intuir todos os desenvolvimentos tecnológicos e digitais no domínio da justiça, cabendo refletir sobre os incrementos perante os tribunais nacionais, mas também perante os tribunais organicamente europeus e, especialmente, como as componentes digitais visam facilitar as interações entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça em sede de reenvio prejudicial.

⁷⁹ Tribunal Geral, Decisão relativa à entrega e à notificação de atos processuais através da aplicação e-Curia, 11.07.2018.

a 16 de outubro de 2018, foi a vez de o Tribunal de Justiça o fazer⁸⁰. Em ambas se esclareceu que, “[a] fim de acompanhar a evolução das tecnologias de comunicação”, se havia desenvolvido “uma aplicação informática que permit[ia] a entrega e a notificação de atos processuais por via eletrónica”⁸¹, assente “num mecanismo de autenticação eletrónica que combina a utilização de uma identificação de utilizador e de uma palavra-passe”⁸². Através do incremento que a tramitação eletrónica proporcionou, o Tribunal de Justiça reputou essencial, “designadamente em termos de rapidez das comunicações efetuadas por esta via, [alargar] o círculo dos seus beneficiários e abrir aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros a possibilidade de entregar ou de receber atos processuais através deste canal no âmbito do tratamento, pelo Tribunal de Justiça, dos pedidos de decisão prejudicial”⁸³ – ou seja, verificou-se que esta plataforma poderia incrementar as relações jurisdicionais entabuladas entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça em sede de reenvio prejudicial. Por outro lado, e a fim de acautelar a boa administração da justiça, visou oferecer “a mesma possibilidade [às] pessoas que, sem ser agentes ou advogados, estão [habilitadas], ao abrigo das regras processuais nacionais, a representar uma parte nos órgãos jurisdicionais do respetivo Estado”⁸⁴.

Por força dos artigos 8º e 9º das Decisões do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral, as condições de utilização do e-Curia foram objeto de alteração a 1 de dezembro de 2018⁸⁵. Através deste sistema, é possível aos tribunais organicamente europeus se articularem com as partes nos processos que perante si tramitam através de um sistema fidedigno e confiável e que promove os princípios gerais da justiça eletrónica. Por um lado, avança o princípio do digital por definição já que oferece uma aplicação que permite as interações jurisdicionais por via eletrónica. Por outro, promove o princípio da interoperabilidade por definição na medida em que

⁸⁰ Tribunal de Justiça, Decisão relativa à entrega e à notificação dos atos processuais pela via da aplicação e-Curia, 16.10.2018.

⁸¹ Tribunal de Justiça, Decisão relativa à entrega..., §1 e Tribunal Geral, Decisão relativa à entrega..., §1.

⁸² Tribunal de Justiça, Decisão relativa à entrega..., §2 e Tribunal Geral, Decisão relativa à entrega..., §2.

⁸³ Tribunal de Justiça, Decisão relativa à entrega..., § 3.

⁸⁴ Tribunal de Justiça, Decisão relativa à entrega..., § 4.

⁸⁵ Tribunal de Justiça da União Europeia, Condições de utilização da aplicação e-Curia, 01.12.2018.

é uma plataforma comum a todos os intervenientes processuais que lhes permite interagirem, carregarem e acederem aos processos de natureza jurisdicional no Tribunal de Justiça da União Europeia. Acresce que é capaz de incrementar o princípio da inclusão por definição já que difunde um entrosamento entre os utilizadores e o administrador do sistema, através de uma plataforma intuitiva e da dotação de condições de utilização de fácil apreensão, passando ainda pela adoção de um guião de utilização⁸⁶. Por último, é ainda capaz de promover o princípio da declaração única, na medida em que, em matéria de entrega de atos processuais, a submissão eletrónica, via e-Curia, equivale à entrega presencial ou por correio: afinal, o artigo 3º da Decisão do Tribunal de Justiça consagra que “[u]m ato processual apresentado através de e-Curia é considerado o original desse ato, na aceção do artigo 57º, nº 1, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo [do Tribunal de Justiça]”.

Assim, se antes o e-Curia era uma plataforma através da qual o reenvio prejudicial ainda não conhecia o impacto do fenómeno da digitalização, uma necessidade de interação reflexiva mais profunda, rápida e eficaz determinou que esta alargasse o seu âmbito de atuação, demonstrando que as evoluções em sede de justiça eletrónica não se resumem apenas aos tribunais nacionais e às relações que mantém entre si e com as partes e intervenientes nos processos com lastro transfronteiras, mas que é fundamental no Contencioso da União Europeia e, especificamente, terá a capacidade de introduzir novas dinâmicas na articulação tribunais nacionais/Tribunal de Justiça, no âmbito do reenvio prejudicial.

4. Do original contributo da justiça eletrónica para o reforço da União de direito

Na Comunicação sobre o estado da União de direito, a Comissão deu conta que se têm envidado esforços no sentido de o observar enquanto valor fundamental da União, dando a entender que as medidas vão para além dos instrumentos decorrentes do artigo 7º TUE e dos artigos 258º e

⁸⁶ Tribunal de Justiça da União Europeia, e-Curia: Guião de utilização, versão 1.

seguintes TFUE. Afinal, supõe ser necessária “a formulação de uma resposta comum eficaz sempre que seja identificado qualquer problema com alguma gravidade”⁸⁷. Parece-nos que leituras mais recentes no âmbito do Mercado Único Digital detetam o papel significativo da justiça eletrónica como paradigma a prosseguir e, nesta perspetiva, podendo adivinhar-se como um caminho original – ainda que não pronunciado expressamente – para a promoção e a proteção lateral mas constante da União de direito na medida em que coloca as potencialidades do mundo digital à disposição da justiça e dos tribunais e promove um aumento da confiança e da proximidade do exercício jurisdicional no âmbito de aplicação do direito da União.

Para o efeito, “[a] Comissão já propôs que se aumentasse o financiamento e o apoio prestado ao desenvolvimento da sociedade civil, à promoção do pluralismo na comunicação social e à criação de redes entre os interessados na defesa do Estado de direito, assim como o apoio às organizações, organismos e outras entidades à escala da União que prossigam o interesse geral no domínio da justiça e do Estado de direito”⁸⁸. Tal resulta hoje observado no Regulamento (UE) 2021/693, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2021, que cria o Programa Justiça, onde se reconhece, logo nos considerandos iniciais, que, fundando-se a União Europeia em valores essenciais como é o caso do Estado de direito, “[é] essencial que esses direitos e valores continuem a ser ativamente cultivados, protegidos, promovidos, defendidos e partilhados entre os cidadãos e os povos, e que permaneçam assi no cerne do projeto da União, uma vez que a deterioração da sua proteção em qualquer Estado-Membro pode ter efeitos prejudiciais no conjunto da União”.

Assim, alguns autores consideram haver “argumentos normativos que justificam uma fiscalização do cumprimento, pelos Estados-Membros, da União de direito”, na medida em que, em primeiro lugar, como atua como uma “*comunidade de direito*[,] depende do reconhecimento mútuo e da confiança mútua”. Em segundo lugar, porque “a violação do princípio da União

⁸⁷ Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho – Prosseguir o reforço do Estado de direito na União. Ponto da situação e eventuais medidas futuras, *cit.*, p. 11.

⁸⁸ Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho – Prosseguir o reforço do Estado de direito na União. Ponto da situação e eventuais medidas futuras, *cit.*, p. 12.

de direito afeta todos os membros desta comunidade”, podendo daqui emergir um “*all affected principle*”. Por último, porque há a necessidade de promover uma “consistência” entre os valores autoproclamados europeus e as políticas que são adotadas⁸⁹.

Atentas tais considerações, o caminho passa, necessariamente, pela dotação de mecanismos próprios de reação e de prevenção de violações aos valores da União, especificamente à União de direito, mas há que desenhar caminhos paralelos, não tão intrusivos e que possam acarretar uma solução para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva e, como tal, alavanquem a observância do princípio da União de direito. A própria Comissão pressagiu que o caminho passaria por promover o princípio da igualdade de tratamento entre Estados-Membros na medida em que “o papel da UE [deve] ser objetivo e tratar todos os Estados-Membros em pé de igualdade”⁹⁰. Ora, as soluções digitais, sendo adotadas ao abrigo do Mercado Único Digital, acabam por se repercutir, de forma equivalente, em todos os Estados-Membros, atingindo-se tal igualdade.

Acresce que, no capítulo relativo à aplicação coerciva, pela União, de soluções para reestabelecer a União de direito, a Comissão clarificou que, “[q]uando as garantias do Estado de direito a nível nacional não estejam à altura de responder às ameaças ao Estado de direito num Estado-Membro, competirá às instituições da UE e aos Estados-Membros, conjuntamente, adotarem medidas para corrigir essa situação”, na medida em que “existe um interesse comum em se abordar as ameaças para [a] independência do poder judicial antes de [poderem] comprometer a aplicação do direito, das políticas ou do financiamento da UE”⁹¹. Mas, nesta rota, esclarece que “[t]ambém pode ser adequado adotar abordagens diferentes em áreas específicas”⁹², a que atrela uma questão para efeitos de reflexão futura: “Existe alguma área [em] que a

⁸⁹ Carlos CLOSA, “Reinforcing EU Monitoring of the rule of law. Normative arguments, institutional proposals and the procedural limitations”, in Carlos Closa e Dimitry Kochenov (eds.), *Reinforcing rule of law oversight in the European Union*, Cambridge University Press, 2016, pp. 15-35, pp. 15 e 16.

⁹⁰ Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho – Prosseguir o reforço do Estado de direito na União. Ponto da situação e eventuais medidas futuras, *cit.*, p. 8.

⁹¹ Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho – Prosseguir o reforço do Estado de direito na União. Ponto da situação e eventuais medidas futuras, *cit.*, p. 15.

⁹² Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho – Prosseguir o reforço do Estado de direito na União. Ponto da situação e eventuais medidas futuras, *cit.*, p. 15.

UE deva desenvolver mecanismos específicos [a] fim de prevenir ou suprimir riscos específicos para a aplicação da legislação ou das políticas da UE?”⁹³. Perante este repto, parece-nos ser de equacionar o papel catalisador da justiça eletrónica, especificamente quando pensada como meio de articulação digital entre os tribunais europeus, na sua globalidade, enquanto mecanismo ao serviço da tutela jurisdicional.

Afinal, o Serviço de Apoio à Reforma Estrutural da Comissão Europeia, reconhecendo que “os sistemas de tutela jurisdicional efetiva têm um papel crucial na proclamação da União de direito e dos valores fundamentais da União”⁹⁴, entendeu adequado promover uma maior “eficiência dos sistemas judiciais”, uma maior “qualidade dos sistemas judiciais” e uma maior “independência dos sistemas judiciais”⁹⁵, apoiando, em matéria de digitalização de serviços públicos, “a conceção e a implementação de um sistema de administração pública em linha” e “o desenvolvimento de uma estratégia de TI e um plano de ação”⁹⁶.

Neste sentido amplo de justiça eletrónica, também o Conselho assentou que as ferramentas eletrónicas têm um papel significativo na boa administração da justiça, porque “possibilitam processos judiciais digitais através de canais eletrónicos seguros, a comunicação segura entre autoridades judiciais, o acesso mais fácil dos cidadãos às informações sobre disposições legais e o acesso a determinados registos nacionais”⁹⁷. Ora, tais compreensões apenas reafirmam a convicção de que os incrementos em termos de justiça eletrónica são, não apenas os que permitem a articulação dos tribunais nacionais em litígios transfronteiriços, como também os aplicáveis quando se dirigem ao Tribunal de Justiça e, bem assim, aqueles que se observam nos processos perante os tribunais organicamente europeus. Afinal, do argumento literal patente, não se excluem as atualizações digitais operadas em nenhum contexto e, bem assim, perante qualquer ordem jurisdicional.

⁹³ Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho – Prosseguir o reforço do Estado de direito na União. Ponto da situação e eventuais medidas futuras, *cit.*, pp. 15 e 16.

⁹⁴ Comissão Europeia, Structural Reform Support Service – SRSS information brochure, p. 22, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/srss-information-brochure_en_2.pdf [22.07.2019].

⁹⁵ Comissão Europeia, Structural Reform Support Service – SRSS information brochure, *cit.*, p. 17.

⁹⁶ Comissão Europeia, Structural Reform Support Service – SRSS information brochure, *cit.*, p. 17.

⁹⁷ Conselho, Estratégia de justiça eletrónica para 2019-2023, *cit.*, § 5.

Posto isto, parece-nos ideal adiantar três estratégias complementares, para que a justiça eletrônica seja a solução original para suplantar determinados problemas que se colocam à tutela jurisdicional efetiva e, assim, à observância do princípio da União de direito:

Adensamento de uma interoperabilidade técnica, semântica e organizacional para estabilização do reconhecimento mútuo, na medida em que coloca os tribunais dos diversos Estados-Membros numa posição de se reverem na atuação dos seus congêneres, determinando um efeito de escala entre pares;

Reconhecimento expresso de que os desenvolvimentos eletrônicos e digitais associados à tramitação perante os tribunais organicamente europeus também se incluem no âmbito da justiça eletrônica europeia;

Aposta na efetiva literacia dos operadores judiciários e dos estudantes universitários (literacia ativa) e dos particulares (literacia passiva) para a disseminação dos efeitos positivos deste paradigma na União de direito.

No que diz respeito à primeira estratégia, a mesma importa que todas as dimensões da interoperabilidade ocorram. Como ficou patente na doutrina, “é comum a quase todas as definições atuais distinguir entre três tipos/dimensões de interoperabilidade”, a saber: 1) “Interoperabilidade técnica”: existência de “características e elementos tecnológicos que ligam sistemas de informação”; 2) “Interoperabilidade semântica: assegura que o significado preciso da informação trocada é entendido e preservado ao longo das trocas entre organizações”, visando “facilitar a comunicação entre sistemas através do alinhamento dos termos utilizados”⁹⁸; e 3) “Interoperabilidade organizacional”: diz respeito a chegar a objetivos mutuamente acordados através da adoção de regras comuns na organização⁹⁹. Tendo em conta tais dimensões, se as mesmas forem objeto de implementação, há um incremento significativo no reconhecimento mútuo e na confiança recíproca entre Estados-Membros. Por um lado, entre os tribunais nacionais que atuam em contexto transfronteiriço, tais desenvolvimentos permitir-lhes-ão intuir se a entidade congênera do outro Estado-Membro observa as mesmas demandas à

⁹⁸ Conselho, Plano de ação para a justiça eletrônica europeia para 2019-2023..., *cit.*, § 19.

⁹⁹ Mila GASCÓ-HERNÁNDEZ, “Chapter 8: Digitalizing police requirements: opening up justice through collaborative initiatives”, in Carlos E. Jiménez-Gómez e Mila Gascó-Hernández (eds.), *Achieving Open justice through citizen participation and transparency*, IGI Global, 2017, pp. 157-172, p. 160.

luz da tutela jurisdicional efetiva ou não, sendo mais fácil dar lugar a medidas de prevenção de um desvio aos valores da União e acabando por se promover uma aplicação mais uniforme do direito da União. Por outro lado, sobretudo a interoperabilidade semântica, poderá conduzir a um reforço da confiança dos particulares na justiça, na medida em que conseguem apreender, ainda que não conheçam o sistema jurisdicional de um outro Estado-Membro, qual será a entidade competente e quais os poderes que a mesma dispõe na resolução do litígio específico em que se vêm envolvidos. Por último, também permitem, sobretudo aos advogados recorrerem ao direito da União com maior confiança, nos litígios em que pleiteiam, pois mais confortáveis perante as soluções interoperáveis estabelecidas, aumentando o seu nível de confiança por a forma como o processo tramita ser mais intuitiva, os prazos aplicáveis serem expectáveis, por saberem a quem dirigir os requerimentos ou as formas de pagamento de taxas...

No que diz respeito à segunda estratégia, há que entender que os documentos do Conselho, relativos à justiça eletrónica, não mencionam expressamente a implementação de soluções digitais perante o Tribunal de Justiça da União Europeia; no entanto, parece-nos inegável que os desenvolvimentos operados no e-Curia se revelam parte de um plano maior de digitalização da justiça *lato sensu*, onde se inclui a tramitação processual perante os tribunais organicamente europeus. Afinal, tais alterações foram introduzidas praticamente aquando da adoção do novo Plano de Ação 2019-2023, fazendo sistematicamente sentido que tais desenvolvimentos também se expliquem à luz da justiça eletrónica. Acresce que, num contexto que promove, em primeira linha, a aplicação do direito da União pelos tribunais nacionais, parece ser de relevar o facto de se ter possibilitado a tramitação digital dos reenvios prejudiciais. Tal veio demonstrar a efetiva prossecução dos objetivos estabelecidos em sede de justiça eletrónica, que se propõe melhorar o acesso à justiça em “contexto pan-europeu”: a opção pela expressão “pan-europeu” parece significar que os incrementos digitais se estendem para além dos litígios transfronteiras. Afinal, o reenvio prejudicial é o mecanismo que tem a delicadeza de se tornar “pan-europeu” – porque demanda o entrosamento dos tribunais nacionais e do Tribunal de Justiça no estabelecimento de jurisprudência vinculativa. Assim, o argumento literal revela-se essencial para, partindo da noção de Contencioso

da União, em sentido funcional (que estuda a arquitetura jurisdicional do Tribunal de Justiça da União Europeia e o papel dos tribunais funcionalmente europeus)¹⁰⁰, demonstrar que só o paradigma da justiça eletrônica parece explicar a instrumentalização das soluções digitais no domínio da justiça, quer perante os tribunais organicamente europeus, quer perante os tribunais nacionais.

Por último, a literacia pressupõe um caminho prévio e um impacto finalístico. Na realidade, as alterações significativas na administração da justiça por conta de ferramentas tecnológicas demanda operadores judiciários digitalmente informados e conscientes. Tal significa que a literacia digital tem de ser vocacionada a tais operadores, em primeira linha, a fim de observar o princípio da sujeição ao controlo do utilizador, pois é necessário que o operador judiciário vislumbre as soluções legais visadas e domine as operações tecnológicas disponíveis para as atingir, não ficando refém da tecnologia. Ainda que se referindo ao impacto da inteligência artificial no domínio da justiça, a Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça do Conselho da Europa apurou a necessidade “de assegurar que os utilizadores são atores informados e com controlo sobre as suas escolhas”, sublinhando a importância da sua crescente autonomia, especialmente quando este seja um profissional do sistema judicial¹⁰¹. Ora, a acomodação destas dinâmicas só é possível através de um quadro formativo pensado e aplicado na origem, através da atualização dos currículos a estas realidades.

Assim, há que recuperar o propósito de uma literacia digital, propugnado na Estratégia do Mercado Único Digital. Afinal, na altura, a Comissão, referindo-se aos “[c]onhecimentos especializados e competências digitais”, esclarecia que “[a] UE registou melhorias no nível das competências digitais básicas dos seus cidadãos[,] mas tem ainda um longo caminho a percorrer”, entendendo “necessário elevar os níveis de competências digitais dos

¹⁰⁰ Maria José Rangel de Mesquita, utilizando diferente nomenclatura, entende que “Contencioso da União Europeia em sentido material pode entender-se o estudo da aplicação do Direito da União Europeia pelo Tribunal de Justiça da União Europeia – e, assim, dos tribunais que integram esta instituição da União – bem como pelos tribunais nacionais, enquanto tribunais comuns de Direito da União e, ainda, por outros tribunais que possam ser chamados a efetuar aquela aplicação – com vista à solução de litígios que envolvam a aplicação do Direito da União Europeia”. Maria José Rangel de MESQUITA, *Introdução ao Contencioso da União Europeia...*, op. cit., pp. 13 e 14.

¹⁰¹ Conselho da Europa – Comissão Europeia para a eficiência da justiça (CEPEJ), *European Ethical Charter on the use of artificial intelligence in judicial systems and their environment*, Estrasburgo, 12.2018, p. 12.

trabalhadores em todos os setores económicos e entre as pessoas à procura de emprego com vista a reforçar a sua empregabilidade”¹⁰². Para o efeito, recordava a premência de realizar “mudanças na forma como os sistemas de ensino e formação se adaptam à revolução digital”, cabendo aos Estados-Membros a responsabilidade na elaboração de currículos “que devem ter urgentemente em conta a falta de competências digitais essenciais”¹⁰³. No domínio da justiça eletrónica, cabe à academia sensibilizar os alunos e, bem assim, os operadores judiciais, na senda das formações a estes vocacionadas, dos novos desafios impostos pela justiça eletrónica, quer enquanto interesse público secundário, quer como ferramenta de trabalho jurídico e de incremento empírico original da União de direito. Com estas aproximações, fomentar-se-ia uma literacia ativa, para que os profissionais da justiça fossem capazes de exercer as suas funções de forma mais realizada, acautelando a tutela jurisdicional efetiva dos particulares.

Já a literacia passiva – dos particulares, especialmente os que têm a virtualidade de contactar com a justiça – é essencial pois determinará que os cidadãos restabeçam a sua confiança nos sistemas de justiça, verificando os incrementos que as componentes digitais lhes propiciam. Afinal, criando-se a convicção de que a aplicação do direito da União, pelos tribunais, através destas ferramentas digitais, é mais célere e acauteladora da justiça material, os cidadãos restabelecem a sua “confiança nas instituições públicas, incluindo o sistema judicial”¹⁰⁴. Afinal, dando-se a conhecer um paradigma que aumenta a confiança dos particulares na justiça, nos sistemas judiciais dos Estados-Membros e no aparelho jurisdicional do Tribunal de Justiça, necessariamente os problemas diagnosticados à União de direito recuam para um lugar mais modesto.

Por fim, apenas um entendimento amplo da justiça eletrónica se coaduna aos desenvolvimentos interpretativos inerentes à tutela jurisdicional efetiva vivificados em *ASJP*, *LM* e *Comissão vs. Polónia*: com esta jurisprudência,

¹⁰² Comissão Europeia, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e social Europeu e ao Comité das Regiões – Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa, *cit.*, p. 18.

¹⁰³ Comissão Europeia, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e social Europeu e ao Comité das Regiões – Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa, *cit.*, p. 18.

¹⁰⁴ Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho – Prosseguir o reforço do Estado de direito na União. Ponto da situação e eventuais medidas futuras, *cit.*, p. 1.

o Tribunal de Justiça sedimentou que a concretização jusfundamental da tutela se faz a partir da sua construção principiológica, não balizada apenas pela letra do artigo 51º CDFUE. Ora, numa altura em que o Tribunal de Justiça concretiza uma maior amplitude à tutela jurisdicional efetiva, não poderia a mesma sair limitada à luz da justiça eletrónica, quando lida em sentido estrito.

Só assim a União de direito, particularmente a dimensão que demanda a observância e aprofundamento de uma tutela jurisdicional efetiva, poderá sair fortalecida por um modelo que, de forma original, para ela concorre e contribui.

SOBRE DIGNIDADE(S),
AUTONOMIA(S) E MAL(ES)
CONVERSAS VIRTUAIS TERRA/CÉU:
ENTRE A DESOLAÇÃO E A
ESPERANÇA OU DIÁLOGOS
(IN)TEMPORAIS

João Carlos Loureiro*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.27>

“Aproximando-nos da morte, começamos a saber o que significa a vida, e o que ela significa é gratidão”

Roger SCRUTON, *Contra a corrente*,
Edições 70, 2022, p. 235

“Quand on va jusqu’au au bout de la nuit, on rencontre une autre *aurore*”

Georges BERNANOS, *Conference*, 1945

Prezada Colega,

Encontro-me do lado de “cá” (supondo que há um lado de “lá” que não seja o escuro silêncio da niilidade) com a brutalidade da morte como privação, como ladra da vida. A sua é uma morte particularmente sentida, ainda que a perda sentida não seja uma perda de sentido. E o sentido – *rectius*, os sentidos

* Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito (loureiro@fd.uc.pt).

de vida – são inscritos num tema para si caro – a autonomia. Perante a morte, para lá de todas as explicações abreviadas em certidão, deparamo-nos, pois, com a questão do sentido ou a experiência do absurdo. Ronald Dworkin, que não era crente, na sua última obra – *Religion without God*¹ – reinterpretou a liberdade religiosa em termos de esta se referir ao sentido de vida e à pluralidade de mundividências associadas. Jonathan Sacks², o conhecido filósofo rabi, recorda passagens da Torá em que os próprios crentes (Abraão, Moisés, Jeremias e Job) discutem com Deus, distinguindo entre os argumentos “por amor do Céu” (*for the sake of heaven*) e os outros. Os primeiros são aqueles que permitem “to reframe disagreement as unifying, not just divisive force”³, que, com humildade, consideram os argumentos dos outros num longo e paciente diálogo. Contrastam com as “políticas de fúria”⁴, representadas na revolta contra Moisés e que mostram similitudes com as chamadas atitudes populistas, que merecem outra discussão político-constitucional, assinalando-se a mobilização, à esquerda, de Carl Schmitt⁵.

Na última conversa que tivemos, em julho de 2021⁶, tive o gosto de debater consigo a questão da dignidade da pessoa humana no contexto do direito da saúde. A dignidade é um tópico que atravessa a sua obra⁷ e, nessa ocasião, recordou-me de que, em tempos, eu lhe teria perguntado o que, para

¹ Ronald DWORKIN, *Religion without God*, Cambridge/London, Harvard University Press, 2013.

² Jonathan SACKS, *Morality: restoring the common good in divided times*, London, Hooder & Stoughton, 2021, p. 191.

³ Jonathan SACKS, *Morality: restoring the common good in divided times*, op. cit., p. 192.

⁴ Jonathan SACKS, *Morality: restoring the common good in divided times*, op. cit., p. 193.

⁵ Uma boa ilustração pode ver-se na obra de Chantal MOUFFE, *Por um populismo de esquerda*, Lisboa, Gradiva, 2019. Entre nós, sobre o populismo e com outras indicações, vd. Alexandre Franco de Sá, *Ideias sem centro: esquerda e direita no populismo contemporâneo*, Alfragide, D. Quixote, 2021.

⁶ “A saúde e a dignidade da pessoa humana”, *Novos desafios para o Direito da Saúde – New challenges to Health Law*, Escola de Verão, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 19 de julho de 2021 (online).

⁷ Vd., sem prejuízo de outras referências e para além da dissertação de doutoramento, Benedita MAC CRORIE, “O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in António Cândido de Oliveira (coord.), *Estudos em comemoração do 10º aniversário da licenciatura em direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 151-174; IDEM, “A (ir)renunciabilidade dos direitos de personalidade”, in Nuno Manuel Pinto Oliveira e Benedita Mac Crorie (coords.), *Pessoa, direito e direitos (Colóquios 2014/2015)*, Braga, Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016, pp. 263-274, pp. 261-271 (nº 3); IDEM, “O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição da República Portuguesa de 1976”, in Manuel Afonso Vaz et al. (coord.), *Jornadas nos quarenta anos da Constituição da República Portuguesa: impacto e evolução*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 2017, pp. 103-112; IDEM, “O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida: Comentário ao Acórdão nº 101/2009 do Tribunal Constitucional”, in Jorge Reis Novais e Tiago Fidalgo de Freitas (orgs.), *A dignidade da pessoa humana na justiça constitucional*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 235-258.

si, ficaria da dignidade para lá da autonomia. Nesse Verão, o seu último do lado de cá, continuava a procurar concretizar com rigor e operacionalidade dogmática a dignidade da pessoa humana⁸. Ao contrário de outras conversas, que retomo às vezes anos depois, esta foi brusca e desconcertantemente interrompida em dezembro, como uma folha outonalmente caída. Acontece que, continuando em registo garrettiano, o seu barco não prosseguiu viagem aqui na nossa Terra, antes partiu agitado pelo sopro sem sopro da morte, que nos conduz a “localizações” desconhecidas e inefáveis (sempre supondo que *This World is not Conclusion*, como poeticamente reiterou Emily Dickinson⁹). Não sei se esta missiva chegará, mas permita-me que pelo menos lhe envie daqui do planeta algumas reflexões sobre dignidade(s), autonomia(s) e males que marcam a dramaticidade da vida. Para além da vi(d)a de/da oração – a não ser para alguns grupos, com espíritas à cabeça – não há rede de comunicações que ligue os nossos mundos, não se podendo sequer demonstrar a existência de outro. Na verdade, ao falar dele, bem como ao convocar a família terminológica associada (Céu, inferno, purgatório...) – temos dificuldades com a (in) apropriação das palavras. Marcados pelas nossas coordenadas espaço-temporais, muitos tendem a representar o Céu como outro lugar; outros, reduzindo Deus a uma mera projeção¹⁰ – releia-se Ludwig Feuerbach e *Das Wesen das Christentum*¹¹ –, resolveram construir o Céu na Terra, não se contentando com centelhas de antecipação celestial¹². Este último ponto já nos interessa

⁸ Esta é uma preocupação que transparece na sua obra: cf. Benedita MAC CRORIE, “O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida: Comentário ao Acórdão nº 101/2009 do Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, criticando o Tribunal Constitucional. Lê-se a fechar o texto: “[o] modo pouco claro como o Tribunal tem vindo a aplicar este princípio na sua jurisprudência tem conduzido a decisões pouco consistentes na sua fundamentação” (p. 258).

⁹ Escritora com grandes tradutores entre nós, a começar por Jorge de SENA, *80 poemas de Emily Dickinson (Tradução e apresentação)*, Lisboa, Edições 70, 1979, que, no entanto não o inclui nessa seleção. Um empreendimento mais vasto chegou-nos pela mão de Ana Luísa Amaral (Emily DICKINSON, *Cem poemas*, em 2010, e *Duzentos poemas*, 2015, ambos com a chancela da Relógio D’Água). Lídia JORGE, “O homo viator na contemporaneidade”, in Marco Daniel Duarte (coord.), *Fátima, hoje: que caminhos? Atas do Simpósio Teológico-Pastoral do Santuário de Fátima de 2019*, Fátima, Santuário de Fátima, 2020, pp. 21-34, 26, relembra outro poema de Dickinson que abria uma exposição sobre o cérebro na Fundação Calouste Gulbenkian – “Mais vasto o Cérebro – que o Céu” –, que nos permitiria outra conversa.

¹⁰ A tentativa de construir o Céu na Terra é, no entanto, muito anterior: para outras indicações, vd. João Carlos LOUREIRO, *Constituição, escassez(es) e solidariedade(s): entre a(s) realidade(s) e o(s) desejos*, Coimbra, edição do autor, 2021 (texto de apoio à Lição apresentada em sede de Provas de Agregação).

¹¹ Ludwig FEUERBACH, *A essência do cristianismo*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

¹² Com efeito, no quadro do cristianismo este lado releva, apontando-se para aproximações ao céu. Já para Feuerbach e Marx é necessária uma “crítica do céu” como crítica da religião, centrando-se numa “crítica da terra” (sobre este ponto, vd., com outras indicações, Hans KÜNG, *Ewiges Leben?*, 6ª ed., München/Zürich, Piper, 1996, pp. 227-233.

também nas nossas vestes de constitucionalistas e de estudiosos das formas políticas de organização.

Recordando Grócio – “como se Deus não existisse” (*etsi Deus non daretur*)¹³ – vou operar, no entanto, como se Deus¹⁴ e o outro mundo existissem. Na verdade, embora não consiga ouvir as suas atualizações, ficaram-nos as suas reflexões. O direito constitucional é um direito de bens¹⁵, mas a experiência humana, sendo mestiça, também é feita de males. Nas discussões teológicas, sempre foi mais fácil perceber o mal causado pelo homem enquanto condição de liberdade do que a experiência da doença e dos males físicos que nos atingem. Dito de outra forma, trata-se da diferença entre Auschwitz – testemunho da “banalidade do mal”, como genialmente lhe chamou Hannah Arendt¹⁶ – e o terramoto de Lisboa¹⁷, embora, em relação a este, recorde a polémica entre Voltaire e Rousseau, sustentando o último a responsabilidade humana no que toca aos efeitos, convocando opções urbanísticas que contribuíram para a extensão dos danos¹⁸.

Continuando a conversa duplamente interrompida – em julho, pois não há um tempo infinito e o *zoom* do nosso diálogo na Escola de Verão acabou; a partir de 15 de dezembro, em virtude do desenlace da sua enfermidade –, permita-me que, nesta missiva, me limite a breves notas de alguns tópicos e questões a introduzir ou a retomar, às vezes num registo mais fragmentário. Bem, mas até as nossas sociedades, entre múltiplas adjetivações

¹³ Hugo GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, Prolegomeni XI, 1625 (*etiãmsi daremus non esse deus, aut non curari ab eo negotia humana*).

¹⁴ *Veluti si Deus daretur*: Joseph RATZINGER, “A Europa na crise das culturas”, *Communio*, vol. 22, 2005/2, pp. 227-238, p. 237, convocando a experiência de Pascal; IDEM, *A Europa de Bento na crise das culturas*, Lisboa, Aletheia Editores, 2005, p. 80; também Marcello PERA, *Porque devemos chamar-nos cristãos: cristãos: as raízes religiosas das sociedades livres*, Braga, Frente e Verso, 2013, pp. 80-85.

¹⁵ Conceito que conhece algum subdesenvolvimento em sede de direito constitucional e que tratei em *Constituição e biomedicina: contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*, vol. I, Coimbra, 2003, Parte I, Cap. I; entre nós, vd. também Jorge Pereira da SILVA, *Direitos fundamentais: teoria geral*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020, 8.1., pp. 171-175 (reproduzindo parte da sua dissertação de doutoramento – *Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015).

¹⁶ Hannah ARENDT, *Eichmann em Jerusalém: uma reportagem sobre a banalidade do mal*, 2ª ed., Coimbra, Tenacitas, 2004 (com uma relevante introdução de António Araújo e Miguel Nogueira de Brito).

¹⁷ Sobre este ponto, vd. Hans JONAS, *Der Gottesbegriff nach Auschwitz: eine jüdische Stimme*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1987, p. 44.

¹⁸ Socorro-me aqui de Kurt BAYERTZ, “Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung”, in Kurt Bayertz (Hrsg.), *Verantwortung: Prinzip oder Problem?*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1995, pp. 3-71, p. 50.

– “sociedade de risco” (agora qualificada de “risco 2.0”¹⁹, tendo presente o peso dos riscos da digitalização), por exemplo – são consideradas fragmentárias e, na nossa área comum de investigação, Gunther Teubner publicou *Verfassungsfragmente*²⁰. Não curo aqui de outra realidade, a fragmentação dos Estados, nem da fragmentação normativa, a distinguir de uma proteção fragmentária dos bens jurídicos, quer de primeiro grau (só alguns bens e não todos) e de segundo grau (apenas alguns aspetos do bem)²¹. Pode falar-se de uma fragmentação constitucional: no plano da globalização vemos a Constituição mundial ou global ser o resultado de uma rede de constituições parciais²²; no plano nacional e estadual (no caso dos Estados Federados), Faria Costa sublinha a “estrutura de intencionalidade fragmentária”²³ dos textos constitucionais, que não têm uma vocação codificatória.

Numa série de questões “fraturantes”, importa ver se a solução está em sede de autonomia privada ou de “autonomia pública”²⁴, o que pressupõe uma leitura do texto constitucional num contexto de argumentação.

Na difícil arte de seleção, escolhi a seguinte agenda, tendo em conta a sua situação e a sua “carteira” (*portfolio*), numa aproximação parcelar à arquitetónica da sua obra: a) Céu(s) e teoria político-constitucional (1); b) Eutanásia e ajuda ao suicídio (2); c) Correndo para o envio: o coração como marco de abertura para o infinito (3).

¹⁹ Ingolf PERNICE, *Staat und Verfassung in der digitalen Konstellation: ausgewählte Schriften zum Wandel von Politik, Staat und Verfassung durch das Internet*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020, pp. 186-187.

²⁰ Gunther TEUBNER, *Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Berlin, Suhrkamp, 2012.

²¹ Quanto a esta última, mas indo muito para lá dela, convoque-se José de Faria COSTA, *O direito, a fragmentaridade e o nosso tempo*, Porto, 1993 (para a distinção entre fragmentaridade de primeiro e de segundo grau, vd. pp. 19-20).

²² João Carlos LOUREIRO, “‘É bom morar no azul’: a constituição mundial revisitada”, *Boletim da Faculdade de Direito*, nº 82, 2006, pp. 181-212.

²³ José de Faria COSTA, *O direito, a fragmentaridade e o nosso tempo*, op. cit., p. 20.

²⁴ Sobre este ponto, remeto para João Carlos LOUREIRO, “Leões, melhoramento(s) e Constituição”, in AAVV, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 545-573.

1. Céu(s) e teoria político-constitucional

1.1. Céu e Paraíso: aproximações

Do ponto de vista da teoria constitucional, podemos partir do céu como um conceito da cosmologia. Esse céu – na formulação tradicional, céus²⁵, que aponta para outras representações – é um dos elementos²⁶ que pôde experimentar nos seus passeios ou nos seus olhares no que toca à grandeza do Universo, o que permite uma experiência de “ressonância”²⁷ face às magníficas “pinturas da natureza”²⁸, de ouvir a “voz” desta²⁹. No quadro jurídico-político, está na génese de uma corrente que afirma que se deve realisar a justiça independentemente das consequências, traduzida na máxima latina *Fiat justitia ruat cælum*, que tem paralelo na conhecida consideração kantiana *fiat justitia, pereat mundus*³⁰. É deste céu que nos fala Abraracourcix, nas aventuras de *Astérix*, ao dizer “Só tenho medo que o céu me caia em cima da cabeça”, ainda que confie que “amanhã não será a véspera desse dia.”³¹

²⁵ Noutro registo, bíblico, a palavra hebraica *shamayim* não é singular, mas um dual: cf. Leon R. KASS, *The beginning of wisdom: reading Genesis*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 2006, p. 40 (esta obra procede a uma tentativa de leitura filosófica do Génesis).

²⁶ A palavra elementos assume outra “ressonância” se tivermos presente a herança clássica, que distingue quatro: terra, água, ar e fogo. Veja-se a transformação camonianiana, num registo já cristão, em “Se quando celebramos as secretas”: “Senhor das cousas todas, que fundou/ o Céu, a Terra, o Fogo e o Mar irado”. Sobre esta elegia, vd. José Carlos Seabra PEREIRA, “Apontamentos sobre uma elegia agustiniana de Camões: ‘Se quando contemplamos as secretas’”, in AAVV, *Afecto às letras: Homenagem da literatura portuguesa contemporânea a Jacinto do Prado Coelho*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1984, pp. 329-35.

²⁷ Hartmut ROSA, *Resonancia: una sociología de la relación con el mundo*, Buenos Aires/Madrid, Katz Editores, 2019. Rosa distingue entre eixos horizontais (família, amizade, política), diagonais (relações com os objetos, trabalho, escola, desporto e consumo) e verticais de ressonância (religião, natureza, arte e história).

²⁸ Alexander von HUMBOLDT, *Pinturas da natureza: uma antologia*, Lisboa, Assírio e Alvim, 2007.

²⁹ Sobre a “voz da natureza”, vd. Hartmut ROSA, *Resonancia, op. cit.*, pp. 348-362, que recorda que não estamos apenas perante um retorno à ideia pitagórica do mundo de “música das esferas” resultantes dos astros, recordando, na modernidade, a *harmonices mundi*, de Johannes Kepler (pp. 348-349).

³⁰ Hans JONAS, *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*, Rio de Janeiro, Contraponto, Ed. PUC-Rio, 2006, p. 44, entende que houve uma mudança decisiva do alcance desta frase. Escreve: “[o]utro se podia dizer *fiat iustitia, pereat mundus* – [...] onde mundo significava evidentemente o enclive renovável na totalidade imperecível; esta frase não pode mais ser empregada sequer retoricamente, quando o perecer da totalidade se tornou uma possibilidade real por causa dos feitos humanos, justos ou injustos. Questões que nunca foram antes objeto de legislação ingressam no circuito das leis que a ‘cidade’ global tem de formular, para que possa existir um mundo para as próximas gerações de homens” (p. 44).

³¹ Dados constantes da ficha de álbuns: cf., por exemplo, René GOSCINNY e Albert UDERZO, *Astérix entre os belgas*, Lisboa, Meribérica/Liber, 2000, p. 4.

Mas o Céu remete-nos também do domínio cosmológico³² para o campo teológico³³, mais especificamente escatológico³⁴. O termo aparece agora como sinónimo de Paraíso, não do Paraíso inicial terreno (Éden)³⁵, mas como representação de uma vida depois desta vida³⁶. Como juristas, será interessante reler um dos nossos. Falo de Cícero, que em *Consolatio*, obra perdida de que nos chegaram apenas fragmentos, enfrenta a questão da morte, na sequência da perda da sua filha, que sucumbiu na sequência do parto, sem que a criança tenha sobrevivido muito tempo. Nele, este grande jurista pré-cristão fala de um reencontro de familiares e amigos na vida depois da morte, conceção que Cipriano terá introduzido na Patrística³⁷. Há uma longa história de receção, incluindo literária – recorde-se que Goethe, em *Leiden des jungen Werthers*³⁸, vai mais longe. Põe-no a escrever a Carlota (Charlotte) e, apesar de ela ser casada com Alberto, a afirmar que, na eternidade: “voarei ao teu encontro... Hei de agarrar-te, e ficar junto a ti, na presença do Infinito, num eterno abraço”³⁹.

³² No quadro do paganismo, recorde-se, no entanto, que “les Romains avaient rassemblé les dieux des planètes en un groupe, et les avaient élevés au rang de protecteurs et gardiens de l’accomplissement des destins individuels des mortels”. Peter SLOTERDIJK, *Globes: macrosphérogie. Sphères II*, Paris, Pluriel, 2011, p. 385.

³³ A confusão entre um “céu cósmico” e um “céu morada de Deus” perpassa por alguns textos. Bernard SESBOÛE, *Cristo ontem, hoje e amanhã*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2003, p. 12, assinala que essa perda de clareza se expressa nas palavras atribuídas (pelos vistos, impropriamente) a Iuri Gagarine, de que não teria encontrado Deus na sua viagem espacial. Muito antes, já S. TOMÁS DE AQUINO, *Credo: exposição do Símbolo dos Apóstolos*, Lisboa, Assírio & Alvim, 2010, p. 67, escrevera a propósito da Ascensão que Cristo subiu “acima de todos os céus materiais”, convocando Ef 4, 10 (“Subiu muito acima de todos os céus”). A contemplação do Universo abre, em muitos, pontes para a transcendência. Sesboüe regista que “[a] semelhança simbólica entre os céus do nosso cosmos e o céu do reino de Deus permite também ao mistério da ascensão simbolizar o senhorio de Cristo sobre a totalidade do mundo cósmico” (p. 27).

³⁴ Joseph RATZINGER, *Escatología: la muerte y la vida eterna*, Barcelona, Editorial Herder, 1984, adverte, contudo, que “El cielo [no] se puede localizar en un sitio, ni fuera ni dentro de nuestro espacio, pero tampoco se le puede desvincular sencillamente del cosmos, considerando como mero ‘estado’” (p. 219). Escatologia e utopia são conceitos que não devem ser confundidos: cf. Joseph RATZINGER, “Eschatology and utopia”, in Joseph Ratzinger (coord.), *Church, ecumenism and politics: new endeavors in ecclesiology*, San Francisco, Ignatius Press, 2008, pp. 223-238, 223-225.

³⁵ Gn 2, 8 ss.

³⁶ Vd., por exemplo, as palavras de Jesus ao Bom Ladrão (Lc 23, 43).

³⁷ CIPRIANO, *De mortalitate* 26: cf. Bernhard LANG, “Himmel”, in Peter Eicher (Hrsg.), *Neues Handbuch theologischer Grundbegriffe*, vol. 2, München, Kösel-Verlag, 1991, p. 353.

³⁸ Johann Wolfgang GOETHE, “Die Leiden des jungen Werthers”, in *Goethes Werke*, Bd. VI, Hamburg, Christian Wegner; no texto, usa-se a tradução de João Teodoro Monteiro, *Werther*, Linda-a-Velha, Abril/Controljournal, 2000.

³⁹ Johann Wolfgang GOETHE, *Werther*, 117.

Mas já antes o nosso Camões, magistralmente, escreveu: “Roga a Deus, que teus anos encurtou/ Que tão cedo de cá me leve a ver-te/ Quão cedo de meus olhos te levou”⁴⁰.

Jorge Luís Borges imaginava o paraíso como uma imensa biblioteca⁴¹. Se partilharmos a sua visão, será uma livraria (no sentido clássico da expressão e não uma loja, pois no Céu tudo é graça e de graça, ou seja, gratuito) com todas as obras publicadas ao longo da história, em plena abertura e constante atualização. Sei que se poderá discutir se alguns livros não deveriam ser entregues noutra “lugar”, onde provavelmente o bibliotecário será Mefistófeles – aqui cruzamo-nos com o *Fausto* de Goethe que, nas suas vestes de antiga aluna do Colégio Alemão do Porto (*Deutsche Schule zu Porto*), podia ler no original. Contudo, do lado de cá, não me parece: na verdade, nesse outro “lugar” a vida depois da vida será uma permanente morte e aquilo é mesmo um inferno, razão pela qual os livros não sobreviveriam às chamas, sendo Mefistófeles um bibliotecário sem função. Além disso, na comunhão celestial, apesar de não haver tempo – essa é uma propriedade do mundo – recorde-se Santo Agostinho (Deus criou o mundo com tempo, não o mundo no tempo)⁴², ninguém vai “perder tempo” (desculpe-me os limites da linguagem) com isso. Dir-se-á que sendo Deus Pai⁴³, poderá, à primeira vista, evocar paternalismos opressores, que tanto combateu na sua obra: desde logo, no campo da política, estamos com Locke contra Filmer⁴⁴. Também eu, já na minha dissertação de doutoramento, recusei uma proteção jusfundamental

⁴⁰ “Alma minha gentil”.

⁴¹ Jorge Luis BORGES, “que me figuraba el Paraíso bajo la especie de una biblioteca” (*Poema de los dones*).

⁴² SANTO AGOSTINHO, *A cidade de Deus*, I, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, Livro XI, Cap. VI, p. 1001: “o Mundo foi feito, não no tempo, mas com o tempo”. Também IDEM, *Confissões* (edição bilingue), 2ª ed., Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2004, Livro XI, XIII, 15, p. 565.

⁴³ Em termos que não posso aqui desenvolver, pode dizer-se que um monoteísmo não trinitário, do ponto de vista das ideias, teve repercussões na organização da cidade dos homens: vd. Paul FLETCHER, *Disciplining the divine: toward an (im)political theology*, Farnham/Burlington, Ashgate, 2009, que sublinha o papel de Karl Barth, nomeadamente da *analogia relationis* (p. 31).

⁴⁴ Vd. John LOCKE, *Dois tratados do governo civil*, Lisboa, Edições 70, 2006. A crítica ao *Patriarcha* de Robert Filmer o centro do Primeiro Tratado. Sobre a crítica de Locke a Filmer e a necessária contextualização, vd. a síntese de Henning OTTMANN, *Geschichte des politischen Denkens: Teil: Bd. 3., Neuzeit / Teilbd. 1., Von Machiavelli bis zu den großen Revolutionen*, Stuttgart/Weimar, Metzler, 2006, pp. 348-351; entre nós, Miguel MORGADO, “Introdução”, in John LOCKE, *Dois tratados do governo civil*, op. cit., esp. xii-xxi, que sublinha que “[u]m dos objetivos primordiais do Primeiro Tratado é não só ridicularizar a exegese de Filmer, mas principalmente instituir uma nova relação entre a política e o texto bíblico” (p. xxii).

contra si próprio (*Grundrechtsschutz gegen sich selbst*)⁴⁵, desde que a pessoa seja “sound of mind”, – para usar outra língua para si familiar no sentido mais estrito. Deus criou-nos com liberdade e não como marionetas de um teatro cósmico, permitiu-nos a escolha, a liberdade de expressão, entendida esta numa aceção muitíssimo mais ampla que o termo assume na teoria e dogmática constitucionais. É verdade que no jardim do Éden havia um interdito – não comer do fruto da árvore do bem e do mal, de forma a obstar à “vontade de poder”⁴⁶ – e que, deste lado, as discussões sobre o tema são mais do que muitas. É a nossa inelutável condição hermenêutica – ainda que não acredite em Hermes que, para além de tudo o mais, aparece como deus dos ladrões.

Em *Fahrenheit 451*, Ray Bradbury⁴⁷ concebe uma distopia onde os bombeiros têm como função queimar os livros, perigosos instrumentos de subversão na medida em que abrem as portas da reflexão. Naturalmente, aí no Céu, onde já veem face a face, sem as distorções do espelho, há Luz – aquela que também ajudou a forjar deste lado no apoio a crianças, na fórmula da nossa Constituição, “portadoras de deficiência”⁴⁸. Curiosamente, a morte permite um duplo desvelamento: para quem embarca – aqui vem-me sempre à memória Gil Vicente – que vê cair o véu, embora deste lado possamos seguir a sugestão de um dos maiores nomes da fenomenologia, Jean-Luc Marion – *Le croire pour le voir*⁴⁹; para quem fica, pois de repente, na ausência de efetivas mesas de pé de galo (vou deixar de parte a questão de saber se não há aqui ressonâncias machistas até na inspiração animal), os relatos dos mais próximos revelam-nos facetas desconhecidas de *caritas*, por exemplo, ministério, ou seja, serviço aos outros na ilha da Madeira⁵⁰.

⁴⁵ João Carlos LOUREIRO, *Constituição e biomedicina: contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*, op. cit.; sobre o tema, vd. Frank LITWIN, *Grundrechtsschutz gegen sich selbst: das Spannungsverhältnis von grundrechtlichem Selbstbestimmungsrecht und Gemeinschaftsbezogenheit des Individuums*, Frankfurt am Main et al., Peter Lang, 1993.

⁴⁶ Enrique DUSSEL, *Para uma ética da libertação latino-americana*, II – *Ética e moralidade*, São Paulo, Edições Loyola, Piracicaba, Editora Unimep, p. 24.

⁴⁷ Ray BRADBURY, *Fahrenheit 451*, Porto, Público, 2003.

⁴⁸ Artigo 71º CRP.

⁴⁹ Jean-Luc MARION, *Le croire pour le voir*, Paris, Éditions Parole et Silence; Communio, 2010.

⁵⁰ Mais precisamente na Paróquia de S. Tiago, no Jardim da Serra – Estreito de Câmara de Lobos, como consta da “Evocação da vida e da obra da Benedita” texto que, pela voz amiga da nossa Colega Andreia Sofia Pinto Oliveira, tivemos oportunidade de escutar no XV Encontro de Professores de Direito Público (Porto, 9 de setembro).

Aliás, “a terra é caminho do céu”⁵¹ e estou certo que o experimentou, como antecipação deste lado, no Amor que a interpelou. Nas imagens da tradição ocidental, tecidas no Oriente – esquecemo-nos, não raro, que a geografia judaico-cristã nos remete para a Ásia e que a Europa ensaiou uma “via romana”⁵² de abertura e incorporação de culturas – há montanhas simbólicas: o Sinai e aquela onde terá ocorrido o Sermão da Montanha, já considerado a Magna Carta do Cristianismo⁵³. Um dos grandes nomes da exegese, Paul Beauchamp, publicou uma obra sintomaticamente intitulada *A lei de Deus: de uma montanha a outra*⁵⁴.

A primeira é a do Sinai, donde resultou o Decálogo, as Tábuas da Lei. Transporta um conjunto de valores que teceram a nossa civilização, realçando-se também o seu contributo para a democracia⁵⁵. Nas nossas vestes juspublicísticas, recordo que Karl Loewenstein fala de um “constitucionalismo transcendente”⁵⁶ onde se inscreve o Decálogo. Martin Buber, um dos nomes maiores do pensamento dialógico, sublinha que os Dez Mandamentos não são “the fundamentals of religion”, mas “the fundamentals of community life under the rule of God”⁵⁷.

Na discussão em torno de uma lei fundamental depois da criação do Estado de Israel, defendeu-se que o único texto constitucional admissível seria a Torá⁵⁸, e há quem veja o Decálogo como “constituição da liberdade”⁵⁹. Acresce que, em relação à questão da violência e da paz, e do lugar do

⁵¹ Fabrice HADJADJ, *La terre chemin du ciel*, Saint-Victor-de-Morestel, Les provinciales, 2002.

⁵² Rémi BRAGUE, *Il futuro dell' Occidente: nel modello romano la salvezza dell' Europa*, Milano, Bompiani, 2008.

⁵³ Gianfranco RAVASI, *Quem és tu Senhor? Encontros e desencontros com o homem que mudou a história*, Prior Velho, Paulinas, 2013, p. 120.

⁵⁴ Paul BEAUCHAMP, *A lei de Deus: de uma montanha a outra*, São Leopoldo, Editora Unisinos, 2002.

⁵⁵ Debora TONELLI, *Le tavole di Mosè: I dieci comandamenti e l'origine della democrazia*, Bologna, Edizioni Dehoniane, 2014.

⁵⁶ Referindo os hebreus como “[e]l primero pueblo que practicó el constitucionalismo”, vd. Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, Barcelona/Caracas, Editorial Ariel, 1979, p. 154. Falando de “constitucionalismo transcendente”, vd. IDEM, “Constitución: derecho constitucional”, in Claus Dieter Kernig (dir.), *Marxismo e democracia. Enciclopedia de conceptos básicos. Política*, vol. 1, Madrid, Rioduero, 1975, pp. 92-127, p. 92.

⁵⁷ *Apud* Jeffrey MILLER, *The structures of law and literature: duty, justice, and evil in the cultural imagination*, McGill Queen's University Press, 2013, p. 26.

⁵⁸ Para as pertinentes indicações, vd. João Carlos LOUREIRO, “Constituições e tribulações de Israel – Reflexões de um jurista em torno de religião, nação e Estado I – Constituição de Israel: um paradoxo?”, *Estudos – Revista do Centro Académico de Democracia Cristã* N.S., 2014/11, pp. 141-168, 162.

⁵⁹ Christoph BECKER, *Die Zehn Gebote: Verfassung der Freiheit*, Augsburg, Sankt Ulrich Verlag, 2004.

constitucionalismo na limitação da primeira e na promoção da segunda, René Girard⁶⁰ veio mostrar a relevância da segunda metade da lista e a especificidade do último. Na verdade, estabelecem uma lista de interditos relativos a violências – a começar pelo *Não matarás* –, sendo que o décimo se reporta ao desejo (“desejo mimético”, na terminologia girardiana⁶¹).

Este desejo, sendo mimético, põe em causa a ideia de autonomia como autenticidade, uma “mentira romântica”⁶² que também Charles Taylor⁶³ assinalou. Dito de outra forma: a violência entre os homens nasce do triângulo mimético do desejo. Nesta aceção tendemos a comportar-nos como as crianças: queremos o brinquedo, porque o outro também o quer. A literatura revela exemplarmente este desejo mimético, falando-se de uma “verdade romanesca”⁶⁴. Percorramos o clássico de Cervantes, *D. Quixote de la Mancha*: para o protagonista, trata-se de imitar Amadis de Gaula, que opera como modelo de cavaleiro para D. Quixote. Contudo, Amadis não é verdadeiramente um rival para o herói do romance, é um “mediador externo”⁶⁵, distante, num universo marcado pela hierarquia, pelo que não há um problema de rivalidade. Mas se se tratar de um igual abrem-se as portas ao conflito. Como viu Alexis de Tocqueville⁶⁶, a igualdade da democracia traz a multiplicação dos conflitos: estamos já não perante um caso de mediação externa, antes face a uma hipótese de mediação interna. Ou seja, a “autonomia total dos indivíduos, quer dizer a *autonomia dos seus desejos*”⁶⁷, é uma ficção.

A forte imagética das tábuas da lei e do seu decálogo continua a ser convocada no discurso político e constitucional, fazendo parte do nosso património cultural e atravessando o constitucionalismo, como resulta de uma

⁶⁰ René GIRARD, *Eu via Satanás cair do céu como um raio*, Lisboa, Edições Piaget, 2002, p. 23.

⁶¹ René Girard, *Eu via Satanás cair do céu como um raio*, op. cit., p. 24.

⁶² René GIRARD, *Mentira romântica e verdade romanesca*, Lisboa, Imprensa da Universidade de Lisboa, 2019.

⁶³ Charles TAYLOR, *The ethics of authenticity*, Cambridge/London, Harvard University Press, 1991; Gilles LIPOVETSKY, *A sagração da autenticidade*, Lisboa, Edições 70, 2022, veio sublinhar “que o *Homo autenticus* não está encerrado, assume simplesmente uma aparência nova” (p. 15).

⁶⁴ É a segunda parte do título da dissertação de René GIRARD: *Mentira romântica e verdade romanesca*, op. cit.

⁶⁵ O mesmo se passa com a relação entre D. Quixote e Sancho Pança: o primeiro é um mediador externo para o segundo, que vê o seu modelo “at an incredible distance from him”. David CAYLEY (ed.), *The ideas of René Girard*, 2019, p. 73.

⁶⁶ Para esta leitura de *De la démocratie en Amérique*, vd., em síntese, René Girard, David CAYLEY (ed.), *The ideas of René Girard*, op. cit., pp. 75-76.

⁶⁷ René GIRARD, *Eu via Satanás cair do céu como um raio*, op. cit., p. 24 (itálico no original).

análise das intervenções parlamentares⁶⁸ e se vê logo no debate nas Cortes Constituintes que aprovaram a Constituição cujo bicentenário assinalamos⁶⁹.

Quanto ao chamado Sermão da Montanha, também mobilizado na nossa história parlamentar – *v.g.*, quer a propósito do cooperativismo⁷⁰ quer para compreender a Declaração Universal dos Direitos Humanos como “versão moderna do Sermão da Montanha”⁷¹ –, Paul Ricoeur vê nele um paradigma⁷², apresentando-o como um dos grandes textos de uma lógica da superabundância, que coabita no mundo com a lógica de equivalência⁷³, ilustrada na regra de ouro – “Não faças aos outros o que não queres que te façam a ti”. A Benedita deu corpo a esse dom ou dádiva como excesso, como provam gestos com que respondeu à “interpelação do rosto” (Levinas). Dom ou dádiva que dá outros sentidos à vida. A existir Deus, não é indiferente ao mundo, não está fora deste, antes atua na história, razão pela qual, além de uma filosofia da história, com repercussões jurídico-constitucionais, se recortou uma teologia da história⁷⁴. Fala-se de uma “transcendência imanente”, experimentada por via de mediação, através de uma “doação fenoménica de uma «realidade» ou dimensão que não é deste mundo – mas também não é de ‘outro mundo’”⁷⁵. De qualquer forma, mesmo num registo de

⁶⁸ Vejam-se os resultados devolvidos pelo motor de busca em sede de debates parlamentares na página da Assembleia da República, para “dez mandamentos”, num arco temporal que vai do século XIX até este de um terceiro milénio balbuciante. A intervenção mais recente é de 2012 e de um deputado do Bloco de Esquerda, Pedro Filipe Soares: “Já deu para perceber que existem dois países. Um onde, em nome do cumprimento do acordo com a troica, tudo vale e não há contrato com os trabalhadores que se aguentem de pé e, depois, um outro onde o respeitinho para com meia dúzia de empresas é muito bonito e onde um contrato é mais sagrado do que as Tábuas dos Dez Mandamentos”. *Diário da Assembleia da República*, Série I, XII Legislatura, nº 82, 9 de março de 2012, p. 4. A lista é maior para decálogo, mas nem todas as referências são pertinentes para as tábuas da lei, o mesmo valendo para a entrada Sinai.

⁶⁹ Vd. a intervenção de Lino Coutinho: “O decálogo proíbe o roubo, o assassinato etc., com gravíssimos ameaços, porém é preciso que a sociedade imponha a estes mesmos crimes rigorosos castigos neste mundo”. *Diário das Cortes Gerais e Extraordinárias da Nação Portuguesa*, nº 3, 3 de maio de 1822, p. 42.

⁷⁰ Por exemplo, no quadro da Constituição de 1976, Almeida Santos, a propósito do cooperativismo, lembrou que “Charles Gide viu no cooperativismo a tradução, em termos de atualidade económica, de *O Sermão da Montanha*”. *Diário da Assembleia da República*, Série I, I Legislatura, nº 48, de 9 de maio de 1980.

⁷¹ Também Almeida Santos, *Diário da Assembleia da República*, Série I, I Legislatura, nº 43, de 26 de abril de 1980.

⁷² Paul RICOEUR, *Amor e justiça*, Lisboa, Edições 70, 2010, p. 34.

⁷³ Paul RICOEUR, *Amor e justiça*, *op. cit.*, pp. 32-36.

⁷⁴ *V.g.*, Hans Urs von BALTHASAR, *Teologia de la historia*, Madrid, Ediciones Encuentro, 1992.

⁷⁵ João Manuel DUQUE, “Posfácio: como Deus nos fala”, in José Luís do Souto Coelho, *A tua voz no meu silêncio: tudo me fala de Ti*, Prior Velho, Paulinas, 2020, pp. 271-273, p. 272.

“intranscendência”⁷⁶, podemos experimentar o outro e o dom do amor que resiste à “cultura de mercado” – à ideia de que, contra Kant e a sua defesa da dignidade⁷⁷, tudo tem um preço – e à “religião”⁷⁸ do capitalismo⁷⁹, que “[se] desenvolveu no Ocidente de forma parasitária sobre o cristianismo”⁸⁰. Dom que se expressa numa cultura do tempo que faz do sábado (para o Cristianismo, transfigurado pela Ressurreição em Domingo) elemento essencial de um outro modo de vida, que resiste à tentação idolátrica de tomar a parte pelo todo e ao “humanismo exaustivo”, radicalização do “humanismo antropolátrico”⁸¹, que põe em causa também os “fundamentos naturais da vida” (*Natürliche Lebensgrundlagen*), para citar a epígrafe do artigo 20a da *Grundgesetz*. À “vontade de poder” contrapõe-se uma vontade de servir, de um “lavar-dos-pés” de que a Benedita também deu testemunho na sua vida, traduzida em práticas que são necessárias a uma “comunidade política” de rosto humano. Reconhecendo uma pluralidade de comunidades/ grupos que tecem a sociedade, teríamos aqui, como constitucionalistas, de nos confrontar, entre outros tópicos, com o *Diktum* de Böckenförde – o “Estado liberal e secularizado [poderíamos falar de Estado Constitucional] vive de pressupostos que não pode garantir”⁸² e com a questão da subsidiariedade, “horizontal” e “circular”⁸³. Face a um sistema⁸⁴ que, num mundo de simulacro, no limite

⁷⁶ Jan ASSMANN, *Politische Theologie zwischen Ägypten und Israel*, München, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 2006, p. 30.

⁷⁷ Immanuel KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Coimbra, Atlântida, 1960.

⁷⁸ Em sentido estrito, é claro para mim que o capitalismo não é uma religião, no sentido com que tratamos da questão na filosofia da religião ou na teologia.

⁷⁹ Assim, Walter BENJAMIN, “O capitalismo como religião”, in Walter Benjamin, *O anjo da história*, Lisboa, Assírio & Alvim, 2010, pp. 30-34: “O capitalismo apresenta-se como uma religião, isto é, serve essencialmente para satisfazer as preocupações, os tormentos, os desassossegos a que antes as chamadas religiões davam resposta”.

⁸⁰ Walter BENJAMIN, “O capitalismo como religião”, *op. cit.*, p. 32.

⁸¹ Leonardo COIMBRA, *A Rússia de hoje e o homem de sempre*, Porto, Livraria Tavares Martins, 1962, p. 117.

⁸² Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, “Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation”, in Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, 2ª ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, pp. 92-114, p. 112.

⁸³ Em especial sobre a última, que se cruza com o chamado “*welfare* de segunda geração” ou “segundo *welfare*”, num processo de fazer em conjunto, articulando Estado, sociedade civil e empresas, as indicações constantes de João Carlos LOUREIRO, “Pauperização e prestações sociais na ‘idade da austeridade’: a questão dos três D’s (Dívida, Desemprego, Demografia) e algumas medidas em tempo de crise(s) I – Crise(s), constitucionalismo(s) e escassez(es)”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 90, 2014/II, pp. 613-661, p. 659.

⁸⁴ Estamos aqui perante um dos desafios à pessoa e à cultura (no que mais diretamente nos importa, ao direito em geral e ao direito constitucional): entre nós, vd., por exemplo, a síntese de João Manuel DUQUE, “Desafios contemporâneos ao Cristianismo”, in L. M. Figueiredo Rodrigues, *Propor a fé numa pluralidade de caminhos*,

se pode tornar totalitário, a Benedita reivindicou, na teoria e na prática, a autonomia da pessoa, contra a sua redução a mero terminal de um enorme e anónimo *matrix*⁸⁵ onde nos enredamos.

Como somos juristas, permita-me que convoque um dos nossos pares, que cultivou principalmente a filosofia do direito e o direito penal. Falo de Arthur Kaufmann, que, poucos anos antes da queda do Muro, escreveu sobre a regra de ouro e o problema do armamento e da paz, considerando que o Sermão da Montanha consagra o “princípio da plena não-violência”⁸⁶. Já o Decálogo estabelece um conjunto de interditos necessários à preservação da convivência partindo da “autonomia ética”⁸⁷. Sem a vida, que é um bem assente numa lógica de tudo ou nada, não é possível a autonomia.

Em ambos os textos, e conhecida a história do conceito de autonomia, a sua imagética exige uma reinterpretação no quadro do que, gadamerianamente, é conhecido como “fusão de horizontes”⁸⁸. Textos que têm uma profunda influência na nossa cultura, no teatro, na literatura, na música e no cinema⁸⁹. Também relevam para o direito constitucional num plano que, como aflorei, não é meramente motivacional. Inclusivamente, na Alemanha, no quadro da *Grundgesetz*⁹⁰, o Sermão da Montanha foi convocado por um pastor evangélico para se recusar a jurar em tribunal, o que levou a uma decisão do Tribunal Constitucional alemão, que lhe foi favorável⁹¹.

Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 11-21, 16-18; de uma forma mais global, vd., entre nós, a obra de António Castanheira Neves.

⁸⁵ No campo do direito, a expressão corresponde a título de escrito de Gunther TEUBNER, “The anonymous matrix: human rights violations by ‘private’ transnational actors”, *Modern Law Review*, vol. 69, 2006, pp. 327-346.

⁸⁶ Arthur KAUFMANN, *Gerechtigkeit: Der vergessene Weg zum Frieden: Gedanken eines Rechtsphilosophen zu einem politischen Thema*, München/Zürich, 1986, p. 27.

⁸⁷ Mathias SCHREIBER, *Die Zehn Gebote: eine Ethik für heute*, München, Deutsche Verlags-Anstalt, 2010, pp. 20-21: “Die Zehn Gebote umgrenzen den heiligen Bezirk ethischer Autonomie, verstanden als humane Selbstbestimmung aus reinen Prinzipien – sie sind der in Sprache gegossene Tempel einer Freiheit, die mehr meint als die Willkür im Kampf aller gegen alle: ‘das ABC des Menschenbenehmens’, den ‘Felsen des Menschenanstandes’, wie Thomas Mann es in seiner Erzählung *Das Gesetz* formuliert hat”.

⁸⁸ Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método: Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1977, pp. 376-377: “El horizonte del presente no se forma pues al margen del pasado. Ni existe un horizonte del presente en sí mismo ni hay horizontes históricos que hubiera que ganar. *Comprender es siempre el proceso de fusión de estos presuntos ‘horizontes para sí mismos’*” (itálico no original).

⁸⁹ Em relação ao Sermão da Montanha, vd. Ernst BAASLAND, *Radical philosophy of life: studies on the Sermon on the Mount*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020, § 1.

⁹⁰ Artigo 4º/1 GG, mobilizando a liberdade de crença (*Glaubensfreiheit*).

⁹¹ 2 BvR 75/71, *BVerfGE* 33, 23, decisão da 2ª Secção (*Senat*), de 11 de abril de 1972. Vd. também o voto de vencido do juiz v. Schlabrendorff, que cita o teólogo Paul Tillich ao procurar precisar o conceito de *Glauben* e

1.2. Sobre os anjos

Na linguagem corrente, na sua experiência de maternidade, a Benedita teve dois anjos (anjinhos assume, não raro, embora noutro contexto, caráter pejorativo, mas na aceção afetiva também o são), o Nuno e a Francisca, e, numa inversão da relação com que são tradicionalmente representados os anjos *stricto sensu*, aqui é a mãe que trata deles, embora, na riqueza da sua presença, também a acompanharam nas alegrias e nas tristezas.

A palavra anjo, em grego, significa mensageiro⁹²: assim, na língua helénica a pessoa que levou a notícia da vitória de Maratona foi um “anjo”. É verdade que, limitando-nos ao nosso círculo cultural, marcado principalmente por um legado simbolicamente representado por Atenas, Roma e Jerusalém (sem prejuízo de outras influências), olhando para a Torá e para a Bíblia encontramos diferentes anjos⁹³, que não se reconduzem ao estereótipo alado que povoa a imaginação. Também aqui podemos perguntar-nos como Habermas, confessadamente agnóstico, que tem vindo a tomar crescentemente a sério a relação entre crer/fé e saber na história do pensamento ocidental⁹⁴, em que medida um conjunto de imagens podem dizer algo a quem não comunga dessas mundividências⁹⁵. Por exemplo, a contraposição entre

convoca depois S. Tomás de Aquino, Martinho Lutero e Calvino para sustentar que o “Sermão da montanha” não tem o Estado como destinatário, devendo apenas ser lido num registo escatológico. Considera que o autor da queixa constitucional incorre num “erro de interpretação evidente” (*offensichtliche Fehlinterpretation*), pelo que não gozaria da proteção do artigo 4º.

⁹² Em hebraico, a palavra *mal'ak* (anjo) vem de um verbo (*l'k*) que significa “entregar uma mensagem”: cf., com outras indicações sobre anjos na Bíblia, “Engel”, in Gaalyahu CORNFELD e Gerhard J. BOTTERWECK (Hg.), *Die Bibel und ihre Welt: eine Enzyklopädie zur Heiligen Schrift, A-J*, Herrsching, Manfred Pawlak, 1991, pp. 454-459, 454.

⁹³ Vd. a síntese de Claus WESTERMANN, *O anjo de Deus não precisa de asas: o que a Bíblia diz sobre os anjos*, São Paulo, Edições Loyola, 2000.

⁹⁴ Mais recentemente, vd. Jürgen HABERMAS, *Auch eine Geschichte der Philosophie: Band 1 – Die okzidentale Konstellation von Glauben und Wissen*, 4ª ed., Berlin, Suhrkamp, 2020; Band 2 – *Vernünftige Freiheit. Spuren des Diskurses über Glauben und Wissen*, 4ª ed., Berlin, Suhrkamp, 2020.

⁹⁵ O exemplo que Habermas dá em “Fé e saber” (*in Ofuturo da natureza humana*, São Paulo, Martins Fontes, 2004, 135-154, 152-154; na edição portuguesa, este texto não consta) parte do Génesis (1, 27): o homem como *imago Dei*, criado à imagem e semelhança. Registe-se que, mesmo numa perspectiva teológica, e não curando da tentativa de distinguir entre imagem e semelhança, há, pelo menos, quatro leituras: estrutural (capacidades da pessoa, por exemplo, racionalidade), funcional (centrada no agir), relacional (modo de ser relacional do ser humano) e multifacetada (que sublinha a insuficiência das visões concorrentes singularmente consideradas) – cf. Marc CORTEZ, *Theological anthropology: a guide for the perplexed*, London/New York, T and T Clark, 2010, esp. pp. 14-30. Para este e outros aspetos do percurso da dignidade da pessoa humana em termos de história das ideias, v. Benedita MAC CRORIE, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 80-84 (p. 81, quanto à *imago Dei*, convocando José de Melo Alexandrino). A dissertação foi reimpressa em 2017. Uma leitura a partir do judaísmo, numa abertura à filosofia, pode ver-se em Leon R. KASS, *The beginning of wisdom*, *op. cit.*, pp. 36-40 (*tselem* é a palavra hebraica que significa imagem).

Prometeu, o “santo” do calendário filosófico revolucionário de Karl Marx⁹⁶, de glorificação da técnica e do Progresso, e o *fiat* mariano⁹⁷, que, independentemente de discussões, algumas das quais internas às confissões religiosas, surge como paradigma de uma ética da recepção do dom, do acolhimento, que recusa a lógica unidimensional de uma racionalidade instrumental, criticada pela Escola de Frankfurt.

Importa referir a sua relevância no constitucionalismo. Em termos antropológicos, inscrevendo-se numa longa tradição⁹⁸, James Madison recorda-nos, num dos clássicos do moderno constitucionalismo (*Federalist Papers*), que os homens não são anjos⁹⁹. Escreve: “If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary”.

Na verdade, a violência (mimética) é recorrente e marca o percurso desde a hominização¹⁰⁰. Desta experiência, nasce a necessidade institucional que contém a violência numa dupla aceção da palavra¹⁰¹: no sentido de recorrer à violência (recorde-se a noção weberiana do Estado como detentor do “monopólio da violência legítima”¹⁰² e na aceção de conter a violência, *rectius*, as violências. O constitucionalismo é um modo de limitar essa violência, projeto que passa, em maior ou menor medida, pelo reconhecimento da autonomia e que, face à “migração do sagrado”¹⁰³ para o Estado, veio recortar espaços relevantes de liberdade, desde logo a partir dos direitos fundamentais

⁹⁶ Karl Heinrich MARX, *Differenz der demokratischen und epikureischen Naturphilosophie* (Doktordissertation), in Karl Marx e Friedrich Engels, *Gesamtausgabe (MEGA)*, Band I, Berlin, Dietz Verlag, 1975, p. 15: “Prometheus ist der vornehmste Heilige und Märtyrer im philosophischen Kalender”.

⁹⁷ David L. SCHINDLER, *Heart of the world, center of the church: Communio ecclesiology, liberalism, and liberation*, Grand Rapids/ Edinburg, Eerdmans/T&T Clark, 1996, p. 201.

⁹⁸ Para a expressão de uma ideia semelhante no *corpus* aristotélico, vd. *Política*, Livro I, Capítulo II, 1253a29 (trad. Lisboa, Vega, 1998) e *Ética a Nicómaco*, Livro VII, 1145a15 ss. (trad. Lisboa, Quetzal Editores, 2009).

⁹⁹ Pensa-se, naturalmente, em anjos bons, o que não esgota o panorama. No domínio da (re)criação literária, Eduardo LOURENÇO, “Angelismo e poesia”, in Eduardo Lourenço, *Obras completas, III. Tempo e poesia*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, pp. 135-145) considera um “angelismo negativo”, marcado pela sua “ausência”, sem prejuízo de um “angelismo positivo”, caso em que “[a] nossa realidade é vista e julgada, de algum modo, do lado do Anjo” (p. 136, em itálico no original).

¹⁰⁰ Sobre este ponto, vd. Raymund SCHWAGER, *Banished from Eden: original sin and evolutionary theory in the drama of salvation*, Leominster, Grace Wing, New Malden, Inigo, 2006.

¹⁰¹ Este duplo uso de conter é recorrente na literatura girardiana e terá sido cunhado por Jean-Pierre Dupuy.

¹⁰² Max WEBER, *O político e o cientista*, 3ª ed., Lisboa, Editorial Presença, 1979, p. 9.

¹⁰³ William T. CAVANAUGH, *Migrations of the holy: God, state, and the political meaning of the church*, Grand Rapids/Cambridge, Williams B. Eerdmans, 2011.

como direitos de defesa. Mas importa desenvolver uma *mimesis* positiva¹⁰⁴ – a santidade entendida como um caminho de virtudes *respublicana* como advogou Cícero¹⁰⁵ e também o judaísmo e o cristianismo, tecendo uma ecologia social e humana adequada à efetivação dos direitos. Recorde-se ainda o famoso discurso de Abraham Lincoln, que sublinha os laços em comum dos americanos, falando de *better angels of nature*¹⁰⁶.

A questão da liberdade de vontade, cujo respeito, mobilizando Paul Tiedemann, vê como uma exigência da dignidade humana¹⁰⁷, suscitou um significativo debate na Idade Média, num quadro de receção de Aristóteles¹⁰⁸, autor que, juntamente com John Stuart Mill, escolheu para abrir a sua dissertação de doutoramento¹⁰⁹. Curiosamente, os anjos são recorrentemente mobilizados no referido debate medieval, em termos que não aprofundaremos¹¹⁰.

Esta ideia de que os homens não são anjos, remete-nos para a corporeidade como modo de ser essencial do ser humano, recusando a visão (neo)gnóstica¹¹¹. Corpo animado é certo, mas corpo. Corpo vivo que, no seu caso, permitiu experimentar a espantosa dilatação da maternidade, uma “carne dilatada”¹¹². Além disso, numa outra dilatação partilhada, foi chamada à dilatação do espaço (“espaço dilatado”¹¹³), numa arquitetura a dois, à

¹⁰⁴ Petra STEINMAIR-PÖSEL, “Original sin, grace and positive mimesis”, in Vern Neufeld Redekop e Thomas Ryba (eds.), *René Girard and creative mimesis*, Lanham et al., Lexington Books, 2014, pp. 221-231; Wolfgang PALAVER, *Transforming the sacred into saintliness: reflecting on violence and religion with René Girard*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.

¹⁰⁵ Como probidade e integridade: cf. Marcus Tullius CICERO, *Philippicae*: “Quis enim hoc adulescente castior, quis modestior? quod in iuventute habemus inlustrius exemplum veteris sanctitatis? quis autem illo, qui male dicit, impurior?” (*Philippica III*).

¹⁰⁶ Cf. “O discurso de posse de Lincoln, de 4 de março de 1861”, in Richard B. MORRIS, *Documentos básicos da história dos Estados Unidos*, Rio de Janeiro/São Paulo/Lisboa, Editora Fundo de Cultura, 1964, pp. 152-156, 156 (“melhores e angélicos acordes da nossa natureza”).

¹⁰⁷ Benedita MAC CRORIE, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, op. cit., p. 91, n. 300.

¹⁰⁸ Tobias HOFFMANN, *Free will and the rebel angels in medieval philosophy*, Cambridge University Press, 2022, p. 1, sem prejuízo das diferenças entre os teólogos cristãos e o pensamento aristotélico.

¹⁰⁹ Benedita MAC CRORIE, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, op. cit., p. 7.

¹¹⁰ Com outras indicações, vd. Tobias HOFFMANN, *Free will and the rebel angels in medieval philosophy*, op. cit.

¹¹¹ Sobre as implicações do (neo)gnosticismo em termos de corporeidade, vd., com outras indicações, João Carlos LOUREIRO, “Sobre(s), trans(ces) e post(r)(e)(s): de la carne del nacimiento al ciber de la fabricación? Breves notas en torno a tecnología, derecho(s) y cuerpo(s) en diálogo con Hannah Arendt”, in António José Sánchez Sáez (coords.), *Dignidad y vida humana: eutanasia, gestión subrogada y transhumanismo*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 383-440.

¹¹² Carla CANULLO, *Ser madre: reflexiones de una joven filósofa*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 2015, p. 15.

¹¹³ Carla CANULLO, *Ser madre: reflexiones de una joven filósofa*, op. cit., p. 22.

reinvenção dos interiores permitindo aos filhos passar do lado interno do corpo – do útero como “bolha”¹¹⁴ – ao espaço reorganizado da casa, do berço onde se corporizam os afetos e se lançam as bases da relação, sendo esta constitutiva e não meramente acidental (o que se projeta na ideia de autonomia, onto-axiológicamente relacional, e de direitos, que não devem ser lidos em registo de estado de natureza hobbesiano). Curiosamente, a experiência da maternidade e da paternidade passa pelo reconhecimento da nossa fragilidade estrutural e pela dependência que, com o tempo, se transformará em *interdependência*¹¹⁵.

Convocar aqui o céu não é reeditar a bela imagem da cegonha, popularizada pela história (“estória”) de Hans Christian-Andersen¹¹⁶. Se abstrairmos da cinematografia mais recente – *Storks* (cegonhas) –, onde estas substituíram a entrega de bebês pela de encomendas – como se pudessem escapar à dronização do processo, hoje o relato é outro. Na verdade, o *Tchim* de Graça Gonçalves¹¹⁷ percebeu que as histórias da tia-avó que envolvia cegonhas com partida em Paris já não colavam (“as cegonhas fizeram ronha”¹¹⁸) e a mãe explicou-lhe que na dádiva dos corpos (traduzido em linguagem de crianças, que o pai e a mãe “ficaram tão perto, mas tão perto um do outro, que se misturaram”¹¹⁹) “uma sementinha giroflé, giroflá, foi ter com outra sementinha, giroflé, flé, flá”¹²⁰. E, abrindo a porta à ciência com poesia, a mãe desvelou-lhe que: “Numa barriga encantada pelo Amor, espermatozoide é o nome do Rei, óvulo o nome da Rainha e bebê é sempre o nome do Príncipezinho”¹²¹.

Partindo desta experiência da vida *in fieri*, no começo dentro da barriga da mãe, depois no alargado espaço por via de nascimento – que introduz o *novum* no mundo, como recorda Hannah Arendt¹²² –, podemos perguntar-nos pela

¹¹⁴ A referência é aqui Peter SLOTERDIJK, *Bulles: Sphères I*, Paris, Pluriel, 2010.

¹¹⁵ Para uma próxima conversa, deixo a análise das posições de Marta Albertson FINEMAN: cf., por exemplo, *The autonomy myth: a theory of dependency*, New York/London, The New Press, 2004.

¹¹⁶ Hans-Christian ANDERSEN, *Storkene* (no original dinamarquês).

¹¹⁷ Graça GONÇALVES, *Tchim e o nascimento..Pim!*, Venda Nova, Bertrand Editora, 1990, p. 14.

¹¹⁸ Graça GONÇALVES, *Tchim e o nascimento..Pim!*, op. cit., p. 14.

¹¹⁹ Graça GONÇALVES, *Tchim e o nascimento..Pim!*, op. cit., p. 18.

¹²⁰ Graça GONÇALVES, *Tchim e o nascimento..Pim!*, op. cit., p. 18.

¹²¹ Graça GONÇALVES, *Tchim e o nascimento..Pim!*, 19.

¹²² Hannah ARENDT, *A condição humana*, Rio de Janeiro, Forense Universitária; Rio de Janeiro, Salamandra; São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 1981.

autonomia da mãe. É verdade que a Constituição da República Portuguesa, tomando a sério a vida, a saúde e o bem-estar da criança e da mãe, garante proteção no campo da saúde e da segurança social. Paternidade e maternidade são reconhecidos como valores sociais eminentes¹²³ e criam-se condições materiais para exercer a autonomia, ainda que, de alguma forma, a autonomia procriativa de alguns esteja limitada pela insuficiência de apoios à família. Mas do que curamos aqui – tanto quanto nos permite a circunstância – é saber em que medida a autonomia permite alicerçar a destruição da vida de outrem, a partir, paradoxalmente, do facto de quem decide ter beneficiado de uma decisão que não tomou (ninguém escolheu nascer) e que pretende negar a outrem; além disso, no reverso da medalha, até onde a existência de possibilidades trazidas pela tecnociência – não nos esqueçamos que a “história é um processo de possibilitação”, sublinhava Zubiri¹²⁴ – permite admitir todas os modos de gestação? A estas perguntas, seria ainda de acrescentar: que intervenções são admissíveis na corporeidade, numa circunstância marcada pela Revolução GNR (Genética, Nanotecnologia e Robótica)?

Deixo de parte uma área interessantíssima: a memória da história do constitucionalismo, quer se trate do constitucionalismo antigo (incluindo o medieval) quer do moderno. Continuando apenas com alguns fragmentos para a nossa conversa, recorro que a imanência do transcendente – a sua intramundandade –, inspira o constitucionalismo moderno quer a nível de um conjunto de textos – pense-se nas primícias resultantes do debate constitucional no breve período em que a Inglaterra foi uma República¹²⁵, bem como o contributo puritano no Novo Mundo¹²⁶ através da figura da aliança

¹²³ Artigo 68º CRP.

¹²⁴ Sobre este ponto, fazendo a ponte também com Heidegger, vd. Diego GRACIA, *Como arqueros al blanco: estudios de bioética*, Madrid, Triacastela, 2004, p. 20.

¹²⁵ Para o contributo hebraico, em termos mais gerais, Eric NELSON, *The Hebrew Republic: Jewish sources and the transformation of European political thought*, Cambridge, Harvard University Press, 2010. Em relação à incursão por Céu e Paraíso, recorde-se que uma das figuras marcantes do ponto de vista político-constitucional – falo de John MILTON, autor de *Areopagítica: discurso sobre a liberdade de expressão*, Coimbra, Almedina, 2009 (com prefácio de Jónatas Machado) – escreveu também *Paraíso perdido*, Lisboa, Cotovia, 2006.

¹²⁶ Pedro de VEGA *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Editorial Tecnos, 1988 (reimp.), p. 31.

(*covenant*)¹²⁷ – lembre-se o *Mayflower Compact*, de 1620¹²⁸ – e também na liberdade religiosa, vista por Jellinek¹²⁹ como o primeiro direito, fundamental na afirmação da autonomia, um tema que lhe é caro, embora Martin Kriele desafie esta leitura, concedendo essa posição ao *due process of law*¹³⁰.

Também outro anjo – o *Angelus Novus*, da famosa pintura de Paul Klee e da reflexão de Walter Benjamin sobre o anjo da história¹³¹ – tem repercussões no direito público, mesmo entre nós: basta recordar que Maria da Glória Garcia em *O lugar do direito na proteção do ambiente* considera-o, mas centra-se noutra anjo do artista, datado de 1939 (*Angelus dubiosus*¹³²), convocando *Das Prinzip Verantwortung*, de Hans Jonas¹³³. Esta obra, de 1979, que Jonas escreveu em alemão, teve e continua a ter um enorme impacto, também no mundo jurídico e político. O Progresso revelou-se “um vendaval”¹³⁴, sendo necessário um direito constitucional que, no domínio ambiental, por exemplo, exigiu que se recortasse um novo princípio – o da precaução – e se pensasse a constituição como uma constituição à (da) distância (*Fernverfassung*)¹³⁵, se tomassem a sério a existência de deveres não-correlativos para com as gerações vindouras. Mais do que as utopias, com refração no direito constitucional – pense-se na sua tradução na constituição dirigente,

¹²⁷ Recorde-se que contrato e aliança são duas grandes figuras do pensamento político: Adela CORTINA, *Alianza y contrato: política, ética y religión*, Madrid, Editorial Trotta, 2001. Entre nós, num registo juspublicístico, vd. Jorge Alves CORREIA, *Contrato e poder administrativo: o problema do contrato sobre o exercício de poderes públicos*, Coimbra, Gestleg, 2017, Parte I, Capítulo II.

¹²⁸ Vd. Jorge Alves CORREIA, *Contrato e poder administrativo*, pp. 127-129.

¹²⁹ Georg JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte: Ein Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895, Cap. VII.

¹³⁰ Martin KRIELE, *Introducción a la teoría del Estado: fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980, pp. 208-216.

¹³¹ Walter BENJAMIN, “Sobre o conceito da história”, in Walter Benjamin, *O Anjo da história*, Lisboa, Assírio & Alvim, Lisboa, pp. 9-22, 13-14.

¹³² Maria da Glória GARCIA, *O lugar do direito na proteção do ambiente*, Coimbra, Almedina, 2007, que reproduz a gravura de Klee – *Angelus dubiosus* e sublinha: “Para personificar o seu pensamento, Hans Jonas foi buscar inspiração ao ‘Angelus dubiosus’ de Paul Klee, um anjo frágil e carente. É um anjo que nada vê – é cego – e, logo, parece incapaz de proteger o que quer que seja” (p. 72). Esta associação com o *Angelus dubiosus* é feita expressamente pelo tradutor da edição francesa do livro de Jonas (cf. Jean Greisch, “Présentation”, in Hans Jonas, *Le principe responsabilité: Une éthique pour la civilisation technologique*, cuja primeira edição em francês data de 1990).

¹³³ Hans JONAS, *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*, Rio de Janeiro, Contraponto, Ed. PUC-Rio, 2006.

¹³⁴ Walter BENJAMIN, “Sobre o conceito da história”, *op. cit.*, p. 14.

¹³⁵ João Carlos LOUREIRO, “O direito à identidade genética do ser humano”, in AAVV, *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 263-389, 275-277.

pela mão de Gomes Canotilho¹³⁶, que o próprio revisitou criticamente¹³⁷ (também dogmaticamente, ao defender uma visão mais “fraca” do princípio da proibição do retrocesso social¹³⁸) – o tempo é de apocalíptica, de ameaça de destruição, imputável aos homens e não a Deus¹³⁹. No caso de vida para lá da vida, nos termos da fé cristã, outro terá sido o seu desvelamento (apocalipse).

Se existir esse lado de “lá”, imagino a Benedita, confrontada com a Luz – queremos, como Goethe, *Mehr Licht* –, a rir com Deus¹⁴⁰, como nos lembra a passagem do Talmude da Babilónia¹⁴¹ mencionada por Gunther Teubner na abertura do primeiro capítulo de *O direito como sistema autopoietico*¹⁴². Recordamo-nos do seu (sor)riso – um traço que marca a humanidade e que, segundo Fomiggini, na sua *Filosofia del ridere*¹⁴³, abre portas à fraternidade, princípio que, fazendo embora parte da trilogia revolucionária francesa, tem sido considerado “esquecido”¹⁴⁴, discutindo-se a sua relação com a solidariedade.

2. Eutanásia e ajuda ao suicídio: considerações fragmentárias

“The experience of death is going to get more and more painful, contrary to what many people believe. The forthcoming euthanasia will make it more rather than less painful because it will put the emphasis on personal decision in a way which was blissfully alien to the whole problem of dying in former times. It will make

¹³⁶ José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982.

¹³⁷ Vd. José Joaquim Gomes CANOTILHO, “Rever ou romper a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo”, in José Joaquim Gomes Canotilho, “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 101-129.

¹³⁸ José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 339.

¹³⁹ René GIRARD, *Des choses cachées depuis la fondation du monde*, 10ª ed., Paris, Le Livre de Poche, 2006, p. 270.

¹⁴⁰ No Céu, não vingam as convicções do Jorge da magnífica ficção de Umberto ECO, *O nome da rosa*, Porto, Público, 2002, que via o riso como sendo “a fraqueza, a corrupção, a sensoria da nossa carne” (p. 448).

¹⁴¹ Tal ideia é expressa no Saltério: “Aquele que habita nos céus sorri” (Sl 2, 4).

¹⁴² Gunther TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 1, mencionando como fonte o *Talmude da Babilónia*, Baba Mezia, 59b (para além da síntese na obra de Teubner, pode ver-se a fonte, em língua inglesa, em https://www.sefaria.org/Bava_Metzia.59b.2?lang=en).

¹⁴³ Trata-se de uma obra de 1907: Angelo Fortunato FORMIGGINI, *Filosofia del ridere* (reedição: *Filosofia del ridere, Note ed appunti*, Bologna, CLUEB, 1989, a que não me foi possível aceder em tempo útil).

¹⁴⁴ Por todos, Peter SLOTERDIJK, *Bulles: Sphères I*, op. cit.

death even more subjectively intolerable, for people will feel responsible for their own deaths”.

René Girard¹⁴⁵

Em relação à eutanásia e a ajuda ao suicídio, estamos num território que lhe é academicamente familiar. Com efeito, ainda como assistente estagiária, publicou “A eutanásia e a ajuda ao suicídio na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”¹⁴⁶, onde conclui que, face a este instrumento, a diversidade de soluções existente nos Estados-membros aponta para o reconhecimento de uma margem de apreciação¹⁴⁷. O tema voltou a merecer consideração expressa na sua dissertação de doutoramento – *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*¹⁴⁸ –, obra que

¹⁴⁵ René GIRARD, “Epilogue: the anthropology of the cross: a conversation with René Girard”, in James G. Williams (ed.), *The Girard reader*, New York, Crossroad, 1996, p. 277.

¹⁴⁶ Benedita MAC CRORIE, “A eutanásia e a ajuda ao suicídio na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, *Scientia Iuridica*, vol. 52, 2003, pp. 447-473.

¹⁴⁷ Benedita MAC CRORIE, “A eutanásia e a ajuda ao suicídio na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, *op. cit.*, p. 473. Margem de apreciação que considerou expressamente, no quadro do Conselho da Europa, no artigo “Margem de apreciação dos Estados”, publicado in Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. III, Lisboa, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020, pp. 2721-2738.

¹⁴⁸ Benedita MAC CRORIE, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, *op. cit.*. No seu relatório para efeitos de prestação de provas de aptidão pedagógica e capacidade científica – *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2005 – havia já alguns afloramentos no que toca à renúncia a direitos fundamentais (p. 78, n. 211; p. 107, n. 289).

logrou receção na doutrina¹⁴⁹, havendo outros textos seus relevantes para a questão¹⁵⁰.

Na impossibilidade de uma discussão aprofundada e como é uma especialista, permita-me uma breve alusão a algumas questões: a) sobre dignidade e autonomia, neste contexto argumentativo, percorrendo, sucessivamente, imagens do homem e autonomia relacional; carácter transitivo e intransitivo de decisões; modelos permissivos; b) cuidados paliativos: entre a disponibilização e a obrigação.

2.1. Dignidade e autonomia: forças e fraquezas argumentativas

É indubitável que o princípio da dignidade da pessoa humana é fundante na ordem jurídica portuguesa; além disso, a dignidade não se adquire nem se perde, sendo reconhecida a todos os seres humanos, independentemente

¹⁴⁹ Limitando-me à doutrina nacional, e sem preocupações de exaustividade, vd. José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, p. 303 (citando a edição policopiada); Jorge MIRANDA, *Direitos fundamentais*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2020, p. 495; Vasco Pereira da SILVA, *Direito constitucional e administrativo sem fronteiras*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 138, n. 258; Ana Raquel MONIZ, *Os direitos fundamentais e a sua circunstância*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 192, n. 754; Sandra PASSINHAS, *Propriedade e personalidade no direito civil português*, Coimbra, 2014, pp. 71 (n. 89), 72 (n. 92, 94 e 95), p. 73 (n. 97 e 100), há nova edição: Coimbra, Almedina, 2017, p. 91 (n. 89), p. 92 (n. 92, 94 e 95), p. 93 (n. 97 e 100); Jorge PAÇÃO, “Dignidade da pessoa humana e ‘morte assistida’ na jurisprudência do Tribunal Constitucional colombiano”, in Jorge Reis Novais e Tiago Fidalgo de Freitas (orgs.), *A dignidade da pessoa humana na justiça constitucional*, op. cit., pp. 335-355, 342, n. 24; Mafalda SERRASQUEIRO, “Moral ou dignidade no lenocínio: um crime à procura de um bem jurídico”, in Jorge Reis Novais e Tiago Fidalgo de Freitas (orgs.), *A dignidade da pessoa humana na justiça constitucional*, op. cit., pp. 417-446, p. 421, n. 20 (embora aqui para citar Dürig, remetendo para a p. 230 da dissertação); ainda na mesma obra, Jorge Silva SAMPAIO, “O caso alemão da ‘Lei da segurança da Aviação’ e a norma da dignidade da pessoa humana à luz de uma análise estrutural”, pp. 519-574, p. 541, n. 96; Jorge Reis NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*, vol. II, *Dignidade e inconstitucionalidade*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 37, n. 6; Ana Perestrelo de OLIVEIRA, *Desvinculação programada do contrato*, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 170-171, n. 760-761; Vitalino CANAS, *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo dos atos legislativos*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 1253 (bibliografia final); Artur Flamínio da SILVA, *A resolução de conflitos desportivos em Portugal: entre o direito público e o direito privado*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 645 (citando a edição policopiada); Daniela MIRANTE, *O consentimento na arbitragem e a desigualdade estrutural das partes*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 82 (n. 290), p. 83 (n. 291); Luísa NETO e Rui Vieira da CUNHA, “Compulsory neuro-interventions: metaphysical and conceptual foundations of the subject of responsibility and autonomy of choice”, in AAVV, *Estudos comemorativos dos 20 anos da FDUP*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 119-144, p. 124, n. 11; Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A parte geral do Código Civil português*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, p. 107; Joana POLÓNIA-GOMES, *A colaboração dos obrigados fiscais no direito das contraordenações tributárias – Dispensa, atenuação e redução de coimas*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 206, n. 309.

¹⁵⁰ Benedita MAC CRORIE, “A doutrina da renúncia de direitos fundamentais – os casos da eutanásia e da colheita de órgãos em vida”, in Manuel Curado e Nuno Pinto Oliveira (orgs.), *Pessoas transparentes: questões actuais de bio-ética*, Coimbra, Almedina, 2010; IDEM, “Deve o Estado ser neutro? As questões difíceis do aborto e da eutanásia”, in Nuno Manuel Pinto Oliveira e Benedita Mac CRORIE (coords.), *Pessoa, direito e direitos: colóquios 2014/2015*, Braga, 2016, pp. 25-34.

da chamada “qualidade de vida”¹⁵¹. O terreno do dissenso abre-se em sede de articulação entre dignidade e autonomia, mais exatamente no que toca às possibilidades de convocar a dignidade contra a autonomia.

Repare-se que da dignidade resulta a exigência de respeito da diferença do outro, ainda que, ao operar, ele atue segundo dimensões miméticas, como referimos convocando René Girard. Jonathan Sacks é aqui mobilizável tomando como ponto de partida *A dignidade da diferença*¹⁵². Diferença que é um conceito que, compreendendo a autonomia na conformação da vida, não se esgota nela. Com efeito, somos interpelados pelo rosto da diferença de alguns cidadãos portadores de deficiência que não têm capacidade de exercer uma autonomia fáctica. Há diferenças que são comunitariamente interditas na medida em que, numa perspectiva intersubjetiva, são desconformes com o direito enquanto medida de validade historicamente tecida, e do ponto de vista subjetivo transportam violências geradoras de vítimas. A dignidade pressupõe um antes do contrato¹⁵³, o reconhecimento para mobilizar Hegel: “Sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas”¹⁵⁴. A partir de outra tradição, a ideia chave é a de aliança, operador mobilizado por Sacks que sublinha a dimensão do “nós”¹⁵⁵.

A diferença pressupõe pessoas, isto é, seres constitutivamente e não acidentalmente relacionais e em que a relação eu-tu exige o terceiro (do direito) e as consequentes pertenças comunitárias (uma “racionalidade do nós”¹⁵⁶). Neste sentido, a dignidade da pessoa passa também, por exemplo, pelo reconhecimento da língua como constitutiva da sua identidade, recusando as tentativas imperialistas da sua proibição¹⁵⁷.

¹⁵¹ Recusa-se, pois, a ideia de que uma “vida sem qualidade de vida” seja sinónimo de “uma vida sem dignidade humana”: cf. Herman DE DIJN, “Euthanasie: een cultuurfilosofische analyse”, in Arnold Burms e Herman de Dijn (eds.), *De sacraliteit van leven en dood. Voor een brede bio-ethiek*, Kalmthout, Zoetermeer, Pelckmans/Klement, 2011, p. 75. De acordo com Herman DE DIJN, o conceito de qualidade de vida é subjetivo (p. 75).

¹⁵² Jonathan SACKS, *A dignidade da diferença: como evitar o choque de civilizações*, Lisboa, Gradiva, 2006.

¹⁵³ José de Faria COSTA, *O perigo em direito penal (Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, pp. 67-69.

¹⁵⁴ G. W. F. HEGEL, *Princípios da filosofia do direito*, 2ª ed., Lisboa, Guimarães Editores, 1976, § 36, p. 53.

¹⁵⁵ Jonathan SACKS, *A dignidade da diferença: como evitar o choque de civilizações*, op. cit., p. 264.

¹⁵⁶ Sobre a “we-rationality”, vd. Martin HOLLIS, *Trust within reason*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

¹⁵⁷ Jonathan SACKS, *Not in God's name: confronting religious violence*, Londres, Hodder & Stoughton, 2016, sublinha que, ao contrário da crença difundida, o episódio da Torre de Babel que tanto impacto teve no mundo ocidental não visa fundar a diversidade linguística (a não ser que o texto não esteja em sequência cronológica), pois,

A questão enunciada – possibilidade de mobilização da dignidade contra a autonomia – põe-se em relação a pessoas capazes. A autonomia da decisão não significa a autenticidade da decisão, na aceção da “mentira romântica”¹⁵⁸. Autonomia significa que se trata de uma escolha reconduzida à vontade do próprio ainda que, em última análise, ela seja mimética, baseada num modelo. Essa autonomia também não é compreendida em termos kantianos de uma vontade universalizável, em registo de imperativo categórico¹⁵⁹. O que o direito protege é a vontade concreta de cada pessoa, ou seja, a particularidade da sua decisão, mormente por via do quadro valorativo, religioso ou não, de cada paciente. Além disso, a escolha deve ser informada e entre as condições da liberdade inclui-se a possibilidade de acesso a cuidados paliativos, podendo o Tribunal Constitucional verificar se essa condição está preenchida ou não, atenta, aliás, a importância dos bens em jogo – no caso, a vida é um bem “tudo ou nada”.

Sou dos que pensa que a dignidade da pessoa humana é, neste campo, um argumento fraco se estiverem em causa condutas voluntárias do sujeito¹⁶⁰. Mais proveitoso parece-me ser o campo da autonomia – entendida em termos relacionais – e a relevância sistémica das decisões, não se podendo ignorar que estamos face a atos transitivos. Vejamos rapidamente estes pontos.

2.1.1. Imagens do homem e autonomia relacional

Em termos fundacionais, há aqui uma discussão em sede de antropologia constitucional que nos obriga a confrontarmo-nos com a temática das “imagens do homem” (*Menschenbilder*), tópico que também mobiliza ao defender a inadmissibilidade do argumento (ilegitimamente paternalista) de uma defesa de pessoas capazes contra si próprias¹⁶¹. Curiosamente, uma

no Génesis, já antes se falava de diversas nações e línguas (Gn 10, 5 – 70 línguas), mas recusar o modelo imperialista de imposição de uma língua (p. 192).

¹⁵⁸ René GIRARD, *Mentira romântica e verdade romanesca*, op. cit.

¹⁵⁹ Immanuel KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Coimbra, Atlântida, 1960.

¹⁶⁰ Centrando-se na inviolabilidade da vida humana e discutindo a autonomia, vd. José Manuel Cardoso da COSTA, “Sobre a lei da eutanásia: uma reflexão pessoal”, *Brotéria*, vol. 193, 2021, pp. 29-41.

¹⁶¹ Benedita MAC CRORIE, “O paternalismo estadual e a legitimidade da defesa da pessoa contra si própria”, *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho*, tomo I – *Responsabilidade e Cidadania*, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, 2012, pp. 33-45, p. 44; IDEM,

certa compreensão de direitos relevante primeiro na modernidade, depois na nossa contemporaneidade, reconhece-se numa ideia hobbesiana de direitos no estado de natureza. É uma perspectiva basicamente solipsista e não relacional. Agora que está “aí” no Céu, tem uma visão mais profunda da autonomia, pois o eu, (re)feito “corpo glorioso”¹⁶², não é eliminado, mas comungado (no sentido de *communio*). Ou seja, a ser verdadeiro o que indicam palidamente os textos de teologia (em particular, os de escatologia), na união mantemos a nossa pessoalidade e diferença¹⁶³. Aliás, de uma forma mais global, a leitura trinitária de Deus¹⁶⁴, elemento que concorreu decisivamente para tecer a ideia de pessoa na história da civilização ocidental, fala de uma comunhão que não dissolve as pessoas.

Voltando a este lado de cá, onde nos cabe argumentar, o direito é relacional e parte da nossa fragilidade (estrutural), do sermos barro, para convocar a imagem do Génesis¹⁶⁵.

“A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e os contratos de longa duração”, in Nuno Manuel Pinto Oliveira e Benedita Mac Crorie (coords.), *Pessoa, direito e direitos (Colóquios 2014/2015)*, op. cit., pp. 151-162, 158-162.

¹⁶² Neste domínio, a existir, só poderemos falar por meio de uma linguagem simbólica: cf. S. Paulo na Primeira Carta aos Coríntios (cap. 15). O corpo glorioso é compreendido como um corpo pneumático e “escatológico”, que não se confunde com a conceção helénica de perda do “sudário somático”. Gianfranco RAVASI, *Roteiro dos navegantes: as respostas da fé*, Cascais, Lucerna, 2014, p. 83.

¹⁶³ Joseph RATZINGER, *Escatologia*, op. cit., p. 218.

¹⁶⁴ Não é possível desenvolver aqui a questão das implicações da Trindade enquanto analogia relevante no campo do político. Eric VOEGELIN, *A nova ciência do político*, Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 1979, p. 82, refere que Eusébio de Cesareia, no *Discurso de Tricénio*, elogia Constantino na medida em que a monarquia seria o símile na terra da monarquia divina no céu. Acontece que, no debate em torno da trindade de Deus, num tempo de disputa com o arianismo, e que foi fundamental para a construção da ideia de pessoa, as bases dessa construção foram atacadas. Assim, diz Voegelin, com “a vitória do simbolismo trinitário, tiveram de cessar as especulações sobre monarquias paralelas no céu e na terra. A linguagem da monarquia divina não desapareceu, mas adquiriu um novo sentido” (p. 82). Vd. também sobre a questão da Trindade, em ligação com a divisão de poderes, Peter KOSŁOWSKI, *Gesellschaft und Staat: ein unvermeidlicher Dualismus*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1982, pp. 101-108. Uma última nota, dada a sua relevância no pensamento jurídico, para Hans Kelsen. Em “Gott und Staat” (*Logos – Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur* 11 – 1922/23), Kelsen vê na Trindade uma manifestação de uma ideia de “autolimitação e autovinculação” de Deus, que, na Teoria do Estado, tem paralelo na “auto-obrigação do Estado” (*Selbstverpflichtung des Staates*). Sobre o tema, também Peter KOSŁOWSKI, *Gesellschaft und Staat: ein unvermeidlicher Dualismus*, pp. 105-107. Registe-se que um nome chave da “moderna teologia política” – falo do teólogo evangélico Jürgen Moltmann –, sublinha o trinitarismo que diferencia do monoteísmo (seja do judaísmo seja do islamismo): cf., para uma síntese, Ted PETERS, *God as Trinity: relationality and temporality in divine life*, Louisville, Kentucky, Westminster, John Knox Press, 1993.

¹⁶⁵ Sobre este ponto, com outras indicações, remeto para João Carlos LOUREIRO, *Constituição e biomedicina: contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*, op. cit., vol. I, Parte I.

2.1.2. Carácter transitivo e intransitivo de decisões

A eutanásia e a ajuda ao suicídio, ao exigirem o concurso de outro(s), revestem carácter transitivo, pelo que devem ser consideradas outras dimensões. Não se trata de estabelecer uma zona de não interferência face a uma decisão individual, mas pedir o concurso de outros, em termos que exigem procedimentos de controlo escudados em deveres de protecção. Na verdade, em face da seriedade das decisões exigem-se especiais cautelas para garantir que são autónomas e informadas, desde logo em termos de possibilidades. Dada a irreversibilidade da decisão, não basta um modelo de mera informação, realizado, por exemplo, através da entrega de um simples guia, mas exige-se a oferta de um procedimento dialógico com uma exposição clara e entendível das possibilidades. A necessidade de concurso de outros – o referido carácter transitivo – e os riscos envolvidos para a própria autonomia requerem um controlo público e não uma simples abstenção de intervenção do Estado. Ou seja, o dever de protecção da autonomia da pessoa e da vida, enquanto bens fundamentais, não pode ser ignorado pelo Estado. No caso da vida, não se trata de estabelecer um dever de viver constitucionalmente ilegítimo (por exemplo, reedição de normas de criminalização da tentativa de suicídio), mas de garantir que qualquer decisão que a afete assenta na liberdade, não deixando de considerar que, tendo em vista a protecção de seres mais vulneráveis, e conhecido o carácter mimético de atos de suicídio, poderá ser legítima a proibição de difusão de imagens do ato de fim de vida: em tempos de “realismo”¹⁶⁶, o Estado não deve admitir, por exemplo, uma transmissão, em direto ou em diferido, desses atos. Mais: a utilização de recursos do Estado legitima-o para um controlo da seriedade de motivos que servem de base ao pedido, não passando um cheque em branco em termos de decisão privada. Cada pessoa tem a faculdade (não o direito) de se suicidar. Aliás, a consagração de um modelo de suicídio ou de eutanásia meramente a pedido¹⁶⁷ teria, por certo, um impacto na protecção objetiva da vida enquanto bem comunitário, pondo em causa, desde logo, as pessoas mais vulneráveis, em relação às quais há especiais exigências de tutela. Uma conceção libertária de

¹⁶⁶ Maurizio FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Roma/Bari, Laterza, 2012, p. 113, que agradece a Valentina Desalvo a cunhagem do termo.

¹⁶⁷ Para os diferentes modelos de disponibilidade do bem vida, vd. a síntese de João Carlos LOUREIRO, *Constituição e biomedicina, op. cit.*, vol. I, Parte III, Cap. V.

autonomia¹⁶⁸ nega a relacionalidade da pessoa humana e o Estado tem uma obrigação sistémica de proteção da vida humana. No acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão¹⁶⁹, que reconheceu um direito à autodeterminação no que toca às decisões sobre o fim da vida, sublinha-se que o escopo da legislação limitativa é impedir a normalização da prestação ou mesmo considerar o “suicídio como um imperativo social”¹⁷⁰.

Afirmada a autonomia relacional como elemento fundamental também numa compreensão jurídica e uma outra ideia de direitos, vejamos, de forma breve, a questão da eutanásia e da ajuda ao suicídio.

Em relação a atos transitivos, como acontece com a ajuda ao suicídio, a panóplia dos interesses em jogo coenvolve:

- a) Uma proteção da autonomia, ou seja, os mecanismos procedimentais e organizacionais são fundamentais para garantir que estamos perante decisões livres da pessoa, o que implica a não abstenção do Estado. Movemo-nos no campo dos deveres de proteção, tradução jurídica de uma sua função central: garantia da segurança. Segurança que aqui se traduziria numa proibição do viciar da vontade, discutindo-se, no entanto, a adequação da chamada “cláusula mordaza” (*gag clause*)¹⁷¹, que proíbe o médico de, *motu proprio*, introduzir na conversa esse tema;
- b) Controlo das substâncias letais, pois a proteção de pessoas vulneráveis ou que estão em situação de vulnerabilidade aponta para salvaguardas, em termos da sua disponibilização, sob pena de

¹⁶⁸ Hans Küng fala de um “libertinismo amoral” (*amoralischen Libertinismus*): cf. Hans KÜNG, “Menschenwürdig sterben”, in Walter Jens e Hans Küng, *Menschenwürdig sterben: ein Plädoyer für Selbstverantwortung*, München/Zürich, Piper, 1995, pp. 13-85, p. 70.

¹⁶⁹ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020, 2 BvR 2347/15 -, Rn. 1-343 (há tradução em língua inglesa), 229.

¹⁷⁰ Cito a partir da versão em língua inglesa: “there is a risk that the wide-spread availability of assisted suicide services could give suicide a “semblance of normality” or even lead to the perception of suicide as a social imperative, thus creating certain expectations pressuring individuals to make use of such services. This could result in a ‘societal normalisation’ of assisted suicide (cf. BTDrucks 18/5373, p. 2). Where such services are available – thus suggesting that suicide is considered normal – old and ill persons in particular could be led to commit suicide or feel directly or indirectly pressured to do so (cf. BTDrucks 18/5373, pp. 2, 8, 11, 13, 17)” (229).

¹⁷¹ Vd. o *Voluntary Assisted Dying Act 2017* (Vic) s 8. Sobre a questão e com outras indicações, Courtney HEMPTON, “The constitution of ‘choice’: Voluntary Assisted Dying in the Australian State of Victoria”, in Daniel J. Fleming e David J. Carter (eds.), *Voluntary Assisted Dying: Law? Health? Justice?*, Canberra, ANU Press, 2022, pp. 9-29, pp. 21-23.

serem administradas, pelo próprio ou pelo terceiro, à margem do quadro normativo previsto;

- c) Sendo um ato transitivo, que exige o concurso de outrem, em sede de tutela constitucional tem de se tomar a sério o respeito pela autonomia dos profissionais envolvidos. Uma das formas de lidar com o crescimento da diversidade em sociedades altamente complexas e fragmentárias passa pela objeção de consciência. Ou seja, em nome da garantia de escolhas que se pretendem legitimar em registo de autonomia não se pode pôr em causa a autonomia da outra pessoa da relação. Num quadro de hiper-complexidade, este é um modo de coexistência que se revela crescentemente indispensável.

2.1.3. Modelos permissivos

São pensáveis três modelos, no caso de admissibilidade da chamada “morte assistida”, para usarmos uma expressão corrente no mundo de língua inglesa: (1) só eutanásia, quadro normativo que foi aprovado na Bélgica¹⁷², mas que, na prática, se estendeu de forma a abranger a ajuda ao suicídio¹⁷³; (2) apenas ajuda ao suicídio (*Oregon*, por exemplo); (3) ambas as hipóteses (Países Baixos à cabeça).

A grande discussão, no que toca à admissibilidade, está entre um modelo de igualdade ou de indiferença e um modelo de diferenciação entre eutanásia e ajuda ao suicídio (proibindo o primeiro, mas admitindo o segundo).

Num paradigma de radical autonomismo, qualquer pessoa teria o direito de se matar – não apenas a mera possibilidade fáctica – e poderia pedir o concurso de outrem. Seria uma ajuda ao suicídio assente no mero pedido. Do ponto de vista da medicina como *ars*, dir-se-ia que não estaríamos aqui perante um ato médico, não podendo sequer ser mobilizada no sentido desta

¹⁷² Herman Nys, “Physician assisted suicide in Belgian law”, *European Journal of Health Law*, vol. 12, 2005, pp. 39-42, p. 39. Esta solução, segundo Nys, só se compreende a partir do contexto político-ideológico em que foi aprovado o diploma, em que a ajuda ao suicídio foi vista como um suicídio sem indicações (p. 40).

¹⁷³ Foi esta a interpretação da *Federale Evaluatie- en Controlecommissie over Euthanasie* – Comissão Federal de avaliação e Controlo da Eutanásia, posição também seguida pelo Conselho Nacional da Ordem dos Médicos (*Nationale Raad van de Orde van Geneesheren*). Vd. a questão no Senado: <https://www.senate.be/www/?MIval=/Vragen/SVPrintNLFR&LEG=5&NR=9218&LANG=nl>.

controvertida qualificação a existência de “indicações”¹⁷⁴. Mas mesmo não sendo um ato médico, ponto sustentado também por quem defende a legalização da eutanásia e da ajuda ao suicídio se verificados pressupostos mais ou menos estritos, poderá perguntar-se por que interferir no exercício de duas autonomias (de quem quer a prática do ato e de quem tem conhecimentos científicos e meios para o efetivar e o pretende fazer)?

Entram aqui em jogo ainda dimensões sistémicas: desvalorização da vida humana no espaço público, que pode agravar o fenómeno do suicídio e ter impacto por via mimética; desvalorização da vida humana para quem tem como função essencial cuidar, contribuindo para a destruição de um *ethos* médico.

Na sua dissertação de doutoramento, a Benedita considera que é constitucionalmente legítimo “pôr termo à vida em situações de grande sofrimento”¹⁷⁵. Tem o cuidado de distinguir eutanásia ativa e suicídio para efeitos de exclusão da segunda do âmbito da renúncia a direitos, na medida em “que esta pressupõe uma relação intersubjetiva”¹⁷⁶, mas não avança com uma diferença de tratamento entre eutanásia e ajuda ao suicídio. Sabe bem quais são as minhas posições na matéria¹⁷⁷: recuso as duas figuras e, para além das dimensões sistémicas, mobilizo o princípio da autonomia. Não se trata do argumento tradicional de possibilidade da vontade poder ser viciada por um terceiro (refere-se a questão das heranças, por exemplo) – para a garantia da liberdade mobilizam-se dimensões procedimentais e organizacionais e sabe-se que, na vida, não há soluções perfeitas¹⁷⁸; também não é a questão clássica de saber se em condições de dor significativa é possível uma vontade livre,

¹⁷⁴ Enquadrando a prática da eutanásia como um ato médico, sustentando a alteração “radical [d]o [seu] modelo compreensivo” (792), vd., entre nós, o relevante texto de José de Faria COSTA, “O fim da vida e o direito penal”, in AAVV, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 759-807, p. 791-792. A arguição de Castanheira Neves está publicada: António Castanheira NEVES, “Arguição nas provas de agregação do Doutor José Francisco de Faria Costa – Comentário crítico à lição *O fim da vida e o direito penal*”, in António Castanheira Neves, *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. 3, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 607-630.

¹⁷⁵ Benedita MAC CRORIE, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, op. cit., p. 306.

¹⁷⁶ Benedita MAC CRORIE, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, op. cit., p. 38.

¹⁷⁷ Menciona expressamente “Os rostos de Job: tecnociência, direito, sofrimento e vida”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 80, 2004, pp. 137-183.

¹⁷⁸ Ponto em que estamos de acordo: cf. Benedita MAC CRORIE, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, op. cit., p. 305, incluindo a n. 1062, onde cita José de Faria COSTA, “O fim da vida e o direito penal”, op. cit., p. 795, referindo a necessidade de um “rigorossíssimo regime procedimental”.

até porque, felizmente, embora não eliminada, houve progressos espantosos nas últimas décadas. O problema aqui é o de saber se, havendo esta saída no universo de possibilidades oferecidas, ao menos em certas circunstâncias a pessoa não poderá sentir que tem a obrigação de pedir acesso a esta via. Recorde-se uma experiência que, para muitos, não é uma mera construção do pensamento – um doente num hospita, tendo já vivido uma vida longa, vê o impacto das visitas regulares da filha na vida familiar, por exemplo, e acaba por considerar que tem o dever moral de pôr fim à sua vida.

Familiarizados com a língua e a cultura alemãs – aqui incluindo a jurisprudência –, confesso que lendo o Acórdão TC nº 123/2021 e grande parte da discussão, do ponto de vista dogmático, não entendo este tratamento uniforme das figuras. É que se não procedessem as minhas objeções gerais, não teria dúvidas em sustentar, numa perspetiva de autonomia, um tratamento diferenciado da eutanásia e da ajuda ao suicídio. Nem se diga que no caso seminal – Países Baixos (à semelhança do que acontece com alguns países, mas não de outros que têm um peso significativo na nossa dogmática constitucional, paradigmaticamente a Alemanha) –, as duas figuras são admissíveis. É que parte do caminho feito passou por uma medicalização, até em termos de controlo, para além de que nalguns casos dramáticos a incapacidade era tão grande que, por si, a pessoa não tinha condições de executar o ato com que poria fim à vida. Começando por esta última hipótese, tal barreira tecnológica não existe mais, como sublinha Jochen Taupitz¹⁷⁹. Quanto à medicalização, não é preciso abraçar as posições da *Nemesis* médica de Ivan Illich¹⁸⁰ para concluir que estamos perante um ato, no mínimo, suscetível de lesar a autonomia. Acresce que, face a casos de abusos que têm marcado presença no espaço público, a ajuda ao suicídio, em que o último ato é do próprio, é uma garantia não despicienda do sistema¹⁸¹. Aliás, quando

¹⁷⁹ Jochen TAUPITZ, “Diskussion mit dem Fachpublikum: Die interdisziplinäre Pluralität der Meinungen“, in *Assistierter Suizid: der Stand der Wissenschaft: mit einem Kommentar zum neuen Sterbehilfe-Gesetz*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2017.

¹⁸⁰ Ivan ILLICH, *Limites para a medicina: a expropriação da saúde*, Lisboa, Sá da Costa, 1977 (o original chama-se precisamente *Némésis médicale*).

¹⁸¹ Na imprensa não especializada, assinala-se um artigo publicado em *The Guardian*, 18 de janeiro de 2019 (*Christopher de BELLAIGUE*, “Death on demand: has euthanasia gone to far?”), onde se dá conta de alguns casos problemáticos, mas, no que ora nos importa, se pode ler: “Rather than drink the poison or open the drip, 95% of applicants for active life termination in the Netherlands ask a doctor to kill them. In a society that vaunts its rejection of established figures of authority, when it comes to death, everyone asks for Mummy”. Vd. também a menção

se pretende replicar legislativamente entre nós este modelo de indiferença entre as figuras, ele está sob o fogo da crítica nos Países Baixos. E não por via de opositores à morte assistida, mas por quem, defendendo seriamente a autonomia, considera que a eutanásia reproduz a tradicional posição de supremacia do médico. Em termos de gênese, assinala-se o contraste entre o contexto norte-americano e o neerlandês. No caso dos Países Baixos, e sem prejuízo de outras vozes, a classe médica entendeu que havia situações-limite em que o exercício da profissão deveria comportar essa solução, desde que na sequência de um pedido livre do paciente. Diferentemente, nos Estados Unidos, o peso inclinou-se no sentido de ser uma exigência enquadrada no movimento dos direitos do paciente¹⁸².

Repare-se que ainda nos anos 90 do século passado começou a esboçar-se uma defesa da tese segundo a qual a eutanásia devia ter caráter supletivo, sendo de privilegiar a ajuda ao suicídio. Esta orientação foi sustentada pelo próprio *Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskuns* (KNMG) em agosto de 1995, sublinhando a relevância em termos de autodeterminação, mas acabou por não ser observada, sem prejuízo de vozes no sentido da distinção¹⁸³ e dessa posição ter sido reafirmada e reforçada em 2003¹⁸⁴. Contudo, do ponto de vista empírico, a eutanásia continua a ser predominante no panorama dos Países Baixos. Aliás, em caso

à posição de Theo Boer que “Although he supported the 2002 euthanasia law at the time, Boer now regrets that it didn’t stipulate that the patient must be competent at the time of termination, and that if possible the patient should administer the fatal dose themselves”.

¹⁸² Vd. John GRIFFITHS *et al.*, *Euthanasia and law in Netherlands*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 1998, p. 111. Assim, nos Países Baixos, “[t]he issue was legally formulated not so much in terms of what patients have a right to demand as in terms of what doctors are authorized to do”.

¹⁸³ A recusa da diferenciação continuou a ser a posição de H.J.J. LEENEN, *Handboek Gezondheidsrecht, Deel I: Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, 3ª ed., Alphen aan den Rijn, Samsom H.D. Tjeenk Willink, 1994, reconduzindo a questão a uma diversidade de método (pp. 295-296), intravenoso e oral, edição com a qual trabalhei ao preparar a minha dissertação de doutoramento. Na 5ª ed, de 2007 (Houten, Bohn Stafleu Van Loghum), publicada depois da morte de Leenen, que contou com a colaboração de J.K.M. Gevers e J. Legemaate, na p. 346, admite-se que esse tratamento indiferenciado (no original, encontra-se igualização – *gelijkstelling*), assumindo-se que se trata de uma “escolha” (*keuze*), que difere do caminho seguido noutros países, aponta para a necessidade de uma consideração do ponto de vista da autodeterminação (“Vanuit een optiek van zelfbeschikking is hier iets wel voor te zeggen”, p. 346), mas refere que a solução acolhida nos Países Baixos privilegia a “concordância no objetivo e no resultado” (“overeenstemming in doel en resultaat”, p. 346).

¹⁸⁴ Johannes LEGEMAATE, “De wettelijke regeling van levensbeëindiging op verzoek en de inhoud van de zorgvuldigheidseisen”, in J. Legemaate e Robert J.M. Dillmann, *Levensbeëindiging handelen door een arts op verzoek van de patiënt*, 2ª ed., Houten, Bohn Stafleu Van Loghum, 2003, p. 29. Em inglês, vd., por exemplo, John GRIFFITHS, “Physician-assisted suicide in the Netherlands and Belgium”, in Dieter Birnbacher e Edgar Dahl (eds.), *Giving death a helping-hand: physician assisted-suicide and public policy. An international policy*, Dordrecht, Springer, 2008, p. 79.

de incumprimento dos requisitos previstos na legislação, há, no plano sancionatório, uma diferenciação relevante entre a ajuda ao suicídio e a eutanásia em matéria de moldura penal, significativamente mais leve na primeira hipótese¹⁸⁵. Cohen-Almagor refere que, sendo a favor da eutanásia antes de vir estudar o panorama para terras neerlandesas, depois da sua investigação alterou a sua posição, defendendo como regra apenas a ajuda ao suicídio. Escreve: “This is in order to give patients better control over life and death, until the very last moment, and to provide a further mechanism against abuse”¹⁸⁶. Considera apenas duas hipóteses de admissibilidade da eutanásia, ambas de acordo com uma ideia do seu carácter subsidiário: a) nos casos de absoluta impossibilidade de executar o ato por si próprio (paralisia total), situação que já terá sido tecnicamente ultrapassada; b) se o procedimento adotado (tomada de substâncias farmacológicas) de ajuda ao suicídio gerar um arrastamento do processo de agonia¹⁸⁷. Se olharmos para *Voluntary Assisted Dying Act 2017* (entrada em vigor: 19 de junho de 2019), do Estado de Vitória, na Austrália, vemos que a solução é a ajuda ao suicídio, sendo a eutanásia admissível apenas em caso de impossibilidade de autoadministração da substância letal.

Já depois do debate em que nos encontrámos virtualmente, foi publicado, no final de agosto de 2021, um interessante artigo de Wim Graafland contra a eutanásia¹⁸⁸. Este facultativo neerlandês, que participou numa série de atos eutanásicos, entende que a via a seguir é a ajuda ao suicídio, esperando que, no futuro, cesse “o papel ativo central”¹⁸⁹ dos médicos no procedimento de terminar a vida, por, como diz no complemento de título, ser “desnecessário”.

¹⁸⁵ *Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding* (<https://wetten.overheid.nl/BWBR0012410/2021-10-01>), que alterou o Código Penal (*Wetboek van Strafrecht*). Nos termos deste, o artigo 293º/1 prevê uma pena até 12 anos de prisão no caso de eutanásia sem observância do quadro regulatório, mas o artigo 294º/1 estabelece um máximo de 3 anos na hipótese de ajuda ao suicídio. Comentando esta disparidade, lê-se que se trata de traduzir uma diferença de responsabilidade: cf. Henk TEN HAVE e Jos WELIE, *Death and medical power: an ethical analysis of Dutch euthanasia practice*, Open University Press, 2005, 149.

¹⁸⁶ Raphael COHEN-ALMAGOR, *Euthanasia in the Netherlands: the policy and practice of mercy killing*, New York et al., Kluwer Academic Publishers, 2004, p. 180.

¹⁸⁷ Raphael COHEN-ALMAGOR, *Euthanasia in the Netherlands: the policy and practice of mercy killing*, op. cit., p. 180.

¹⁸⁸ Wim GRAAFLAND, “Stop euthanasie en maak ruim baan voor hulp bij zelfdoding: rol van de arts bij levensbeëindiging niet nodig”, *Medisch Contact*, 31.08.2021, disponível em <https://www.medischcontact.nl/nieuws/laatste-nieuws/artikel/stop-euthanasie-en-maak-ruim-baan-voor-hulp-bij-zelfdoding.htm>.

¹⁸⁹ Wim GRAAFLAND, “Stop euthanasie en maak ruim baan voor hulp bij zelfdoding...”, op. cit.

2.2. Cuidados paliativos: entre a disponibilização e a obrigação

O Tribunal Constitucional Federal alemão entendeu que o exercício do direito à autodeterminação no que toca à própria morte, mais exatamente no acesso à ajuda ao suicídio, não deve estar dependente da obrigatoriedade de aceitação de cuidados paliativos¹⁹⁰. Ao contrário do que, *prima facie*, possa parecer, esta leitura não é evidente, se se entender que a ajuda ao suicídio é a *ultima ratio* e que só a experiência destes cuidados, por um período mínimo, permite uma decisão mais informada¹⁹¹. No entanto, a defesa do caráter voluntário da chamada morte assistida pressupõe que estejam asseguradas as alternativas no sistema. Ora, é nuclear a possibilidade de um acesso efetivo aos cuidados paliativos, pelo que não basta a existência de um quadro normativo que os preveja. No caso, é tão ou mais importante essa realização na medida em que se toca no direito à vida que é, pela sua natureza, “tudo ou nada”. Assim, se manifestamente no sistema de saúde português não estiver efetivado o direito de acesso a cuidados paliativos (que, sublinhe-se, deve ser, de facto, garantido, mesmo que continue a ser proibida, como sustento, a “morte assistida”), o Tribunal Constitucional deve considerar inconstitucional o quadro normativo da “ajuda para morrer” (*Hilfe zum Sterben*)¹⁹² na medida em que, desde logo, pode estar em causa a efetiva liberdade de vontade. Neste sentido, em relação ao núcleo duro dos cuidados paliativos, o acesso integra-se na chamada “reserva do necessário”¹⁹³ e não meramente na “reserva do possível”. É que a falta de acesso em tempos adequados pode levar a situações trágicas e não apenas dramáticas, confrontando a pessoa com o dilema de sofrer ou morrer (a pedido). Embora se reconheça uma prerrogativa de avaliação do legislador, ela não se aplica aqui quanto ao referido núcleo. Sustenta-se, pois, o controlo jurisdicional da (in)suficiência de prestações¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Nm. 299. Na doutrina, vd. Friedhelm HUFEN, “Selbstbestimmtes Sterben: Das verweigerte Grundrecht”, *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 71, 2018, pp. 1524-1528, 1526 (nº 4).

¹⁹¹ Sobre a relevância dos cuidados paliativos para evitar “pseudo-escolhas”, vd. a síntese de John KEOWN, *Euthanasia, ethics and public policy: an argument against legalisation*, 2ª ed. (reimp.), Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 293-294.

¹⁹² Que não se confunde com a “ajuda no morrer” (*Hilfe im Sterben*).

¹⁹³ José Carlos Vieira de ANDRADE, “Conclusões”, in AAVV, *Tribunal Constitucional, 35º Aniversário da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp.175-189, 184.

¹⁹⁴ Quanto a este tópico, com outros desenvolvimentos e indicações, vd. João Carlos LOUREIRO, *Constituição, escassez(es) e socialidade(s): entre a(s) realidade(s) e o(s) desejos*, op. cit., esp. pp. 233-235.

No caso português, todos os estudos revelam a claríssima minguada de cobertura em várias regiões do país¹⁹⁵.

A consagrar-se na legislação a possibilidade de recorrer à ajuda ao suicídio, deve ter-se presente que um estudo no Oregão (*Oregon*) revelou que 25% dos pacientes que a pretenderam mudaram a sua opinião e só 10% efetivaram a sua intenção (os restantes foram casos de morte natural)¹⁹⁶.

3. Correndo para o envio: o coração como marco de abertura ao infinito

Peço-lhe desculpa pelo apressado destas linhas, mas aqui na Terra, em tempos de aceleração da “aceleração”, a chamada vida académica está cada vez mais complicada, inundada de burocracias (em muitos casos, verdadeiras “burrocracias”) e, não raro, parecemos o coelho de *Alice no País das Maravilhas*¹⁹⁷ – esse clássico de um grande autor da lógica, Lewis. Além disso, depois de contactar diferentes correios e empresas de logística, nenhuma delas aceitou levar esta carta. Na nossa sociedade de digitalização, o bater das teclas de um computador levou-os a concluir que, imagine, o Céu não existe! Não perceberam as limitações de uma racionalidade tecnológica e instrumental, redutora da identidade e que importa uma razão cordial. Ao invés da miopia dessas empresas, o Nuno e a Francisca sabem, na audácia da sua infância, que há outros mundos: que a sua mamã Benedita, tal como a Senhora Darling de *Peter Pan*, ao arrumar os pensamentos deles¹⁹⁸, soube da existência da Terra do Nunca; que *Alice (no País das Maravilhas)*, de Lewis, ao perseguir

¹⁹⁵ Sobre os cuidados paliativos, vd. Isabel Galriça NETO, *Cuidados paliativos: conheça-os melhor*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2020, que realça que “[i]nfelizmente, em Portugal, neste momento não existem serviços de Cuidados Paliativos credibilizados e suficientes para garantir a equidade dos cidadãos no acesso aos mesmos”; com dados relativos a 2018, considerando as assimetrias em termos de cobertura geográfica, vd. Observatório Português dos Cuidados Paliativos (OPCP), *Relatório de Outono 2019, Cobertura e caracterização das equipas e profissionais das equipas de cuidados paliativos*, dezembro de 2019.

¹⁹⁶ Resultados de um inquérito aos médicos referido por Rivka KARPLUS, “People facing the question of euthanasia: patients, family and friends, healthcare workers”, in T. Devos (ed.), *Euthanasia: searching for the full story. Experiences and insights of Belgian doctors and nurses*, 2021, pp. 49-59, 52. Escreve: “The authors noted that people changed their minds more frequently when the doctor prescribed one or more interventions, among them palliative care, antidepressant medication, social workers, or chaplain services”.

¹⁹⁷ Lewis CARROLL, *Alice no país das maravilhas*, Porto, Público, 2004.

¹⁹⁸ J. M. BARRIE, *Peter Pan*, Porto, Público, 2004, pp. 9-10.

um coelho, pode encontrar, ao entrar numa toca, o caminho para um país onde a rainha representava o arbítrio¹⁹⁹ e não exercia o poder em termos de Estado de direito, contrariamente ao que a mamã sempre ensinou; que um guarda-fatos pode ser a porta para o reino de Nárnia²⁰⁰, encontrando o bom leão, ainda que não possam trazer, como Digory, uma maçã salvífica (a “Maçã da Vida”) para a querida mãezinha²⁰¹; que há plataformas invisíveis a olhos comuns, como a plataforma nove e três quartos de Harry Potter²⁰². Quando forem mais crescidos, podem ler as palavras de *Menina e moça*, de Bernardim Ribeiro²⁰³, e perceber que também nos son(h)os podem encontrar a mãe que os virá amorosamente oscular.

A Benedita, confessada enamorada pelo direito constitucional, prosseguiu, pelas vias teoréticas e dogmáticas, a defesa de uma cultura constitucional que conjugue dignidade e autonomia. Um sonho com a força de uma tradição que também apela para o Céu, não se limitando à aceção com que John Locke²⁰⁴ mobilizou esta ideia no *Ensaio sobre o governo civil*, numa situação-limite: “Se surgir uma controvérsia entre o príncipe e alguns dos seus súbditos quanto a uma matéria em que a lei guarda silêncio, ou não dissipa as dúvidas, e se tratar de um assunto de grande gravidade, penso que o árbitro apropriado para um caso desse género deve ser o conjunto do povo. [Mas] se o príncipe, ou seja quem for que estiver na administração, recusar esse modo de resolução do litígio, então não resta outro recurso senão o apelo ao céu; o uso da força entre pessoas que não reconhecem um superior sobre a terra,

¹⁹⁹ Lewis CARROLL, *Alice no país das maravilhas*, op. cit., Cap. XII, pp. 103-109, nomeadamente o famoso “Cortem-lhe a cabeça!” (p. 109) da Rainha.

²⁰⁰ C. S. LEWIS, *As crónicas de Nárnia, vol. I, O sobrinho do mágico*, Lisboa, Editorial Presença, 2003, 145 (sobre a génese do armário); IDEM, *As crónicas de Nárnia, vol. II, O leão, a bruxa e o guarda-fatos*, Lisboa, Editorial Presença, 2003.

²⁰¹ C. S. LEWIS, *As crónicas de Nárnia, vol. I, O sobrinho do mágico*, op. cit., p. 142.

²⁰² J. K. ROWLING, *Harry Potter e a pedra filosofal*, Lisboa, Presença, 1999, pp. 97-101 (Cap. VI – “A viagem da plataforma nove e três quartos”).

²⁰³ Bernardim RIBEIRO, *Menina e moça*: “em longa noite esteve assim, até que o cansaço do corpo adormeceu aquela parte dos sentidos sobre que tinha poder: sonhos e fantasias ocuparam a outra”, passagem que levou Helder MACEDO (*Do significado oculto da Menina e moça*, 2ª ed, Lisboa, Guimarães Editores, 1999, p. 155) a sublinhar que “[f]oi Bernardim, não [Freud], quem escreveu” essas palavras.

²⁰⁴ Quanto a outras fontes (nomeadamente Algernon Sidney, que não é possível considerar aqui) e à sua receção na cultura norte-americana, pode ver-se John M. KANG, “Appeal to heaven: on the religious origins of the constitutional right of revolution”, *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 18, 2009, pp. 281-326.

ou em condições que não permitem o recurso a um juiz terrestre, constitui propriamente o estado de guerra, no qual o único recurso é apelar ao céu”²⁰⁵.

Nesta carta, o apelo para o Céu é expressão do que, noutra circunstância, chamámos constitucionalismo cenacular²⁰⁶, ou seja, da influência do cristianismo na conformação político-constitucional da cidade. Trata-se, desde logo, de mobilizar imagens que tecem a nossa civilização na esfera pública: recordem-se intervenções de Martin Luther King e a tradição profética. Já sei que alguns torcerão o nariz; contudo, não estamos perante uma reedição de uma qualquer confessionalização do Estado, numa confusão entre o trono e o altar, que esquece a diferença entre Deus e César(es), mas apenas de perceber que há aqui uma cultura que tem importantes dimensões anamnésicas e simbólicas, com uma imagética que não se esgota no interior das igrejas.

Voltando ao envio desta missiva, é difícil explicar à grande máquina postal, ao “sistema”, que aqui o meio é outro: é o bater das asas do coração, na aceção mais profunda da sabedoria bíblica, que nos permite enviar esta carta. Ora, como continuamos com as coordenadas espaço-temporais, consta que dia 15 de dezembro as asas da amizade permitirão fazer chegar ao Céu correspondência condensada em livro. Para não se perder o *postino*, tenho de ficar por aqui. É que nas relações com esse lado, apesar dos sinais em contrário (também na literatura²⁰⁷ – lembremos Dante e a sua *Divina Comédia*), para muitos aqui na Terra vive-se, no que toca ao mundo celestial, absolutamente *insulado*, como se o território se resumisse a uma grande ilha, à maneira da caverna platónica²⁰⁸, sem as ligações da ilha de *O carteiro de Pablo Neruda*.

Na minha secretária virtual, acumulam-se no computador tantas notas que gostaria de discutir consigo, revisitando o seu legado académico.

²⁰⁵ John LOCKE, *Dois tratados do governo civil*, op. cit., p. 392, § 242 [para a tradução tradicional, que se socorre da primeira edição (Londres, 1833) em língua portuguesa (mais precisamente, atualiza a ortografia), traduzida por João Oliveira Carvalho, limitada ao *Segundo Tratado*, vd. John LOCKE, *Ensaio sobre a verdadeira extensão e fim do governo civil*, Lisboa, Edições 70, 1999, p. 181].

²⁰⁶ João Carlos LOUREIRO, “Constituição da República Portuguesa e (con)temporaneidade: entre utopia(s) e apocalipse(s): Lineamenta para um constitucionalismo cenacular”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Afonso Vaz*, Porto, Universidade Católica Editora, 2020, pp. 305-343.

²⁰⁷ Não posso aqui considerar a proposta teopoética de Peter SLOTERDIJK em *Den Himmel zum Sprechen bringen*, 3ª ed., Berlin, Suhrkamp, 2020.

²⁰⁸ Platão é, aliás, um outro estímulo para uma conversa “celestial”, quer sobre o cosmos quer sobre temas da ordenação política: recorde-se, por exemplo, Lothar SCHÄFER, *Das Paradigma am Himmel: Platon über Natur und Staat*, Freiburg/München, Verlag Karl Alber, 2005.

A caminho do XV Encontro de Professores de Direito Público, realizado na sua cidade natal, o Porto, bailando-me na cabeça a música de Rui Veloso e os acordes da guitarra de Carlos Paredes, da “Ribeira até à Foz”, “vendo o casario que se estende até ao mar”, percorro o “rosto de cantaria” que partilhou com o seu marido, Nuno Graça Moura²⁰⁹, espreitando o portfolio arquitetónico. O tema é a digitalização e confesso que apesar dos progressos vertiginosos, ainda não conseguimos encontrar um operador telefónico que permita a ligação entre o Céu e a Terra, ou seja, o problema não é apenas com os correios. Tendo cultivado recorrentemente a dignidade da pessoa humana, gostaria que, em próxima ocasião, considerássemos os desafios dos transumanismos e dos pós-humanismos²¹⁰, a ideia de uma “dignidade pós-humana”²¹¹.

Olhando para a sua história (na verdade, apenas para alguns fragmentos), que agora e neste mesmo volume é-nos contada por Amigas cronistas, com a profundidade de quem, ao contrário de mim, teve o privilégio de a conhecer de uma forma mais intensa, ressalta que a sua não foi a de uma “vida dobrada sobre si própria[,] uma vida morta”²¹². Pelo contrário: transfigurou vida(s) e, como disse José Augusto Mourão no *In Memoriam* a Natália Correia, “[a] morte não é o contrário simétrico da vida: a correlação é entre morte e denúncia do mal”²¹³.

Saudades aqui da Terra, com a estima, admiração e gratidão do
João Carlos Loureiro

²⁰⁹ Informação disponível em <https://www.ulp.pt/pt/docentes/nuno-alencao-brigido-mac-crorie-da-graca-moura>

²¹⁰ João Carlos LOUREIRO, “Sobre(s), trans(ces) y post(r)(e)(s): de la carne del nacimiento al ciber de la fabricación?, *op. cit.*. Considerando uma distinção entre pós- e transumanismo intrínsecos (centrados no desenvolvimento das capacidades individuais) e extrínsecos (relativos a “competências autónomas” não humanas), vd. Jens KERSTEN, “Die Konsistenz des Menschlichen: Post- und transhumane Dimensionen des Autonomieverständnisses”, in Christian Bumke e Anne Röthel (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, pp. 315-352.

²¹¹ Nick BOSTROM, “In defence of posthuman dignity”, *Bioethics*, vol. 19, 2005, pp. 202-214.

²¹² José Augusto MOURÃO, “In Memoriam”, in José Augusto Mourão, *A palavra e o espelho*, Lisboa, Paulinas, 2000, pp. 137-142, p. 141.

²¹³ José Augusto MOURÃO, “In Memoriam”, *op. cit.*, p. 141.

O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO NA CONVENÇÃO MODELO DA OCDE

João Sérgio Ribeiro*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.28>

1. Introdução

Este artigo tem em vista integrar uma obra de homenagem a Benedita Mac Crorie que, para além de ser um ser humano notável, se destacou igualmente no plano jurídico pela obra que desenvolveu na área dos Direitos Fundamentais. Na tentativa de fazer uma ligação às temáticas que sempre foram da sua eleição, será abordado o princípio da não discriminação. Não no modo como se encontra, de forma genérica, normalmente consagrado na legislação de Direito Constitucional, mas no domínio da tributação internacional, mais concretamente, no contexto das convenções sobre dupla tributação que seguem a Convenção Modelo da OCDE (CMOCDE).

* Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho.

A análise começará com uma contextualização genérica do artigo 24º da CMOCDE, seguida de uma alusão aos seus vários números, para retirar daí consequências relevantes para a aplicação dos tratados sobre dupla tributação.

2. A não discriminação na CMODE

O conceito de discriminação é relevante em vários domínios. De um modo geral pode dizer-se que existe discriminação quando casos diferentes são tratados de modo semelhante, ou casos comparáveis são tratados de forma distinta.

Ora, no plano fiscal existirá discriminação quando um sujeito passivo for tratado de forma menos favorável do que outro sujeito passivo ou categoria de sujeitos passivos, não obstante estar(em) nas mesmas circunstâncias, designadamente no que diz respeito à base tributária.

A ideia de não discriminação fiscal no âmbito interno é normalmente considerada no contexto do princípio jurídico-constitucional da igualdade. No domínio do Direito da União Europeia este princípio tem igualmente um papel central, na medida em que se exige num plano mais geral, mas também, com crescente importância na área tributária, que os nacionais dos Estados-Membros não sejam discriminados nos demais Estado-Membros. Esta ideia está patente na proteção das liberdades económicas fundamentais que, como se sabe, têm um papel central na sustentação do mercado interno.

Também a nível internacional, com destaque para as convenções sobre dupla tributação que seguem o modelo da OCDE, o princípio assume grande relevância, estando consagrado no artigo 24º da CMOCDE. A sua história no âmbito das relações fiscais internacionais precede, todavia, o surgimento das próprias convenções¹.

Sem prejuízo dos desenvolvimentos que faremos de forma autónoma dos vários números do artigo citado, gostaríamos, desde já, de evidenciar duas particularidades muito importantes do artigo em causa.

¹ Ver Comentário artigo 24º da CMOCDE, § 6. Surgiu pela primeira vez no domínio das convenções na Convenção do México, de 1943 e na de Londres, de 1946 Nestas convenções o critério de comparação era a residência.

Em primeiro lugar, o artigo não é uniforme no que respeita ao critério em que assenta a proibição de não discriminação. No nº 1 do artigo o critério relevante é o da nacionalidade. No nº 2 são protegidos os apátridas. Nos n.ºs 3, 4 e 5 a proibição da não discriminação volta a ter como base, direta ou indiretamente, o critério que domina na CMOCDE, isto é, o critério da residência.

Por outro lado, a sua aplicação, aliás em sintonia com o que se passa com outras disposições, designadamente as que dizem respeito à cooperação administrativa² e auxílio na cobrança³, aplica-se a qualquer imposto qualquer que seja a sua natureza, constituindo um desvio ao artigo 2º da CMOCDE que limita a convenção aos impostos sobre o rendimento e património⁴. Consequentemente, a proibição de não discriminação tem impacto sobre todo o direito fiscal interno e não unicamente sobre as normas fiscais relativas aos impostos a que se dirige a CMOCDE.

3. A não discriminação em função da nacionalidade

Tal como já foi referido, no artigo 24º, nº 1, a proibição de discriminação por parte dos Estados contratantes assenta, não na condição de residente de um ou de ambos, como na maior parte das disposições da CMOCDE, mas na condição de nacional de um dos Estados contratantes. Isto é, cada Estado contratante está proibido de favorecer os seus nacionais e empresas face aos congéneres do outro Estado contratante, pelo que tem um âmbito de aplicação potencialmente maior⁵. Há, por conseguinte, uma exceção ao que decorre do artigo 1º

Para efeitos de aplicação do artigo 24º, nº 1, é considerado nacional (i) qualquer pessoa singular que tenha nacionalidade ou cidadania desse Estado

² Cf. artigo 26º da CMOCDE.

³ Cf. artigo 27º da CMOCDE.

⁴ Cf. Artigo 26º, nº 6, da CMOCDE.

⁵ Sendo irrelevante que a legislação do Estado da nacionalidade do contribuinte discriminado proporcione uma compensação pela carga fiscal adicional imposto no Estado contratante que o discriminou. Ver, nesse sentido, Paula Rosado PEREIRA, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 208.

contratante; e (ii) qualquer pessoa coletiva, sociedade de pessoas ou associação constituída de harmonia com a legislação em vigor nesse Estado contratante. Verifica-se, conseqüentemente, uma remissão para o Direito Nacional dos Estados contratantes para determinar a condição de nacional.

A condição de residente serve apenas para definir se os nacionais de cada um dos Estados contratantes estarão ou não nas mesmas circunstâncias, não sendo, portanto, condição necessária para que o nacional de um dos Estados contratantes possa ser protegido da discriminação. Na prática isto significa que pode ser protegido ao abrigo de um tratado entre o Estado da sua nacionalidade e outro Estado, sem que seja residente em qualquer um deles.

Decorre do exposto que não são abrangidas pela proibição que decorre deste artigo aquelas situações em que é conferido um tratamento menos favorável aos não-residentes de um determinado país, mesmo que sejam residentes do outro Estado contratante, dado que não estariam nas mesmas circunstâncias. A proibição também não abrangerá os casos em que um determinado país trate um nacional de outro Estado menos favoravelmente do que os seus nacionais, por um motivo que não seja nacionalidade, podendo a discriminação ser aí considerada justificada⁶.

Interessa, portanto, determinar, se os nacionais de um e outro Estado estão nas mesmas circunstâncias, sendo a residência um critério especialmente relevante no momento em que é feito esse juízo. A despeito do domínio do critério da residência, este não é o único que pode ser utilizado.

Outra consequência da aplicação o artigo 24º, nº 1, aí consagrada expressamente é o facto de os nacionais de um Estado contratante que se encontrem na mesma situação não poderem ser sujeitos no outro Estado contratante a qualquer tributação, ou obrigação com ela conexas, diferente, ou mais gravosa, do que aquela a que estejam ou possam estar sujeitos os nacionais desse outro Estado. O juízo de não discriminação refere-se, portanto, não só à tributação propriamente dita, mas também a outra e qualquer obrigação com ela conexas. Esta abertura tem em vista, num plano imediato, abranger

⁶ Diferente é aquela situação em que um nacional de um Estado contratante que aí não reside tenha um tratamento mais favorável do que um não residente, nacional do outro Estado Contratante. Nesta situação é proibida a discriminação. Ver Comentário artigo 24º da CMOCD, § 8.

aquelas situações em que, apesar de a tributação e a taxa serem as mesmas, há, depois, outros detalhes, designadamente a nível de deduções e créditos de imposto que podem, na prática, traduzir-se num nível de tributação totalmente diferenciado; mesmo que aparentemente surja como equivalente. Julgamos que o escopo da não discriminação deve abranger também as próprias obrigações acessórias e as garantias que assistem ao sujeito passivo, sejam estas administrativas ou judiciais.

4. A não discriminação dos apátridas

O artigo 24º, nº 2, estende a obrigação de não discriminação quando estejam em causa apátridas, sendo o critério que justifica a aplicação da convenção o facto de estarem nas mesmas circunstâncias dos nacionais de um dos Estado-contratantes, em especial se forem ambos aí residentes⁷. Um apátrida pode, por conseguinte, invocar proibição de discriminação tanto perante as autoridades do seu Estado de residência, como também perante outro Estado Contratante onde não é residente, mas com o qual o seu estado de residência celebrou o tratado. Não são, por conseguinte, protegidos os apátridas de terceiros Estados, isto é, aqueles que não sejam residentes em algum dos Estados contratantes⁸.

5. A não discriminação dos estabelecimentos estáveis

O artigo 23º, nº 3, estende a proibição de não discriminação aos estabelecimentos estáveis de empresas⁹ exploradas por residentes de outro Estado

⁷ Ver Michael LANG, *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*, 3ª edição, Viena, IBFD/Linde International, 2021, p. 115. Segundo este autor, raramente as convenções sobre dupla tributação contêm disposições com o teor do artigo 22º, nº 2, devido ao facto de uma disposição muito semelhante poder ser encontrada na Convenção sobre o Estatuto do Apátrida, celebrada em Nova Iorque, em 1954.

⁸ Ver Comentário artigo 24º da CMOCDE, § 29.

⁹ O conceito de empresa é suficientemente amplo para que se aplique este artigo também a estabelecimentos estáveis de profissionais independentes. O que, aliás, se impõe nas convenções que não tenham um preceito equivalente ao suprimido artigo 14º da CMODE.

contratante, desde que levem a cabo as mesmas atividades, sendo esta uma condição necessária para que se possa invocar a proibição de discriminação¹⁰.

Apesar de parecer haver aqui uma simples extrapolação do teor do 24º, nº 1, há duas diferenças. A primeira refere-se ao facto de o critério de aplicação da não discriminação não depender do critério da nacionalidade, mas do critério da residência de quem explora a sociedade detentora do estabelecimento estável. O critério de aplicação deste preceito volta, por conseguinte, a estar alinhado com o que justifica a aplicação das demais disposições da CMOCDE.

A segunda diz respeito ao facto de, contrariamente ao 24º, nº 1, que se refere quer à tributação quer a qualquer obrigação com ela conexas, neste número exige-se apenas que a tributação de um estabelecimento estável que uma empresa de um Estado contratante tenha no outro Estado contratante não seja, nesse outro Estado, menos favorável do que a das empresas desse outro Estado que exerçam as mesmas atividades. O exercício da mesma atividade, saliente-se, é um requisito incontornável para que o preceito possa ser aplicado.

Ora, a exigência de que a tributação não seja menos favorável é muito menos estrita do que a que resulta do 24º, nº 1, permitindo, nos termos do comentário ao artigo, que a tributação seja diferente, designadamente a nível da taxa¹¹, não estando esta circunstância coberta pela obrigação de não discriminação. O próprio artigo adita que o seu teor não pode ser interpretado no sentido de obrigar um Estado contratante a conceder aos residentes do outro Estado contratante as deduções pessoais, abatimentos e reduções para efeitos fiscais em função do estado civil, ou encargos familiares, concedidos aos seus próprios residentes. Embora, como é óbvio, o possa fazer¹². Não existe é qualquer obrigação nesse sentido que decorra da CMOCDE.

Num plano diferente parecem estar as deduções de despesas, gastos relativos a depreciações, transferência de reservas, compensação de perdas e isenção da participação relativa ao pagamento de dividendos¹³, cujas condições

¹⁰ Ver Comentário artigo 24º da CMOCDE, § 35.

¹¹ Ver Comentário artigo 24º da CMOCDE, § 37.

¹² Ver Comentário artigo 24º da CMOCDE, § 36.

¹³ Ver, neste sentido, Kevin HOMES, *International Tax Policy and Double Tax Treaties*, 2ª edição, Amesterdão, IBFD, 2014, p. 425. Ver ainda Comentário artigo 24º da CMOCDE, § 40 e ss.

de aplicação não podem ser discriminatórias relativamente ao estabelecimento estável.

Por fim, importa frisar que, apesar de esta disposição ter subjacente a definição do artigo 5º da CMOCDE, a disposição em causa, entendemos, não se limita às situações que tenham a ver com o artigo 7º da CMOCDE.

6. A não discriminação relativamente a pagamentos feitos a residentes de outro Estado contratante

O artigo 24º, nº 4, assegura que os juros, royalties e outras importâncias pagas por empresas de um Estado contratante serão deduzidas, para efeitos de determinação do lucro tributável de tais empresas, nas mesmas condições, quer tenham sido pagas a residentes nesse Estado contratante quer a residentes do outro Estado contratante. Isto é, não pode haver discriminação em função de quem recebe os pagamentos. De igual modo, quaisquer dívidas de uma empresa de um Estado contratante, a um residente do outro Estado contratante, serão dedutíveis para o efeito de determinar o património tributável dessa empresa, nas mesmas condições em que seriam se fossem contraídas junto de um residente do primeiro Estado mencionado.

O que foi referido está limitado, no entanto, pelo que decorre dos artigos 9º, nº 1, 11º, nº 6, e 12º, nº 4, da CMOCDE, que permitem ajustamentos em situações em que existam relações especiais entre empresas e seja necessário assegurar o princípio da independência.

7. A não discriminação relativamente à residência do acionista de uma empresa de um Estado contratante no outro Estado contratante

Decorre do artigo 24º, nº 5, a proibição para o Estado contratante de que as empresas cujo capital seja detido ou controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes do outro Estado contratante não fiquem sujeitas, no Estado primeiramente mencionado, a qualquer tributação, ou obrigação com ela conexas, diferente, ou mais gravosa, do que aquelas a que estejam ou possam estar sujeitas as empresas similares desse

primeiro Estado. Esta disposição proíbe, portanto, a discriminação com base na residência do acionista no outro Estado contratante.

8. Conclusão

Denota-se que o princípio da não discriminação tem, de facto, um grande impacto, não se circunscrevendo ao domínio dos direitos fundamentais, na medida em que atinge áreas aparentemente menos propensas à sua afirmação, como seria a do direito fiscal internacional. Verifica-se, porém, que também aí, especialmente no âmbito das convenções sobre dupla tributação, a ideia de não discriminação revela um vigor não antecipado. Esta pujança ficou demonstrada, não só pela abrangência do princípio, que toca desde nacionais, apátridas, estabelecimentos estáveis, e até empresas pelo simples facto de serem detidas por residentes, mas, sobretudo, por se transcender o escopo da convenção, potenciando a aplicação do princípio de modo a abranger qualquer imposto, independentemente de estar fora do âmbito de aplicação da maior parte das disposições da CMOCDE.

Este inegável impacto prova, por consequência, que os direitos fundamentais cultivados pela querida colega, não têm fronteiras e as barreiras da divisão dos vários ramos do direito são, também no âmbito da não discriminação, uma mera ficção.

ALGUMAS QUESTÕES EM TORNO DO DIREITO DISCIPLINAR MILITAR: UM NECESSÁRIO (E) EXIGENTE DIÁLOGO ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO

João Vilas Boas Pinto*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.29>

1. Ponto de Ordem

O texto que apresentamos não pode deixar de atender ao propósito principal que serve: homenagear alguém que sempre se dedicou com particular vigor e entusiasmo ao Direito Constitucional e, em especial, aos Direitos Fundamentais. Nesse sentido, procurámos eleger um tema que, sem se apartar do nosso *locus* natural, nomeadamente da nossa área principal de investigação, colocasse em evidência uma realidade insofismável: a intrínseca relação e o exigente diálogo entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional,

* Assistente Convidado da Escola de Direito da Universidade do Minho e Investigador do JusGov. Doutorando em Ciências Jurídicas Públicas (Bolsheiro da FCT) (jpinto@direito.uminho.pt).

porquanto a constitucionalização do Direito Administrativo constitui inegavelmente um dos seus hodiernos traços identitários¹.

E, se não raras as vezes, a relação entre ambos é ilustrada pela contra-posição da afirmação de Otto Mayer, “o Direito Constitucional passa e o Direito Administrativo permanece”², àquela cunhada por Fritz Werner, “o Direito Administrativo é Direito Constitucional concretizado”³, a verdade é que um entendimento atual da relação entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo não nos parece que possa estribar-se em termos absolutos numa ou noutra conceção. Com efeito, se da primeira é possível extrair a ideia de que o Direito Administrativo, ainda que não possa desligar-se do Direito Constitucional, existe em termos relativamente independentes face a este, e se da segunda que todo o Direito Administrativo deriva do Direito Constitucional, a verdade é que, não deixando o Direito Constitucional de modelar o Direito Administrativo⁴, também não prescinde deste para assegurar a efetividade das normas constitucionais, a ponto de, como bem refere Paulo Otero, se assistir a uma “paralela ‘dependência administrativa’ do Direito Constitucional”⁵.

Destarte, a relação entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo é, simultaneamente, de dependência e complementaridade, de tal modo que o protagonismo conferido pela Constituição ao poder administrativo só pode compreender-se na medida em que este se encontre ao serviço da ordem valorativa constitucional⁶. Por conseguinte, não é possível obnubilar quer a ideia de indisponibilidade dos direitos fundamentais

¹ Neste sentido, José Manuel Sérvulo CORREIA, “O direito administrativo atual: Traços identitários”, in Maria Lúcia Amaral (org.), *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2016, p. 883.

² OTTO MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I., 3ª edição, Berlim, Duncker&Humblot, 1924.

³ FRITZ WERNER, *Verwaltungsrecht als Konkretisiertes Verfassungsrecht*, DVBl, 1959, p. 527.

⁴ Cf. José Manuel Sérvulo CORREIA e Francisco Paes MARQUES, *Noções de Direito Administrativo*, vol.1, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2021, p. 103.

⁵ PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 4ª reimpressão da edição de 2003, Coimbra, Almedina, 2019, p. 28. No mesmo sentido, Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, 2003, p. 16. E no sentido de recusa da “transitoriedade do direito administrativo” face ao direito constitucional, cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO, “O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 706.

⁶ Cf. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública...*, op. cit., p. 32.

face à atuação dos poderes públicos⁷, qual epicentro do Estado de Direito Democrático, quer a força irradiante do princípio da tutela jurisdicional efetiva, compreendido à luz dos seus instantes normativos (direito de acesso aos tribunais; direito a uma decisão judicial segundo um processo equitativo e em prazo razoável; direito à efetividade das sentenças proferidas)⁸.

Em face do exposto, cremos que um dos segmentos onde mais se evidencia a relação simbiótica, inclusive com episódios bastantes inquietantes, entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo é precisamente o Direito Administrativo Sancionatório⁹. Nesse quadro, o Direito Disciplinar Militar, evidenciando-se justamente pelas plúrimas exceções às regras gerais aplicáveis a outros direitos disciplinares¹⁰ – pense-se, no imediato, na inserção da prisão disciplinar no seu catálogo –, merece-nos aqui especial atenção enquanto (também) palco privilegiado para a aproximação dialógica que se defende.

Mais do que alcançar respostas definitivas, procurar-se-á sobretudo apontar os principais problemas e inquietações em torno do Direito Disciplinar Militar e interrogar sobre alguns possíveis caminhos. Não se ignorando que o conceito de Militares das Forças Armadas é distinto do de Funcionários das Forças Armadas¹¹, as menções ao longo do texto, não obstante referência diversa, reportam-se unicamente ao poder disciplinar exercido sobre os militares das Forças Armadas, poder esse também exercido sobre as forças da Guarda Nacional Republicada (GNR) que se encontrem

⁷ Para maiores desenvolvimentos, vd., entre nós, Jorge Reis NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, Lisboa, AAFDL Editora, 2017, pp. 49 e ss.

⁸ Cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2003, especialmente pp. 491-505. Especificamente sobre a segunda dimensão apontada, vd. Isabel Celeste M. FONSECA, *Processo Temporalmente Justo e Urgência. Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

⁹ Vd. Isabel Celeste M. FONSECA (coord.), *Direito Administrativo Sancionatório. Um Problema e Muitos Desafios*, Coimbra, Almedina, 2022; e Miguel Prata ROQUE, “O Direito Sancionatório Público enquanto bisbetrix (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – A propósito de alguma jurisprudência constitucional”, *Revista de Concorrência e Regulação*, vol. 4, nº 14, 2013, pp. 105-173.

¹⁰ Realidade não exclusiva do ordenamento jurídico português. Por exemplo, em Espanha, vd. Fabio PASCUA MATEO, “Fuerzas Armadas y Guardia Civil, Regime Disciplinario”, in Blanca Lozano Cutanda (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 493-500.

¹¹ Estes são sobretudo os dirigentes de estruturas administrativas e os funcionários civis das Forças Armadas.

na dependência operacional do Chefe do Estado-Maior-General das Forças Armadas¹².

Se a memória diminui quando o interesse diminui (J. Goethe), parece-nos que quer a louvável iniciativa deste *Liber Amicorum*, quer o interesse incessante que o diálogo entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional provoca no jus publicista (e não só), provam que a memória da Professora Doutora Benedita Mac Crorie não só não se enegreceu como inspiradamente continua a alimentar quem por esta seara se aventura.

Aqui fica, portanto, o nosso modesto tributo à sua memória.

2. O Direito Disciplinar Militar como Direito Administrativo Sancionatório

O direito disciplinar, mormente o direito disciplinar exercido sobre os funcionários públicos¹³, constitui uma inconcussa e tradicional modalidade do poder administrativo sancionatório¹⁴. Por assim ser, estranhamente se denota alguma falta de atenção que, nos últimos tempos, lhe tem sido reservada, sobretudo se se considerarem específicos domínios, como seja o poder disciplinar exercido em estabelecimentos prisionais (direito disciplinar penitenciário) e o poder disciplinar exercido sobre os militares das forças armadas (direito disciplinar militar)¹⁵.

¹² Cabe recordar que, nos termos da Lei nº 63/2007, de 6 de novembro, que aprova a orgânica da GNR, designadamente do artigo 1º, nº 1, a GNR é uma força de segurança de natureza militar, constituída por militares organizados num corpo especial de tropas e dotado de autonomia administrativa. E, nos termos da Lei nº 66/2014, de 28 de agosto, que aprovou as alterações ao Regulamento de Disciplina da GNR, designadamente do artigo 1º, nº 5, uma vez colocada a Guarda na dependência operacional do Chefe do Estado-Maior-General das Forças Armadas, nos termos previstos na Lei Orgânica da Guarda, os seus militares ficam sujeitos ao Regulamento de Disciplina Militar.

¹³ Para maiores desenvolvimentos, vd. Ana Fernanda NEVES, *O Direito Disciplinar da Função Pública*, 2 volumes, Lisboa, FDUL, 2007. Para uma interessante perspetiva atual, vd. Miguel Lucas PIREZ, *Confronto entre o Regime do Emprego Público e o Regime Laboral Privado*, Coimbra, Almedina, 2021, especialmente pp. 233-238.

¹⁴ Cf. Diogo Freitas do AMARAL, “O poder sancionatório da Administração Pública”, in Diogo Freitas do Amaral et al. (coords.), *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2008, p. 218. No mesmo sentido, Isabel Celeste M. FONSECA, “Das infrações administrativas e do ato administrativo sancionatório: uma leitura”, in Isabel Celeste M. Fonseca (coord.), *Direito Administrativo Sancionatório. Um Problema e Muitos Desafios*, Coimbra, Almedina, 2022, p. 37.

¹⁵ Não obstante, cumpre dar denota de algumas obras a eles dedicadas, dos quais se destaca: quanto ao primeiro, vd. Joaquim António Lourenço BOAVIDA, *Direito Disciplinar Penitenciário*, Coimbra, Almedina, 2017; quanto ao segundo, vd. Jorge Bacelar GOUVEIA, *Defesa Nacional e Forças Armadas. Uma perspetiva do Direito Militar da Segurança em Estado Constitucional Democrático*, Coimbra, Almedina, 2022, especialmente pp. 203-211; AAVV,

É certo que a diversidade de regimes estatutários acarreta justamente a heterogeneidade desta categoria sancionatória cifrada como Direito Disciplinar (Público) – em rigor, não só dela¹⁶ -, de tal modo que não é possível a equiparação, por exemplo, do regime estatutário de um militar com o regime estatutário de um funcionário público civil¹⁷. Mas tal variável não significa, segundo se professa, que a lógica (administrativa) sancionatória não seja uma e transversal a todas as modalidades ou categorias do Direito Administrativo Sancionatório, incluindo naturalmente o Direito Disciplinar¹⁸. O que com isto queremos significar é que uma compreensão atual do Direito Disciplinar não se compadece com uma visão puramente organizacional e assente numa mera referência a deveres funcionais, o mesmo é dizer, que a ligação do indivíduo ou indivíduos a dada instituição não justifica, por si só, a existência do poder disciplinar¹⁹. Aliás, no que ao poder disciplinar militar respeita, as disposições do Regulamento de Disciplina Militar (RDM)²⁰ são aplicáveis independentemente da situação e da forma de prestação de serviço pelos militares das Forças Armadas, mesmo que estes se encontrem no exercício de funções fora da estrutura orgânica das Forças Armadas²¹ e abarcando, inclusivamente, a sua vida privada²².

Direito Militar – Função Militar e Justiça Militar, Coimbra, Almedina, 2019, com capítulo reservado ao Direito Disciplinar Militar; Jorge Bacelar GOUVEIA e Sofia SANTOS (coord.), *Enciclopédia de Direito e Segurança*, Coimbra, Almedina, 2015.

¹⁶ Também manifestamente evidente, por exemplo, no direito contraordenacional. Assim, por todos, Augusto Silva DIAS, *Direito das Contra-Ordenações*, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 31-35.

¹⁷ Aludindo precisamente à diferença, apagada frequentemente pela transferência sistemática dos princípios disciplinares, José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 466.

¹⁸ Cf. Isabel Celeste M. FONSECA, “Das infrações administrativas e do ato administrativo sancionatório...”, op. cit., especialmente pp. 33-46. Também no sentido da integração do poder disciplinar no poder administrativo sancionatório, ainda que num sentido mais restrito ao do texto, vd. Ana Celeste CARVALHO, “Os Procedimentos Disciplinares na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas”, in Pedro Fernández Sánchez e Luís M. Alves (orgs.), *O Regime Disciplinar dos Trabalhadores em Funções Públicas, Advogados e Magistrados Judiciais*, Lisboa, AAFDL Editora, 2020, p. 24.

¹⁹ Neste sentido, por todos, vd. Inês Ferreira LEITE, *Ne (Idem) Bis in Idem. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: Contributo para a racionalidade do poder punitivo público*, vol. I, Lisboa, AAFDL Editora, 2016, pp. 373-383, e bibliografia aí citada.

²⁰ Aprovado pela Lei Orgânica nº 2/2009, de 22 de julho.

²¹ Cf. artigo 5º, nº 1, do RDM.

²² No sentido de que os deveres militares são “essencialmente de natureza pessoal associados à condição militar”, vd. Vítor Gil PRATA, “Disciplina Militar”, in Jorge Bacelar Gouveia e Sofia Santos (coords.), *Enciclopédia de Direito e Segurança*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 167.

De igual modo, discordamos que o fundamento do Direito Disciplinar, como categoria ou modalidade sancionatória, resida na relação hierárquica²³, isto é, que o poder disciplinar não possa ser autonomizado do poder hierárquico, pese embora, no que à disciplina militar concerne, não ser, de facto, possível ignorar um conexão mais intensa²⁴, o que poderá denotar que neste particular contexto se logre reconhecer a hierarquia como necessária, mas não suficiente para fundar tal poder.

Assim, sendo certo que os militares das Forças Armadas estão adstritos a um conjunto específico de deveres, congénitos à específica função que prosseguem – cabendo aqui recordar especialmente a proteção de bens e valores constitucionais fundamentais²⁵ – e, ainda que à condição militar se justaponham restrições de direitos fundamentais²⁶, o poder disciplinar sobre eles exercidos não pode deixar de mirar a sua condição humana²⁷, pois a condição militar, sendo um estatuto (muito) especial, não é, como bem lembra Gomes Canotilho, “uma ordem extraconstitucional mas sim um estatuto heteronomamente vinculado, *devendo encontrar o seu fundamento na Constituição* (ou estar pelo menos pressuposto)”²⁸.

Segundo o entendimento que sufragamos, a sanção disciplinar, como toda a sanção administrativa, consiste numa “medida punitiva prevista em ato normativo, que só pode ser aplicada diretamente pela Administração Pública no âmbito das suas relações jurídicas gerais e especiais, a quem, com

²³ Posição perfilhada, entre outros, por José Manuel Sérvulo CORREIA e Francisco Paes MARQUES, *Noções de Direito Administrativo*, op. cit., p. 400. Em sentido contrário, por todos, vd. Diogo Freitas do AMARAL, *Conceito e Natureza do Recurso Hierárquico*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2005, especialmente pp. 56 e 57.

²⁴ Nos termos do artigo 1º, alínea d), da Lei nº 11/89, de 1 de junho, que aprova a Lei de Bases Gerais do Estatuto da Condição Militar, a condição militar caracteriza-se pela subordinação à hierarquia militar, nos termos da lei.

²⁵ Cf. Jorge Bacelar GOUVEIA, *Defesa Nacional e Forças Armadas...*, op. cit., p. 150.

²⁶ Cf. artigo 270º da CRP.

²⁷ Tomando de empréstimo as palavras de Jorge Reis NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana*, vol. I (Dignidade e Direitos Fundamentais), 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2018, p. 178, “assumimos o valor dignidade como base da construção da relevância e da indisponibilidade dos direitos fundamentais”. Isto porque, como ilumina o Autor, a dignidade humana “tem como núcleo essencial caracterizador [todo] o mesmo conjunto de princípios ou de elementos que estruturam a relação entre o Estado e os cidadãos e que, em consequência, também fundamentam [a] existência de um catálogo típico de direitos fundamentais”, de entre os quais se destaca, entre outras, a ideia de “respeito e consideração dos interesses de cada pessoa, da sua vida, da sua autonomia, liberdade e bem-estar” e “a ideia da pessoa como fim e não como mero meio ou instrumento de realização dos interesses de outros” (pp. 61-62).

²⁸ José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 467 (itálico no original). Sobre esta realidade, transposta em específico para o domínio administrativo sancionatório, vd. Artur Flaminio da SILVA, *Estudos de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 23-26, bem como biografia aí citada.

negligência ou dolo, sem justificação, deixe de cumprir um dever administrativo certo e determinado juridicamente”²⁹ ³⁰. Ora, ultrapassada que está a questão da integração das Forças Armadas na Administração Pública³¹, desde logo porque a Constituição expressamente assim o reconhece³², sendo pois a disciplina militar um dos elementos que compõe a função militar³³, as sanções disciplinares militares, ainda que recheadas de peculiaridades, não se furta àquela lógica, pelo que outra conclusão parece não resultar senão que o Direito Disciplinar Militar - como Direito Disciplinar Público que é³⁴ – incrusta-se no Direito Administrativo Sancionatório.

3. Duas (e tantas) questões suscitadas pelo Direito Disciplinar Militar

3.1. As impugnações administrativas no âmbito da disciplina militar e o Código do Procedimento Administrativo: entre avanços e recuos, ainda a inquietação

Com a revisão de 2015 do Código do Procedimento Administrativo (CPA), o legislador refreou a contenda doutrinal e jurisprudencial em torno da previsão legal das impugnações administrativas necessárias³⁵. Com efeito, encontra-se hoje expressamente aclarado no artigo 185º do CPA que as reclamações e os recursos são necessários ou facultativos, conforme dependa, ou não, da sua prévia utilização a possibilidade de acesso aos meios contenciosos

²⁹ Isabel Celeste M. FONSECA, “Das infrações administrativas e do ato administrativo sancionatório...”, *op. cit.*, p. 26. Sendo certo que o RDM inclui no Título III, referente às Medidas Disciplinares, um Capítulo dedicado às Recompensas (Capítulo I), isto é, a medidas premiais, cumpre ressaltar que não consideramos estas medidas como verdadeiras sanções, no sentido que se tem vindo a empregar no texto.

³⁰ No sentido de que o direito disciplinar é direito punitivo, *rectius* direito administrativo sancionatório, vd., entre outros, Inês Ferreira LEITE, *Ne (Idem) Bis in Idem...*, *op. cit.*, especialmente pp. 373, 387-388; Miguel Prata ROQUE, *O Direito Sancionatório Público enquanto bisetris (imperfeita)...*, *op.cit.*, especialmente pp. 115-116.

³¹ Como esclarece Jorge Bacelar GOUVEIA, *Defesa Nacional e Forças Armadas...*, *op. cit.*, p. 184, “Em termos de teoria da organização administrativa, as Forças Armadas apresentam-se como um serviço administrativo, sem personalidade jurídica, integrado na Administração Direta do Estado, a referida Administração Militar” (itálico no original).

³² Cf. artigo 199º, alínea d), e artigo 270º, este inserido no Título IX (Administração Pública).

³³ Cf. Jorge Bacelar GOUVEIA, *Defesa Nacional e Forças Armadas...*, *op. cit.*, p. 154.

³⁴ Cf. Jorge Bacelar GOUVEIA, *Defesa Nacional e Forças Armadas...*, *op. cit.*, p. 203.

³⁵ No sentido da inconstitucionalidade do recurso hierárquico necessário, vd., por todos, Vasco Pereira da SILVA, *Em busca do ato administrativo perdido*, Coimbra, Almedina, 1996, pp. 667 e ss. Em diverso sentido, vd., por todos, José Carlos Vieira de ANDRADE, “Em defesa do recurso hierárquico”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 0, novembro-dezembro de 1996, pp. 18-20.

de impugnação ou condenação à prática de ato devido (nº 1), sendo certo que a regra é a de que têm carácter facultativo, salvo se a lei os denominar como necessários (nº 2).

O quadro normativo descrito pouca inquietação suscitaria atualmente não fosse o esforço hermenêutico a que obriga, designadamente por força da articulação do Decreto-Lei nº 4/2015, de 7 de janeiro, que aprova o CPA em vigor, com os regimes especiais, de que é paradigmático exemplo o Regulamento de Disciplina Militar. Vejamos.

Nos termos do artigo 30º do RDM, constituem sanções disciplinares³⁶, por ordem crescente de gravidade, a repreensão, a repreensão agravada, a proibição de saída, a suspensão de serviço e a prisão disciplinar, sendo que, além dessas, aos militares em regime de voluntariado ou de contrato poderá ser aplicada a cessação compulsiva desses regimes e aos militares dos quadros permanentes nas situações do ativo ou de reserva a sanção de reforma compulsiva e a sanção de separação de serviço.

No que convém à presente análise, importa sobretudo atender aos meandros das opções sistemáticas do legislador. Assim, nos termos do artigo 51º, nº 1, do RDM, as sanções disciplinares militares são cumpridas logo que expirado o prazo para a interposição do recurso hierárquico sem que este tenha sido apresentado ou, tendo-o sido, logo que lhe seja negado provimento, disposição não aplicável, conforme preceitua o nº 2, às sanções de repreensão e de repreensão agravada, cujo cumprimento é imediato à decisão que as aplica. Mas as singularidades, e consequentes inquietações, não se quedam por aqui.

Nos termos do artigo 123º, nº 2, o recurso hierárquico interposto suspende a decisão recorrida, com exceção daquele em que a decisão recorrida seja a aplicação de repreensão ou de repreensão agravada. Se lançássemos mão do critério interpretativo que o legislador consagrou no artigo 3º, nº 1, designadamente na alínea c), do Decreto-Lei nº 4/2015, poder-se-ia deduzir que, na medida em que da utilização do recurso resulte a suspensão da eficácia da

³⁶ Pese embora o legislador sempre se referir a “penas”, preferimos a expressão “sanção”, por forma a distinguir as duas vertentes sancionatórias do Direito Militar: o direito (administrativo) disciplinar militar e o direito penal e processual penal militar.

decisão, daí seguiria a sua qualificação como necessário³⁷, o que equivaleria a deduzir que a maioria dos recursos hierárquicos das decisões sancionatórias teria natureza necessária, operando a suspensão dos seus efeitos, por oposição aos recursos das decisões que aplicassem as sanções de repreensão e de repreensão agravada, que teriam natureza facultativa, porquanto não se opera a suspensão dos seus efeitos. Essa interpretação seria, todavia, incauta, visto que o legislador do RDM estatui, no artigo 121º, nº1, que das decisões em matéria disciplinar – não as distinguindo como o faz nos restantes preceitos, pelo que se acredita englobar todas as decisões que apliquem sanções disciplinares – cabe reclamação e ou recurso hierárquico necessário, não consagrando exceções, sendo certo que a reclamação é sempre facultativa (nº 3).

Da conjugação dos referidos preceitos resulta a conclusão de que, à luz do Regulamento, todos os recursos hierárquicos interpostos das decisões que apliquem sanções disciplinares militares têm natureza necessária, mas apenas aqueles que não digam respeito às sanções de repreensão e de repreensão agravada suspendem a eficácia da decisão recorrida.

Depreende-se cristalinamente do exposto que a opção sistemática do legislador do RDM encontra-se duplamente em contraciclo com aquela introduzida pelo legislador do CPA. Dir-se-ia, à primeira vista, compreensível, na medida em que esta é posterior àquela. Mas, como lembra alguma doutrina, não se trata de uma questão meramente temporal, mas normativa³⁸, *rectius* de controlo da validade normativa. Na verdade, o RDM é aprovado por uma lei orgânica, qual ato legislativo com valor reforçado³⁹. Este não deve ser um aspeto a depreciar, uma vez que o Decreto-Lei nº 4/2015, designadamente os nºs 3 e 4 do artigo 3º, se posiciona aparentemente em rota de colisão com as disposições do RDM, ao estabelecer que as impugnações administrativas necessárias previstas em legislação existente à data da entrada em vigor do Decreto-Lei têm sempre efeitos suspensivos da eficácia do ato impugnado,

³⁷ Sobre esta “*consunção* da classificação através do seu efeito”, Jorge Silva SAMPAIO e José Duarte COIMBRA, “Os procedimentos administrativos de segundo grau no CPA”, in Carla Amado Gomes *et al.* (coords.), *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, vol. II, 5ª edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2020, p. 754, nota 26.

³⁸ Vd., por todos, Luís Sousa da FÁBRICA, “O Direito Disciplinar Militar”, in AAVV, *Direito Militar – Função Militar e Justiça Militar*, Coimbra, Almedina, 2019, especialmente pp. 117-122.

³⁹ Cf. artigo 112º, nº 3, da CRP.

cominando com a revogação as disposições com esta incompatíveis. E este é o âmago da questão.

Como elucida Carlos Blanco de Moraes, a noção constitucional de lei com valor reforçado, adotada pela Revisão Constitucional de 1997, pauta-se pela “*intenção pragmática* de criar um bloco composto por leis de regime heterogéneo que pudessem funcionar como padrão de controlo de legalidade de outras leis”⁴⁰. Destarte, as leis orgânicas constituem leis reforçadas em sentido próprio, isto é, leis que são reforçadas pelo procedimento. O seu valor normativo assenta, portanto, em “elementos constitutivos orgânico-formais (reserva parlamentar exclusiva associada a um procedimento agravado)”⁴¹. Não obstante, a Lei nº 2/2009, reconduzindo-se à previsão da alínea d) do artigo 164º, da Constituição, é também uma lei materialmente paramétrica de outros atos legislativos, o que significa, em rigor, a sua qualificação como duplamente reforçada⁴². A relevância dessa qualificação para o contexto em análise fica demonstrada pelo facto de uma lei orgânica, como aquela que está em causa, escapar às “relações de pura lateralidade impostas pelo regime reforçado destas leis”⁴³.

Consequentemente, se uma lei orgânica não pode remeter para uma lei não orgânica certas regulações normativas que estão constitucionalmente compreendidas no âmbito da primeira⁴⁴, para a presente análise nem sequer será necessário questionar se o valor paramétrico da lei orgânica se circunscreve às normas estruturantes da regulamentação ou se, pelo contrário, absorve todas as suas normas, importando somente aferir se a regulação normativa da natureza do recurso hierárquico e do efeito suspensivo em matéria de disciplina militar constituirá ou não uma base geral, pois esse é, no domínio

⁴⁰ Carlos Blanco de MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, tomo I (Lei e Sistema Normativo), Coimbra, Almedina, 2022, p. 210 (itálico no original).

⁴¹ Carlos Blanco de MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 216.

⁴² Assim mesmo, Carlos Blanco de MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, *op. cit.*, pp. 223-224. Conforme a definição do Autor, as leis duplamente reforçadas “são portadoras, em razão do seu procedimento agravado, de uma maior rigidez do que a legislação comum e, simultaneamente, vinculam materialmente o conteúdo de outras leis” (p. 217).

⁴³ Carlos Blanco de MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 223. Em sentido próximo, assinalando esta exceção à “reserva total” de lei orgânica, José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, p. 751.

⁴⁴ Cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, p. 751.

concreto em causa, o confim da reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República⁴⁵.

Por definição, as “bases constituem normas-diretriz e princípios normativos não exequíveis por si próprios”, não sendo “aptas a produzir efeitos diretos sobre os seus destinatários”⁴⁶. Se bem entendemos, não é isso que sucede com as disposições que se invocaram, porquanto se autoaplicam – isto é, são autoexequíveis –, não comportando qualquer liberdade conformadora ao legislador complementar.

Em síntese, o artigo 51º, nº 2, e o artigo 123º, nº 2, do RDM, não merecem a qualificação como bases gerais, pelo que o imperativo revogatório do Decreto-Lei nº 4/2015 é-lhes aplicável, o que significa que a interposição de recurso hierárquico necessário das decisões que apliquem as sanções de repreensão e de repreensão agravada acarretam a suspensão da eficácia das decisões⁴⁷. Nos termos aqui expostos, os referidos preceitos do Decreto-Lei nº 4/2015 não atentam contra a reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República. Ademais, esta é a solução que, em nosso entender, não só colhe efeito útil, como se mostra adequada às exigências do Estado de Direito Democrático, não se vislumbrando com razoabilidade a possibilidade de o cumprimento das sanções de repreensão e de repreensão agravada, como verdadeiras sanções que são, ser imediato à decisão que as aplicou quando o sujeito sancionado lance mão de um recurso hierárquico, que é necessário e, portanto, pressuposto para o acesso à via contenciosa. Uma visão que rejeite, à luz do quadro atual, uma aplicação diferida dessas sanções, parece, salvo melhor, minorizar, ou até mesmo ignorar, a carga aflitiva e retributiva que essa sanções comportam, esquecendo ainda a possibilidade de, não raras as vezes, poder ser aplicada uma sanção acessória, tão ou mais gravosa do que a principal.

Questão distinta será a de saber se deve o legislador do RDM alterar o regime vigente, alinhando com o espírito que presidiu à reforma do CPA e, bem assim, configurar a regra do recurso hierárquico facultativo das

⁴⁵ Em rigor, uma “reserva de bases gerais ou de enquadramento da reserva parlamentar”. Carlos Blanco de MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 325).

⁴⁶ Carlos Blanco de MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 248.

⁴⁷ Embora o *iter* analítico não seja totalmente coincidente com o que aqui palmilhamos, esta é também a posição de Luís Sousa da FÁBRICA, “O Direito Disciplinar Militar”, op.cit., p. 120.

decisões que apliquem sanções disciplinares. Mas, até esse momento, qualquer decisão que implique o cumprimento imediato das sanções de repreensão e de repressão agravada quando seja interposto recurso hierárquico, que é necessário e com efeito suspensivo da decisão impugnada, será ilegal.

3.2. A tutela cautelar das sanções disciplinares militares e os golpes à tutela jurisdicional administrativa efetiva

Deslocando agora o nosso foco para o contencioso administrativo das sanções disciplinares militares, e designadamente para a tutela cautelar⁴⁸, facilmente damos conta de que as inquietações, apesar de não serem novas⁴⁹, mantêm-se anímica e patologicamente, há cerca de quinze anos, num quadro de soluções de duvidosa constitucionalidade⁵⁰. Estamos a referir-nos enfaticamente à Lei nº 34/2007, de 13 de agosto, que prevê o regime especial da impugnação processual administrativa das sanções aplicadas ao abrigo do RDM, e à Lei nº 79/2009, de 13 de agosto, que a complementa, consagrando a intervenção dos juízes militares e dos assessores militares no Ministério Público junto dos tribunais administrativos.

Atualmente, os tribunais administrativos são os tribunais competentes para julgar os litígios relativos às questões de impugnação das sanções disciplinares militares, seja a título principal ou cautelar⁵¹. Mas o esforço hermenêutico faz-se igualmente sentir, pois as disposições que delimitam a competência dos tribunais administrativos, feita em função da espécie

⁴⁸ Para uma visão alargada da tutela urgente, vd. Isabel Celeste M. FONSECA, *Curso de Direito Processual Administrativo Teórico-Prático*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2021, especialmente pp. 169-194; IDEM, *Processo Temporalmente Justo e Urgência.... op. cit.*; IDEM, *Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar No Processo Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2002.

⁴⁹ Cf. Guilherme da FONSECA, "A Disciplina Militar, o Contencioso Administrativo e os Direitos Fundamentais dos Militares (Breve Reflexão sobre a Lei nº34/2007, de 13 de Agosto)", *Julgar*, nº 3, 2007, pp. 143-146.

⁵⁰ Cf. Mário Aroso de ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, 5ª edição, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 498-500.

⁵¹ Com efeito, após a Revisão Constitucional de 1997, no termos do artigo 213º CRP, os tribunais militares são constituídos apenas durante a vigência do estado de guerra, tendo competência para o julgamento de crimes de natureza estritamente militar. Destarte, o artigo 211º, nº 3, da CRP, prevê que da composição dos tribunais de qualquer instância que julguem crimes de natureza estritamente militar faça(m) parte um ou mais juízes militares, nos termos da lei. Ora, esta é uma questão que também suscita algumas inquietações, uma vez que o artigo 7º da Lei nº 34/2007 e o artigo 3º da Lei nº 79/2009 estipulam a intervenção de juiz militar no contencioso administrativo das sanções disciplinares militares, isto é, num cenário em que não se julgam "crimes estritamente militares". Contudo, admitindo tal solução, Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 155.

(gravidade) de sanção em causa, não encontram correlação com o atual catálogo de sanções disciplinares, alterado pelo RDM vigente. Por conseguinte, à luz de uma interpretação atualista do artigo 6º da Lei nº 34/2007, em conjugação com os artigos 4º, 37º, alíneas d) e e), e 44º, do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF)⁵², e sem prejuízo dos recursos jurisdicionais a que haja lugar, cabe à Secção do Contencioso Administrativo de cada Tribunal Central Administrativo julgar, em 1ª instância, os litígios que envolvam as sanções de proibição de saída, de suspensão de serviço, de reforma compulsiva, de separação de serviço, de cessação compulsiva e, naturalmente, de prisão disciplinar⁵³. Por sua vez, aos Tribunais Administrativos de Círculo cabe julgar os litígios que envolvem as sanções disciplinares de repreensão e de repreensão agravada, bem como os demais atos administrativos previstos e praticados ao abrigo do RDM, como sejam as designadas medidas cautelares.

Para o que aqui convém tratar, a Lei nº 34/2007 consagra no seu artigo 2º que, quando seja requerida a suspensão de eficácia de um ato administrativo praticado ao abrigo do RDM, não há lugar à proibição automática de executar o ato administrativo, prevista no artigo 128º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), solução que nos causa alguma perplexidade, como se o tribunal não fosse capacitado para apreciar, à luz dos vários interesses em causa, o afastamento do efeito suspensivo automático. Para além disso, o artigo 3º dispõe um critério especial, segundo o qual as providências cautelares em matéria de disciplina militar, nomeadamente as que envolvam a suspensão de eficácia de atos de aplicação de penas ou sanções disciplinares, só podem ser decretadas quando haja fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado e seja evidente a procedência da pretensão, formulada ou a formular no processo principal, por se tratar de uma das seguintes situações: i) ato manifestamente ilegal; ii) ato de aplicação de norma já anteriormente anulada; iii) ato materialmente idêntico a outro já anteriormente anulado ou declarado nulo ou inexistente.

⁵² Cf. Carlos CARVALHO, “Contencioso Administrativo das Penas Disciplinares Militares”, in AAVV, *Direito Militar – Função Militar e Justiça Militar*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 126-139.

⁵³ Apenas para convocar um exemplo recente, cf. acórdão do TCA-Sul, proc. nº 37/2022, de 19.05.2022.

Parece-nos, pois, que o critério *periculum in mora* devesse igualmente abarcar o fundado receio da produção de prejuízos de difícil reparação, não se compreendendo como se exclui do critério tal segmento, desde logo, tendo em conta que as providências que mormente envolvem a suspensão de eficácia de atos de aplicação das sanções disciplinares, sendo providências conservatórias, visam precisamente proteger o objeto da causa “perante a transformação que o tempo traz consigo, evitando a consumação de uma lesão”⁵⁴. A fórmula *prejuízos de difícil reparação* possui, desse modo, a virtude de atender quer à dificuldade ou impossibilidade da reintegração no plano dos factos, quer mesmo à impossibilidade de reparação (parcial ou integral) de prejuízos por via da reintegração da legalidade⁵⁵.

Ademais, no que se refere à tutela pré-cautelar, prevista no artigo 4º da referida Lei, o decretamento provisório das providências cautelares de suspensão de eficácia de atos administrativos que apliquem as sanções disciplinares previstas no RDM depende do preenchimento daqueles mesmos critérios, averiguados sumariamente, sendo obrigatoriamente precedido de audição da entidade requerida. Novamente assalta-nos a inquietação.

Em rigor, o decretamento provisório de providência cautelar exige a adoção de uma providência que vigore justamente durante a pendência do processo cautelar, devendo, pois, pressupor quer o risco ou perigo de lesão iminente para os direitos ou interesses do requerente, quer o fundado receio da irreversibilidade da lesão⁵⁶, daí resultando que os critérios para o seu decretamento deverão ser qualificados em comparação com os estabelecidos para o processo cautelar⁵⁷. De igual feição, não se vislumbra justificável a obrigatoriedade de audiência da entidade requerida, quando bastaria consagrar o incidente de levantamento ou alteração da providência provisoriamente decretada, à semelhança do que hoje preceitua o nº 6 do artigo 131º do CPTA.

⁵⁴ Isabel Celeste M. FONSECA, *Curso de Direito Processual Administrativo...*, op. cit., p. 171.

⁵⁵ Cf. Mário Aroso de ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, op. cit., p. 483. Acompanhamos, por conseguinte, as críticas apontadas ao critério da suscetibilidade de avaliação económica dos danos e da reparabilidade por indemnização equivalente.

⁵⁶ Cf. José Carlos Vieira de ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 17ª edição, Coimbra, Almedina, 2019, p. 340.

⁵⁷ Como refere Mário Aroso de ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, op. cit., pp. 465-466, o critério a observar pelo juiz na decisão de decretamento provisório de providências cautelares será o *periculum in mora*, mas que terá de ser qualificado, “na medida em que não toma por referência a morosidade do processo principal, mas a morosidade do próprio processo cautelar”.

A Lei nº 79/2009, por seu turno, prevê no artigo 4º que, nos processos abrangidos pela Lei nº 34/2007, haja lugar a intervenção dos assessores militares do Ministério Público junto dos tribunais administrativos, emitindo parecer prévio não vinculativo relativo ao requerimento de intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias, ao requerimento para adoção de providências cautelares ou à decisão que ponha termo ao processo.

Tais soluções, quer porque denegam a disponibilidade de providências indispensáveis a assegurar a utilidade das sentenças, quer porque subvertem o sentido da urgência da tutela, constituem, segundo se alcança, restrições legislativas à tutela jurisdicional efetiva, especificamente crismada no artigo 268º, nº 4, da Constituição, enquanto concretização do direito geral à proteção judicial⁵⁸, e da qual o artigo 2º, do CPTA faz eco. E, somando esta questão à obrigatoriedade de uma pronúncia administrativa prévia enquanto pressuposto processual, as inquietações duplicam.

Resta saber em que medida tais restrições são ou não admissíveis.

Acompanhando Vieira de Andrade, entende-se que as garantias contenciosas dos administrados, que a Constituição alberga no artigo 268º, nº 4, são “direitos-*garantias*”⁵⁹, isto porque, por um lado, possuem uma função instrumental, na medida em que contém “regras de acção estadual para protecção de outros direitos, que constituem, para este efeito, posições primárias” e, por outro, porque são verdadeiros direitos, e não meras garantias institucionais, tal significando que “as normas de organização e acção que os constituem se referem a actuações do Estado que interferem na esfera de cada indivíduo”⁶⁰. Efetivamente, como assertivamente refere SÉRVULO CORREIA, o princípio constitucional do respeito da Administração pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos “em pouco excederia uma declaração de boas intenções se não fora a garantia, no artigo 268º, nº 4, CRP, aos administrados, de tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesse legalmente protegidos”⁶¹.

⁵⁸ Assim, José Carlos Vieira de ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, op. cit., p. 151.

⁵⁹ José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6ª edição (reimpressão), Coimbra, Almedina, 2021, p. 112.

⁶⁰ José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição ...*, op. cit., pp. 112-113.

⁶¹ José Manuel Sérvulo CORREIA, “O Contencioso Administrativo português, hoje”, in Carla Amado Gomes et al. (coords.), *Comentários à Legislação Processual Administrativa*, vol. I, 5ª edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2020, p. 55.

A Constituição prevê expressamente, no artigo 270º, restrições de direitos fundamentais dos militares: a lei pode estabelecer, na estrita medida das exigências próprias das respetivas funções, restrições ao exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação e petição coletiva e à capacidade eleitoral passiva por militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efetivo, bem como por agentes dos serviços e das forças de segurança e, no caso destas, a não admissão do direito à greve, mesmo quando reconhecido o direito de associação sindical⁶².

Sucede que o preceito constitucional não só não abarca restrição ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, como nem sequer é atributivo de competência genérica para uma regulação com poderes restritivos. E, mesmo que se admita a possibilidade de “restrições implícitas”, por forma a que seja salvaguardado um outro valor ou interesse constitucionalmente protegido⁶³, sempre se terá de atender que o princípio da proporcionalidade, nos termos do artigo 18º, nº 2, da CRP, veda a possibilidade de restrições inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais aos direitos, liberdades e garantias, “ainda que tais restrições não afectem o conteúdo essencial (absoluto) dos preceitos constitucionais”⁶⁴.

E se, tal como já se deu conta, um estatuto especial, como a condição militar, não é alheio à ordem constitucional, pese embora a Defesa Nacional, como valor constitucionalmente protegido, possa justificar restrições especiais⁶⁵, como sucede com aqueles direitos a que se fez menção, não consegue justificar, em nosso entender, em termos necessários e adequados, a restrição à tutela jurisdicional efetiva que as referidas leis imprimem.

⁶² Também a Lei Orgânica nº 3/2021, de 9 de agosto – que altera a Lei de Defesa Nacional (LDN) –, na sequência do preceito constitucional, restringe os direitos fundamentais dos militares, no seu artigo 26º e seguintes. Como dá conta Jorge Bacelar GOUVEIA, *Defesa Nacional e Forças Armadas...*, *op. cit.*, p. 196, as restrições de direitos fundamentais dos militares podem ser totais, não podendo tais direitos ser exercidos, em qualquer circunstância, pelos militares (restrições referentes à liberdade sindical, ao direito à criação de comissões de trabalhadores e direito à greve) ou parciais, quando se aplicam apenas nalgumas das suas facultades (referentes à liberdade de expressão, ao direito de reunião, ao direito de manifestação, à liberdade de associação, ao direito de petição coletiva e à capacidade eleitoral passiva e, ainda, ao direito de acesso ao Provedor de Justiça).

⁶³ Cf. Jorge Miranda *apud* José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição...*, *op. cit.*, p. 277.

⁶⁴ José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição...*, *op. cit.*, p. 281.

⁶⁵ Assim mesmo, aludindo às restrições relacionadas com os estatutos especiais, cf. José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição...*, *op. cit.*, pp. 288-290.

De facto, assumindo exclusivamente as Forças Armadas a defesa militar da República⁶⁶, quer considerando que a Defesa Nacional, como valor constitucional, tem por objetivos garantir a soberania do Estado, a independência nacional e a integridade de Portugal, bem como assegurar a liberdade e a segurança das populações e a proteção dos valores fundamentais da ordem constitucional contra qualquer agressão ou ameaças externas⁶⁷, quer considerando os princípios retores das Forças Armadas⁶⁸, não se encontram razões, em termos adequados, necessários e proporcionais, para que se restrinja o direito à tutela jurisdicional efetiva dos militares sancionados, daí que todos os argumentos que se lancem a fundamentar tal restrição por apelo a valores específicos da disciplina militar parecem-nos, com o devido respeito, desprovidos de sentido⁶⁹. Em todo o caso, mesmo que se sustente que o quadro normativo não veda a tutela jurisdicional dos militares sancionados, com certeza que veda, de forma inadequada, a sua *efetividade* que, mais do que um princípio interpretativo, assume-se como “elemento essencial do conteúdo do direito fundamental à tutela jurisdicional administrativa efetiva”⁷⁰.

Em extrema síntese, pugnamos pela inconstitucionalidade da Lei nº 34/2007, de 13 de agosto, e da Lei nº 79/2009, de 13 de agosto, na parte em que restringem de forma desproporcional e inadequada o direito fundamental à tutela jurisdicional administrativa efetiva. Sobrará que tal questão seja suscitada junto dos tribunais, abrindo, assim, caminho para uma pronúncia do Tribunal Constitucional⁷¹.

Consequentemente, cremos não incorrer em imprevidência ao defender que quanto mais intenso e mais abrangente for o controlo jurisdicional do exercício do poder disciplinar – em rigor, de todo o poder sancionatório – maior será a legitimidade desse mesmo poder. De contrário, o legislador

⁶⁶ Cf. artigo 275º, nº 1, da CRP, e artigos 1º, nº 1, e 2º, nº 1, da Lei Orgânica de Bases da Organização das Forças Armadas (LOBOFA).

⁶⁷ Cf. artigo 1º, nº 1, da LDN.

⁶⁸ Cf. artigo 275º da CRP e artigo 22º da LDN.

⁶⁹ Com uma interessante argumentação que rejeita a ideia da imediata execução das decisões que aplicam sanções disciplinares como instrumento para assegurar a disciplina militar, ainda que se refira ao ordenamento espanhol, vd. Fernando GONZÁLEZ ALONSO, “La inmediata ejecutividad de las sanciones disciplinarias militares y el derecho a la tutela judicial efectiva”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 36, 2014, especialmente pp. 17 e 18 (a numeração das páginas corresponde à versão do texto disponibilizada aos usuários na página eletrónica da editora).

⁷⁰ José Manuel Sérvulo CORREIA, “O Contencioso Administrativo português, hoje”, *op. cit.*, p. 69.

⁷¹ Cf. artigo 70º da Lei nº 28/82, de 15 de novembro (Lei do Tribunal Constitucional).

poderá estar a abrir a porta a subterfúgios que escapem à ordem constitucional e, designadamente, ao respeito pelos direitos fundamentais.

4. Considerações finais

Do breve percurso trilhado resultam muitas inquietações em torno das sanções disciplinares militares, colocando em evidência a carência de uma revisão geral dos diplomas que regulam o Direito Disciplinar Militar, tendo por fito, principalmente, a sua coadunação com o direito-garantia à tutela jurisdicional administrativa efetiva.

Sendo certo que alguns passos importante foram já dados, o Direito Disciplinar Militar ainda tende a constituir-se subterfúgio da ordem constitucional, o que se afigura manifestamente indefensável. Uma visão atual do Direito Administrativo Sancionatório – de todo ele, mas sobretudo daquelas modalidades que implicam um estatuto especial de poder – não se compadece com uma visão bacoca à margem da ordem constitucional e, designadamente, com uma tutela jurisdicional miniaturizada ou manietada, nomeadamente através de restrições, por via legislativa, desproporcionais e inadequadas – e, por isso mesmo, inconstitucionais.

Com efeito, torna-se indispensável repensar o regime das impugnações das decisões que apliquem sanções disciplinares militares, harmonizando-o com o regime geral das impugnações administrativas, muito provavelmente no sentido de consagrar-se como regra a facultatividade do recurso e, ainda, de proceder-se a uma ampliação do objeto do recurso hierárquico. Em todo o caso, não nos parece nunca razoável um regime que gize uma diferença injustificada entre as diversas sanções em moldes semelhantes àqueles que o Regulamento de Disciplina Militar assumiria em relação às sanções de repreensão e repreensão agravada não fosse a norma revogatória do Decreto-Lei nº 4/2015.

De igual modo, crê-se mais do que necessário repensar a tutela cautelar das sanções disciplinares militares. Desde logo, prescindir-se da emissão do parecer prévio não vinculativo, por parte dos assessores militares do Ministério Público junto dos tribunais administrativos, relativo ao requerimento para adoção de providências cautelares ou à decisão que ponha termo ao proces-

so. Ademais, a tutela jurisdicional efetiva parece reclamar que, quando seja requerida a suspensão da eficácia da decisão que aplica a sanção disciplinar, ao invés de se afastar, *a priori*, o efeito suspensivo automático, este possa operar-se, embora se deva admitir o seu afastamento mediante uma resolução fundamentada, tal qual preceitua o artigo 128º do CPTA. Já no que concerne aos critérios especiais para a adoção da decisão cautelar, afigura-se-nos que o critério *periculum in mora* deva igualmente abarcar o fundado receio da produção de prejuízos de difícil reparação. E, quanto à adoção provisória de providências cautelares, devendo pressupor quer o risco ou perigo de lesão iminente para os direitos ou interesses do requerente, quer o fundado receio da irreversibilidade da lesão, será curial que se prescindia da obrigatoriedade de audiência da entidade requerida e favoreça, para o seu decretamento, a aplicação de um critério *periculum in mora* qualificado.

Resta, enfim, saber se, a breve trecho, o génio sairá da lâmpada.

CONTRIBUTO PARA UMA COMPREENSÃO NORMATIVISTA DAS COMPETÊNCIAS E ATOS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Joaquim Freitas da Rocha*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.30>

1. Abordagem normativista e dimensão política do exercício das competências presidenciais

Os modos de agir do Presidente da República estão diretamente previstos na Constituição (CRP) e pode dizer-se que o elenco desenhado pelo legislador constituinte é de certo modo singelo. Trata-se de uma identificação tendencialmente concentrada (artigos 133.º, 134.º e 135.º) e que se limita a cumprir os desígnios essenciais de taxatividade, importantíssimos sem dúvida, mas sem que se perceba bem se existem — e quais são, em caso afirmativo — os critérios ordenadores. Sobrevoando de um modo desprezioso os preceitos referidos, identificam-se essencialmente os seguintes poderes, atos

* Nota prévia: o presente texto foi escrito *de raiz* com o propósito bem determinado de honrar a Colega Benedita Mac Crorie. Tendo partilhado com a Benedita, e outros colegas, a lecionação de Direito Constitucional na EDUM, procuro com este escrito simbolizar essa partilha, materializando o que bem poderia ser uma aula, de qualquer um de nós, no segundo semestre do primeiro ano da licenciatura em Direito. Sabe-se que as aulas, como os sorrisos, constituem um belo meio de deixar um lastro radioso de memória.

e competências (termos que precisarão de ser adiante limados, mas utilizados aqui, ainda, de modo propositadamente indistinto):

- Exercer funções de liderança (comandante supremo das forças armadas e grão-mestre das ordens honoríficas portuguesas);
- Presidir a órgãos constitucionais (como o Conselho de Estado ou o Conselho Superior de Defesa Nacional);
- Marcar a data de atos eleitorais (eleições *presidenciais*, *legislativas*, *européias* e *regionais*);
- Nomear e, em certos casos, exonerar os titulares de órgãos de soberania, órgãos constitucionais, ou órgãos públicos em geral (como o Primeiro-Ministro e restantes membros do Governo, os Representantes da República para as regiões autónomas, o Presidente do Tribunal de Contas, o Procurador-Geral da República, membros do Conselho de Estado, vogais dos Conselhos Superiores na área da Magistratura, chefias militares e titulares da carreira diplomática);
- Terminar ciclos políticos, dissolvendo a Assembleia da República ou as Assembleias Legislativas Regionais, ou demitindo o Governo;
- Intervir no procedimento normador, vetando, promulgando, assinando ou ratificando diplomas (leis, decretos-lei, tratados ou acordos internacionais, etc.);
- Suscitar diversos processos de controlo da constitucionalidade (preventivo, sucessivo abstrato e por omissão);
- Desencadear referendos;
- Assumir pontualmente as competências originárias de outros órgãos (v.g., convocando extraordinariamente a Assembleia da República ou presidindo ao Conselho de Ministros);
- Declarar o estado de sítio ou o estado de emergência;
- Declarar a guerra e fazer a paz;
- Praticar atos de clemência, como o indulto ou a comutação de penas;
- Conferir condecorações;

- Emitir atos meramente declarativos, como mensagens ou pronúncias, particularmente em situações de crise.

Ora, por aqui se percebe que compreender de modo sistemático e integrado todas estas dimensões do agir presidencial não será tarefa fácil, pois se nuns casos os comportamentos são continuados, correntes ou quotidianos (como exercer funções de liderança ou presidir a certos órgãos), em outros são pontuais e esgotam-se num único ato (como vetar um diploma, desencadear um referendo ou atribuir uma condecoração); por outro lado, uns atos são enformados por critérios absolutamente jurídicos (por exemplo, desencadear o controlo sucessivo abstrato da constitucionalidade relativamente a uma lei), outros são revestidos de um forte dimensão política (como a dissolução da Assembleia da República, o veto político ou a comunicação de uma *mensagem ao país*); alguns ainda projetam efeitos *erga omnes*, para toda a comunidade em geral (como a declaração do estado de sítio ou de emergência ou a marcação da data de um ato eleitoral), outros têm um destinatários individual e concreto (por exemplo, a nomeação do Presidente do Tribunal de Contas, a exoneração do Primeiro-Ministro ou a concessão de um indulto). Acresce que nem sempre o criador normativo (neste caso, o legislador constituinte) foi absolutamente convincente no arranjo e explanação das soluções jurídico-constitucionais e na formulação dos enunciados linguísticos em que materializou as normas. Em todo o caso, como a Constituição é uma realidade eminentemente normativa, encerrando em si uma multiplicidade de enunciados deônticos de natureza superior, cumpre interpretá-la, e aos seus enunciados, utilizando critérios eminentemente jurídicos.

Nas considerações subsequentes ensaiar-se-á uma aproximação normativista e positivista ao agir presidencial, querendo-se com tal afirmação uma dupla significação:

- i) O instrumentário de análise serão as normas jurídicas — particularmente, as normas constitucionais¹ —, introduzidas no

¹ Sem prejuízo, não deixa de se reconhecer pertinência às palavras de Cristina Queiroz, quando alude à circunstância de que o adequado conhecimento do estatuto do Presidente da República inclui “seguramente, o conhecimento de outros âmbitos jurídicos, e, particularmente, o Direito Internacional”. Nesse sentido, propõe a autora um quadro gnoseológico e científico mais alargado, materializado no “Direito público comparado”. Em todo o caso, no presente esforço de análise, a ambição é mais comedida. V., a respeito, Cristina QUEIROZ, *Os poderes do Presidente da República*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 8.

ordenamento pelo órgão, pela forma e pelo procedimento prescritos, e não as práticas políticas, os factos ou os valores, sem prejuízo das múltiplas (e necessárias) linhas de intersecção, e da correspondente relevância para efeitos de consideração normativa;

- ii) A abordagem assenta na separação entre *juízos de realidade normativa* e *juízos de valor*, assumindo que uma coisa é o Direito (Constitucional) e outra, pontual e eventualmente diferente, o que se gostaria que ele fosse, em termos de desígnio político ou ético.

Uma análise jurídica normativamente orientada *é* uma análise científica. A ciência jurídica — como, de resto, qualquer outro acervo de conhecimento que faça jus à qualificação de "científico" — não pode prescindir de coordenadas de rigor e precisão, seja ao nível da identificação da realidade que constitui o objeto analítico (aqui, o agir presidencial), seja ao nível dos critérios tipológicos para proceder a qualificações, seja também ao nível dos termos utilizados para expressar os métodos e os resultados. Sem rigor metodológico e terminológico pouco mais se conseguirá do que um conjunto de vaguidades que dificilmente ascende ao nível do conhecimento válido. Crê-se que esta será a mais adequada abordagem, olhando a *Constituição como norma* e intentando preservar a sua força normativa, sob pena de se desvirtuar enquanto tal e passar para a disponibilidade das *forças vivas* (boas ou más), e transformar-se, a prazo, numa *mera folha de papel*. Em caso algum se trata, porém, de positivismo erradamente lido, frequentemente entendido no sentido de sinónimo de literalismo exegético — a leitura das normas constitucionais não dispensa, evidentemente, a tarefa interpretativa.

Justificada que está a opção normativista — ou, no mínimo, ensaiada a sua justificação —, avancemos então no sentido da análise das competências e atos do Presidente da república. Antes, porém, de conhecer os atos, será conveniente conhecer o ator, ainda que de modo preambular.

2. O Presidente da República na arquitetura constitucional Portuguesa: elementos caracterizadores típicos do estatuto presidencial

É a partir das opções materializadas nos enunciados constitucionais que se extraem aquelas que parecem ser as diretrizes jurídico-normativas essenciais do estatuto presidencial: *unidade* (do edifício jurídico-constitucional e de todas as instituições e poderes que o compõem), *integração* (de pessoas, direitos, e deveres distintos) e *síntese* (das dissonâncias que irrompem no sistema constitucional). O seu principal desígnio será o de constituir sempre um fator de agregação, e será neste sentido que se afirma que o Presidente *o é de todos*.

Compreensivelmente, o estatuto jurídico-normativo do Presidente da República assenta essencialmente em normas constitucionais, sendo patente o intento do legislador constituinte de delinear uma moldura de disciplina suficiente (se bem que lacunosa²), rígida — no sentido de indisponível por

² Deve reconhecer-se, de facto, que se trata de uma moldura jurídica não exaustiva, na medida em que a solução a dar a algumas questões pertinentes não mereceu consagração constitucional expressa, como sucede, por exemplo, com as competências do Presidente em matéria de integração europeia; a sindicabilidade jurídica dos seus atos ou omissões; ou a forma que esses atos devem observar [sendo que, quanto a este último aspeto, e relativamente à Assembleia da República (artigo 166.º) ou ao Governo (artigos 198.º ou 112.º, n.º 6) o legislador constituinte foi bem mais direto e assertivo]. Essa lacunosidade, de resto, suscita, no mínimo, duas interrogações: (i) É possível a devolução da resolução dessas questões para normação infraconstitucional, designadamente legal, a exemplo do que sucede, por exemplo, com outros órgãos constitucionais, como a Assembleia da República [artigos 154.º, n.º 2 e 3; 156.º, alínea g); ou 161.º, alínea o), entre outros] o Governo [por exemplo, artigos 184.º, n.º 2; 197.º, n.º 1, alínea j); ou artigo 200.º, n.º 1, alínea g)], o Tribunal de Contas [artigo 214.º, n.º 1, alínea d)], o Tribunal Constitucional (e.g., artigo 223.º, n.º 3) ou as Assembleias Legislativas Regionais (artigo 232.º, n.º 3)? (ii) É concebível uma disciplina jurídica implícita, isto é, não expressamente prevista, mas que se extrai das normas constitucionalmente positivadas? Crê-se que a resposta a uma e a outra das questões deve ser tendencialmente negativa, pois a devolução da decisão sobre assuntos materialmente constitucionais (como é o caso de questões atinentes ao estatuto primário do Presidente da República) trará implícita a subalternização das matérias, sujeitando-as a maiorias momentâneas, e potenciando algum dano na força normativa da própria CRP, além de introduzir pontuais prejuízos em termos de segurança jurídica. Em todo o caso, como não existem dimensões jurídicas absolutas, nem princípios intocáveis, não será de excluir que possam existir segmentos pontuais e específicos que requeiram, quer disciplina pelo poder legislativo (por exemplo, a designação de vogais do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, constante do ETAF), quer o uso de poderes implícitos (isto é, modos de agir *inerentes* aos expressamente previstos nos enunciados constitucionais literais: basta pensar que se a CRP prevê que o Presidente preside a certo órgão, inequivocamente se poderá assumir que poderá marcar, convocar e dirigir as respetivas reuniões). V. Jorge MIRANDA, *Actos e funções do Presidente da República*, in Jorge Miranda (coord.), *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Lisboa, Petrony, 1977, pp. 276, 277. De resto, e em paralelo com o referido, também se admitirão deveres implícitos, como, por exemplo, o de não convocação extraordinária da Assembleia da República durante o período normal de funcionamento desta. Neste sentido, Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS (coords.), *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, anotação ao artigo 133.º, p. 380. Seja como for, é importante que se note que não se pode seriamente afirmar que as lacunas mencionadas sejam suficientemente graves ao ponto de se qualificar o estatuto presidencial como juridicamente deficitário.

parte dos poderes constituídos — e enformada por um desígnio geral de equilíbrio no que concerne aos eixos relacionais que se podem estabelecer com os restantes órgãos constitucionais e de soberania. No que a este último aspeto diz respeito, parece manifesta a intenção constituinte de delinear um paradigma governativo que, sem enfatizar os respetivos poderes ao ponto de afirmação de um sistema presidencialista, também os não subalterniza em termos de identificar um presidente subordinado ou protocolar, tratando-se assim, e numa primeira abordagem, de um estatuto primacialmente orientado pelos vetores da ponderação, do equilíbrio e da heterocontenção das atuações.

De um modo geral, linear, propositadamente propedêutico, é possível identificar algumas coordenadas caracterizadoras típicas do estatuto do Presidente da República:

- i) Desde logo, trata-se de um órgão de soberania unipessoal e eletivo, o que o distancia claramente dos outros órgãos constitucionais os quais, ou não são qualificados constitucionalmente como *de soberania*, ou são colegiais, ou não possuem substrato democrático direto. Aliás, não será despropositado afirmar que o Presidente será o órgão de soberania com a legitimidade democrática mais reforçada, na medida em que a sua escolha resulta de uma eleição nominal direta, de feição supra- e apartidária, como o demonstra a exigência de um número amplo de assinaturas (difusas e não filiadas, sem prejuízo de *apoios* ou *adesões*) para a apresentação de candidaturas³;
- ii) Além disso, é um órgão revestido de uma natureza marcadamente garantística, num quádruplo sentido: garante da observância e respeito pela Constituição (bem patente na declaração de compromisso prestada aquando do ato de posse⁴); garante da integridade nacional (independentemente dos vínculos de cidadania e estatutos de cada um); garante do normal funcionamento das instituições (por meio de uma atitude política tutelar, vigilante e *equidistante* relativamente aos atores

³ Cf. artigo 124, n.º 1, da CRP.

⁴ Cf. artigo 127.º, n.º 3, da CRP.

parlamentares e governamentais, nacionais e regionais); e, num plano mais específico, garante da regularidade e conformidade da produção normativa (com possibilidades de veto ou recusa de assinatura de diplomas jurídicos).

Contudo, não obstante o *reforço democrático* e o estatuto garantístico, trata-se, como qualquer ator constitucional, de um órgão inequivocamente balizado e limitado pelo ordenamento jurídico, seja porque as suas competências são sempre heteronomamente definidas e moldadas (não se lhe reconhecendo quaisquer prerrogativas de absolutismo ou *Kompetenz-kompetenz*); seja também porque não se lhe reconhecem competências governativas (o que impede, também aqui, a caracterização do sistema como presidencialista⁵); seja ainda porque alguns dos seus mais significativos atos são vinculados ou mesmo constitucionalmente obrigatórios, além de serem por vezes suscetíveis de superação. Aliás, foi provavelmente tendo em vista estas ideias de balizamento e vinculação, que o legislador constituinte evitou qualificar expressamente o Presidente como “chefe de Estado”, possivelmente por se assumir neste enunciado as ideias de supremacia ou prevalência que não se conjugariam bem com o estatuto normativamente pensado e delineado⁶.

Ora, no ponto de cruzamento destas coordenadas contrastantes, umas no sentido da afirmação de um órgão acrescidamente legitimado, ativo e influenciador, outras no sentido da respetiva limitação e balizamento, será possível afirmar que uma nota de força emerge e se afirma como marca genética — extremamente positiva, assinala-se — do sistema constitucional português: a consideração do Presidente como um criador de equilíbrio(s).

Na realidade, não apenas lhe cabe antecipar e sinalizar riscos — prevenindo a emergência de eventuais crises no sistema —, como também lhe

⁵ Cf. Cristina QUEIROZ, *Direito Constitucional: As instituições do Estado democrático e constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 176.

⁶ V., a respeito, Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS (coords.), *Constituição Portuguesa Anotada*, op. cit., anotação ao artigo 120.º, p. 334. Neste particular, não será seguramente despidianda a rejeição por parte do legislador constituinte, ainda que de modo subconsciente, de uma *matriz begeliana* defensora da existência de “interesses do Estado” (substituída por uma matriz de *interesse geral*). V. Paula VEIGA, *O que faz do Presidente da república um presidente republicano? Estatuto constitucional*, Lisboa, Petrony, 2018, p. 133. Em todo o caso, e mesmo sabendo da total ausência de consagração formal, não se pode ignorar que ao nível mais amplo da *Constituição material* tal expressão (“Chefe de Estado”) recebe acolhimento expresso, bastando considerar, por exemplo, o disposto no Tratado da União Europeia no que concerne à composição do Conselho Europeu (artigo 15.º, n.º 2).

incumbe assumir uma atitude de mediador ou árbitro, indicando possíveis caminhos de resolução, aconselhando e sugerindo vias de diálogo e de superação (através da forma constitucionalmente prevista de *mensagens*). Nas situações extremas, pode assumir ele mesmo a "solução", demitindo o Governo ou dissolvendo o Parlamento e, eventualmente, nomeando *motu proprio* um novo elenco governativo ou, no mínimo, condicionando a sua formação⁷. Num certo sentido, pode falar-se no poder presidencial como um poder moderador político⁸, medial e equidistante, embora não necessariamente neutro, na medida em que pode influenciar decisivamente — sem definir⁹ — a condução política¹⁰.

Enfim, equilíbrio parece ser, como se disse, a marca distintiva de todo o sistema organizatório constitucional e, em qualquer caso, não se pode dizer que haja alguma nota ou sinal genérico e saliente de superioridade ou domínio de um órgão relativamente aos restantes, Presidente da República incluído.

3. Competências e atos do Presidente da República

Como já se adiantou, uma análise jurídica tem que assentar em esteios sólidos e não pode prescindir de rigor e precisão, desde logo ao nível da identificação da realidade que constitui o objeto analítico. Por conseguinte, antes de proceder a desenvolvimentos mais significativos, será prudente avançar com algumas precisões terminológicas.

⁷ Sobre a admissibilidade de "governos de iniciativa presidencial", v. Carlos Blanco MORAIS, "Quando pode o Presidente da República nomear um governo de iniciativa presidencial?", *Direito & Política*, n.º 2, pp. 96 e ss.

⁸ Assim, Paulo OTERO, *Direito Constitucional Português*, vol. II (organização do poder político), Coimbra, Almedina, 2010, p. 16.

⁹ Neste sentido, Luís Pereira COUTINHO, "Quando pode o Presidente da República nomear um governo de iniciativa presidencial?", *Direito & Política*, n.º 2, p. 114.

¹⁰ Cf. Marcelo Rebelo SOUSA, "O sistema de governo português", in Jorge Miranda (coord.), *Estudos sobre a Constituição*, vol. II, Lisboa, Petrony, 1978, p. 586.

3.1. Da teoria das competências à teoria dos atos. Dificuldades metodológicas

Assumindo, no sentido acima apontado, um enfoque estritamente jurídico-normativo, o conceito de competência pode ser perspectivado num sentido plural — considerando o conjunto de poderes funcionais atribuídos juridicamente em abstrato a determinado órgão — ou num sentido singular — considerando o poder de agir que esse órgão é titular em presença de determinado núcleo material em concreto. No primeiro sentido, dir-se-á, por exemplo, que ao Presidente da República se reconhecem (várias) competências políticas ou de vigilância da regularidade institucional, enquanto no segundo se dirá, igualmente a título exemplificativo, que o Presidente é o órgão competente para marcar em concreto a data das eleições legislativas, requerer a apreciação preventiva da constitucionalidade de determinado decreto que lhe haja sido enviado para promulgação como lei, ou para comutar determinada pena. Num sentido ou no outro, facilmente se compreende (i) que a competência é uma posição jurídica subjetiva tendencialmente ativa¹¹, (ii) que essa competência se compõe de vários poderes funcionais, e (iii) que tais poderes não se confundem com o ato em que o seu exercício se materializa, pois este último traz sempre assumida uma conotação concreta, em referência a certo poder de agir num determinado momento e num específico revestimento fáctico-empírico. Neste sentido, a nomeação, a exoneração, a dissolução, a promulgação, o veto, a marcação, o indulto, etc., serão o exercício em ato dos poderes que integram as competências presidenciais. Em qualquer caso, é certo que as competências e os respetivos poderes do Presidente da República devem ter assento constitucional¹², o que equivale a dizer que são sempre concebidos como poderes por atribuição¹³, não se reconhecendo qualquer prerrogativa de autocriação ou autoreconhecimento competencial (*Kompetenz-Kompetenz*).

¹¹ Utiliza-se no texto o advérbio pois, como se cuidará de referir já de seguida, existem, constitucionalmente previstas, competências tendencialmente vinculadas, no âmbito das quais o Presidente, em termos práticos, não somente *pode*, como *deve* agir num determinado sentido, restando-lhe uma diminuta autonomia de vontade para conformar os concretos moldes da sua atuação, seja ao nível da decisão, seja ao nível da conformação do conteúdo. Nestes casos, como se compreende, a consideração da sua situação jurídica como “ativa” resulta claramente esbatida.

¹² V., a propósito, Cristina QUEIROZ, *Os poderes do Presidente da República*, op. cit., pp. 54 e ss.

¹³ V. Cristina QUEIROZ, *Os poderes do Presidente da República*, op. cit., pp. 113, 114. Em geral (i. é, em referência a todos os órgãos constitucionais), Paulo OTERO, *Direito Constitucional Português*, op. cit., p. 52.

Nas considerações subsequentes, e por uma questão de linearidade expositiva, afigura-se conveniente a utilização de uma metodologia de feição mais analítica, colocando o acento tónico, não tanto nas competências, mas antes nos atos, embora sempre considerando que estes últimos, quando convenientemente agregados, darão corpo às primeiras. Esses atos são quantitativamente muito numerosos e qualitativamente muito diversos, de modo que o seu conhecimento de um modo juridicamente adequado não prescinde — não pode prescindir — de uma ordenação efetuada em bases consistentes¹⁴.

3.2. Ensaio de uma tipologia classificatória dos atos presidenciais

Para os propósitos de tipificação, sistematização, categorização e compreensão cabal dos atos presidenciais — ultrapassando o trivial conhecimento intuitivo e empírico — uma análise meramente positivística resultará pouco proveitosa, na medida em que o arranjo avançado pelo legislador constituinte não permite extrair critérios seguros e convincentes que cumpram os desígnios de uma abordagem cientificamente sustentada¹⁵. O catálogo vertido na CRP (artigos 133.º, 134.º e 135.º) servirá, sim, para *identificar* os atos, não tanto para os *analisar*. Basta pensar, por exemplo, que a simples menção à “prática de atos próprios” (artigo 134.º da CRP) se demonstra equívoca pois, na verdade, todos os atos do Presidente são verdadeiramente “próprios”¹⁶.

Em todo o caso, será sempre tendo em consideração esse arranjo que qualquer abordagem deverá ser concebida e qualquer conclusão se deverá sustentar. Caso contrário, poder-se-á incorrer em subversão dos esquemas competenciais constitucionalmente previstos e, concomitantemente, *interpretação desconforme com a Constituição*.

Ensaiam-se de seguida os seguintes critérios distintivos:

¹⁴ Com as competências do Presidente da República não se confundem, naturalmente, as competências concernentes ao Presidente da República, como sejam as de testemunhar a respetiva tomada de posse, assentir na sua ausência, ou promover o eventual processo criminal contra si, as quais são tituladas pela Assembleia da República [cf. alíneas a) a c) do artigo 163.º da CRP]. Já a competência para referendar os seus atos está alocada ao Governo [artigo 197.º, n.º 1, alínea a)].

¹⁵ Também neste sentido, Paula VEIGA, *O que faz do Presidente da República um presidente republicano...*, op. cit., pp. 97 e ss.

¹⁶ V., Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS (coords.), *Constituição Portuguesa Anotada*, op. cit., anotação ao artigo 134.º, p. 388; e Paulo OTERO, *Direito Constitucional Português*, op. cit., pp. 235, 236.

- Atos (singulares) e atuações (continuadas);
- Atos jurídicos e atos (meramente) materiais;
- Atos políticos, normativos e administrativos;
- Atos reservados e não reservados (exclusivos e não exclusivos);
- Atos voluntários e obrigatórios;
- Atos de eficácia interna e de eficácia externa (internacional ou europeia);
- Atos de exercício ordinário e de exercício extraordinário.

3.2.1. Atos (singulares) e atuações (continuadas)

Antes de referir outras tipologias, importará colocar em evidência que as competências presidenciais se materializam, quando procedimentalmente perspetivadas, em dois distintos modos de agir: em certas situações, a competência realiza-se instantaneamente num só ato, esgotando-se numa manifestação de vontade temporalmente balizada e localizada (sem prejuízo de, eventualmente, atos iguais poderem vir a ser praticados). Será o que sucede, por exemplo, nos casos em que o Presidente marca a data de eleições, veta ou promulga um decreto, ratifica um tratado, nomeia um embaixador, submete a referendo determinada questão de relevante interesse nacional, ou dissolve uma das Assembleias. Em outras situações, diferentemente, a competência vai originar uma atuação continuada, prolongada, estendida no tempo, originando, não apenas um ato, mas uma sucessão tendencialmente sequenciada e linear de manifestações de vontade, como sucede, por exemplo, quando o Presidente preside ao Conselho de Estado ou ao Conselho Superior de Defesa Nacional (não assim, naturalmente, quando convoca ou preside às respetivas reuniões em concreto), ou exerce as funções de Comandante Supremo das Forças Armadas ou de Grão-mestre das ordens honoríficas portuguesas¹⁷.

Como se compreende de modo intuitivo, apenas no primeiro caso se poderá falar propriamente em “atos”, pois que apenas aí a locução é verdadeiramente apropriada atento o carácter singular que a mesma comporta. Por tal motivo, será por aí que se alinharão os desenvolvimentos subsequentes, sem prejuízo de pontuais desvios, quando oportunos.

¹⁷ Cf. artigos 133.º, alíneas a) e o); 134.º, alíneas a) e i) *in fine*; e 142.º da CRP.

3.2.2. Atos jurídicos e atos (meramente) materiais

Perspetivando agora os atos presidenciais tendo em consideração a natureza do respetivo conteúdo, particularmente averiguando se os mesmos comportam ou não um determinado efeito jurídico autónomo (e decisório), eles podem ser qualificados como *jurídicos* ou *simplesmente materiais*. Na verdade, constata-se que em determinados casos as manifestações de vontade do Presidente trazem aposta a suscetibilidade de produção autónoma de efeitos jurídicos, incorporando uma decisão, e introduzindo no ordenamento alterações que de outro modo (isto é, com a respetiva inação) não seriam introduzidas. Estar-se-á aqui em presença de verdadeiros *atos jurídicos*, e será o que se passa, por exemplo, com os atos de renúncia ao mandato, de promulgação, nomeação ou exoneração do titular de um órgão constitucional, de declaração de um estado de exceção constitucional, ou de concessão de um indulto. Em outros casos, diferentemente, essas manifestações de vontade nada acrescentam ao ordenamento em termos de produção autónoma de efeitos jurídicos, e será mais correto aludir-se a simples *atos materiais*, como sucede com os atos de trâmite (e.g., iniciativa) ou os meramente comunicativos (declarativos), de que serão exemplos as solicitações de controlo da constitucionalidade; as mensagens formuladas e enviadas à Assembleia da República ou às Assembleias Legislativas Regionais; ou a pronúncia sobre emergências graves para a vida da República. Importa ressaltar que nestes últimos casos, os atos não são de todo desprovidos de efeitos – apenas se diz que os mesmos não introduzirão efeitos jurídicos *autónomos*, sem embargo de se aceitar que introduzirão, seguramente, efeitos de natureza diversa, designadamente política. Não são atos ornamentais. Pense-se, por exemplo, na comunicação da renúncia ao mandato¹⁸, a qual terá eficácia meramente declarativa e nada acrescenta ao ato jurídico decisório anterior, pese embora vá desencadear procedimentos eleitorais futuros. Analogamente, o requerimento de suscitação da apreciação da conformidade constitucional de determinado ato (ou omissão) junto do Tribunal Constitucional, nada decidindo, acaba por ter a eficácia de fazer nascer na esfera jurídica deste último um dever de apreciação [sob pena, por exemplo, de eventual responsabilidade disciplinar

¹⁸ Cf. artigo 131.º, n.º 2, da CRP.

do(s) magistrado(s) em causa]¹⁹. Em qualquer caso, o ordenamento jurídico *stricto sensu*, esse, permanece intocado.

3.3.3. Atos políticos, normativos e administrativos

Embora sejam patentes as dificuldades de delimitação que o respetivo conceito transporta, resulta indubitável que muitos — senão a grande parte — dos atos presidenciais serão atos políticos, ou, no mínimo, atos inseridos na *soit-disant função política*²⁰. Na verdade, está-se em presença de atos que (i) nos seus aspetos essenciais se encontram ancorados constitucionalmente e (ii) têm uma ligação direta e incidível com as decisões fundamentais da comunidade, sem embargo de se reconhecer que tal função se materializa num complexíssimo processo decisório que envolve outros órgãos constitucionais e de soberania, com evidente saliência para o Governo e a Assembleia da República. Em todo o caso, que o Presidente da República pratica atos como tal qualificados ou aí inseridos parece não suscitar muitas reservas, pois sempre se estará em presença de atos volitivos que implicam opções, escolhas ou alternativas, que se relacionam com os desígnios públicos fundamentais, senão mesmo supremos, da coletividade e do ordenamento. Basta pensar, por exemplo, nos atos ou atuações relacionados com (i) a prossecução da estabilidade constitucional — e, concomitantemente, democrática e institucional, como sejam a presidência do Conselho de Estado, o veto político de certo diploma, a marcação de atos eleitorais, a dissolução das Assembleias, a demissão do Governo, a declaração dos estados de exceção constitucional, etc. —; ou (ii) a satisfação das necessidades coletivas fundamentais que não podem deixar de ser prosseguidas pelo Estado, como a diplomacia, a defesa ou a segurança nacional — por exemplo, a nomeação dos embaixadores, o exercício das funções de Comandante Supremo das Forças Armadas, ou a presidência do Conselho Superior de Defesa Nacional²¹.

¹⁹ Cf. artigo 25.º da Lei n.º 28/82, Lei de organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional, com remissão para o estatuto dos magistrados judiciais, aprovado pela Lei n.º 21/85.

²⁰ Para uma profunda e proveitosa abordagem a respeito de tal função, v. Marco CALDEIRA, *Actos Políticos, Direitos Fundamentais e Constituição*, Lisboa, AAFDL, 2014, pp. 18 e ss.

²¹ Sobre a consideração do indulto como um ato de natureza política (que tem como finalidade “suprir a carência de remédios jurídico-processuais idóneos à individualização da execução de uma determinada pena, tendo em conta nomeadamente as exigências pessoais e familiares de certo condenado, insusceptíveis de predeterminação legislativa”),

Em todos estes atos e atuações, a vontade presidencial assenta menos em critérios escritos de normatividade jurídica (legalidade, constitucionalidade) — sem os dispensar, naturalmente — e mais em critérios de oportunidade e ponderação de valores ou interesses conflitantes, na busca de um equilíbrio que permita sustentar de modo perene o edifício constitucional.

Importa sinalizar, neste passo, um marco essencial: o Presidente, praticando atos políticos, não conduz *a política* do País. Resulta evidente dos dados constitucionais que é ao Governo que está consignada a condução da política geral do país²², e quando aqui se afirma que alguns atos presidenciais têm forte componente política quer dizer-se isso mesmo e afirmar-se a sua natureza. Não significa — porque tal não resulta da análise jurídica dos preceitos constitucionais — que *a* função política é por ele exercida (sem prejuízo de ser também perante si que o Governo responde²³).

Continuando.

Acima se disse que “grande parte” dos atos presidenciais serão atos políticos. Porém, nem todo o são, pois mesmo ponderando a dimensão política que lhes pode estar subjacente, é também possível encontrar manifestações presidenciais de natureza normativa e administrativa. No que a estes últimos casos diz respeito — e considerando uma noção lata de ato administrativo (ato jurídico-público que visa produzir, com base na lei, efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta) —, não será despropositada (embora, admita-se, suscite reservas e hesitações) a qualificação como tal dos atos de concessão de indulto, de comutação de uma pena ou de concessão de uma condecoração, pois em qualquer destes casos se constata que os elementos caracterizadores referidos se encontram presente. Já no que diz respeito às manifestações de natureza normativa, e como em outra sede já salientamos²⁴, constata-se que, embora excepcionais, as mesmas não deixam de ser evidenciar em pelo menos um dos decretos do Presidente, decreto esse que encerra em si enunciados jurídico-deontológicos de natureza prescritiva geral e abstrata e

v. parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 61/1990, disponível em <http://www.dgsi.pt/pgpr.nsf/7fc0bd52c6f5cd5a802568c0003fb410/10a6d408a0b7d43e802582960052e054?OpenDocument>.

²² Cf. artigo 182.º da CRP. V., ainda, artigos 200.º, n.º 1, alínea a); e 201.º, n.º 1, alínea a) e 2, alínea a), da CRP.

²³ Assim, artigo 190.º da CRP.

²⁴ Cf. o nosso *Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos - Esboço de uma Teoria Analítica da Ordenação Normativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 574.

que, por esse motivo, pode afirmar-se que cria verdadeiras normas jurídicas. Fala-se aqui do decreto de declaração dos estados de exceção constitucional, ou seja, o estado de sítio e o estado de emergência²⁵. O conteúdo prescritivo apontado manifesta-se, nomeadamente, nas possibilidades de (i) suspensão do exercício dos direitos, liberdades e garantias, (ii) modificação, suspensão ou revogação de outros atos normativos ou ainda (iii) de tomada de “providências necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional”. Saliente-se este aspeto: estes decretos podem revogar ou suspender atos legislativos anteriores, particularmente em matérias atinentes aos direitos, liberdades e garantias, de modo que a sua natureza normativa parece indubitável²⁶.

3.2.4. Atos reservados e não reservados (exclusivos e não exclusivos)

Num enfoque diverso, considerando o modo como está ordenado o alinhamento das competências constitucionalmente previstas, vislumbra-se que certos atos do Presidente lhe estão confiados de modo integral, em termos de se poder afirmar a existência de competências exclusivas, pois o legislador constituinte não admite nem prevê a sua prática por qualquer outro órgão constitucional; em outras situações, porém, constata-se a circunstância de que os atos podem ser praticados não apenas por aquele mas igualmente por outros órgãos ou respetivos titulares, podendo aludir-se a competências não exclusivas, com referência a vários titulares. No primeiro grupo, inserem-se, a título exemplificativo e entre bastantes outros, a presidência do Conselho de Estado (aqui, não propriamente um ato, mas antes uma *atuação*, no sentido acima referido) a promulgação, a ratificação de Tratados internacionais, o veto em relação a diplomas de âmbito nacional (não regional autónomico), a dissolução da Assembleia da República, ou a demissão do Governo; em qualquer destes casos, insiste-se, apenas o Presidente da República — e nenhum outro ator — pode levar o ato à

²⁵ Cf. artigos 134.º, alínea d), e 138.º da CRP.

²⁶ V., a respeito do assunto, acórdão do TC n.º 667/99. Na situação aí em apreciação, “o conteúdo normativo encontra-se não propriamente no Decreto do Presidente da República, mas nos preceitos cuja aplicação é desencadeada por aquele Decreto”. V., ainda, do mesmo Tribunal, acórdãos n.º 352/2021 e n.º 477/2022.

prática. Já no segundo grupo (competências e atos não exclusivos), poderá aludir-se às competências no quadro do diversos processos de controlo ou fiscalização da constitucionalidade, seja controlo preventivo (juntamente com os Representantes da República, o Primeiro-Ministro ou os deputados à Assembleia da República); sucessivo abstrato (paralelamente com um conjunto alargado de entidades previstas no artigo 281.º, n.º 2, da CRP); ou por omissão (ao lado do Provedor de Justiça ou dos Presidentes das Assembleias Legislativas Regionais).

No específico contexto dos atos exclusivos, é possível constatar ainda que existem níveis diferenciados de exclusividade e de disciplina jurídica, não se configurando os mesmos de modo uniforme e permitindo-se antever a existência de duas distintas situações:

- Em primeiro lugar, situações em que o ato se encontra completamente reservado ao Presidente da República, em termos de apenas a sua vontade ser considerada, sem dependência da concorrência de vontade de qualquer outro órgão ou ator constitucional. Poderá aqui sinalizar-se, por exemplo, a nomeação de membros do Conselho de Estado ou de vogais do Conselho Superior da Magistratura, os quais, neste seguimento, se configuram como atos *absolutamente reservados*. Aqui, apenas a vontade presidencial releva;
- Em segundo lugar, situações em que o ato, embora presidencialmente reservado, necessita da convocação de outras vontades para produzir efeitos e se tornar jurídico-constitucionalmente operativo, sejam essas vontades anteriores (por exemplo sob a forma de *proposta* ou *audição*) sejam posteriores (sob a forma de *referenda*). Pense-se, por exemplo, nos atos de nomeação dos membros do Governo ou de presidência do Conselho de Ministros (em ambos os casos, carecidos de proposta do Primeiro-Ministro); de nomeação de embaixadores (proposta do Governo); de declaração de guerra (entre outras, de autorização da Assembleia da República); de dissolução das Assembleia (audição dos partidos nela representados e do Conselho de Estado); de nomeação ou exoneração dos Representantes da República,

do presidente do Tribunal de Contas ou do Procurador-Geral da República (dependente de audição do Governo), ou ainda de declaração do estado de sítio ou o estado de emergência (audição do Governo, autorização da Assembleia da República e referenda ministerial) os quais se afirmam como atos *relativamente reservados*. Significa isto que a atuação presidencial se insere num procedimento ou conjunto de atuações mais amplo, convocando-se várias vontades.

Importa realçar que alguns atos presidenciais veem a sua classificação dependente do contexto e do modo como operativamente as respetivas atuações são levadas à prática. Será o caso, por exemplo, do veto, o qual se pode configurar como um ato absoluto ou relativamente reservado, nos sentidos apontados. Com efeito, não se torna difícil compreender que o veto tanto se pode perspetivar como (i) um ato exclusivamente dependente da vontade presidencial, nos casos em que o Presidente, no contexto de um procedimento legislativo em curso, recebe *ab initio* um decreto e sobre ele formula a sua apreciação jurídico-política — configurando-se como um direito seu e, num certo sentido, de exercício discricionário —; ou (ii) um ato consequente da formulação de vontade de outro órgão constitucional, nas situações em que o diploma é recebido na sequência de uma pronúncia de inconstitucionalidade por parte do Tribunal constitucional — configurando-se aqui, diferentemente, como decorrente e, mais do que isso, um verdadeiro dever e um ato vinculado e obrigatório²⁷.

Seja como for, em qualquer dos casos sinalizados, as competências são sempre exercidas singularmente pelo presidente da República e nunca se afirmam como competências partilhadas. No máximo, são dependentes ou concorrentes. Na realidade, o veto não passa a ser conjunto, apenas porque surge no seguimento de uma pronúncia de inconstitucionalidade, do mesmo modo que a nomeação de um embaixador não passa a ser “solidária” porque a respetiva proposta teve origem no Governo.

²⁷ Cf. artigo 279.º, n.º 2, da CRP.

3.2.5. Atos voluntários e obrigatórios

Já se intui a partir do que foi dito que o grau de autonomia de conformação (e de vinculação) da vontade presidencial é bastante diferenciado de ato para ato, designadamente em função das circunstâncias em que o mesmo é praticado. Em termos operativos, do arranjo jurídico-constitucionalmente previsto constata-se que, em certas situações, o Presidente atua com uso pleno da sua autonomia de vontade e em outras atua porque é constitucionalmente obrigado a fazê-lo. Na realidade, na maior parte das vezes, os poderes presidenciais afirmam-se como *voluntários*, pois a sua materialização é efetivada na medida em que o Presidente o quer, e independentemente da vontade de qualquer outro órgão constitucional, como sucede com a suscitação dos diversos processos de controlo da constitucionalidade (sem prejuízo de algumas, poucas, exceções já a seguir referidas) ou com a promulgação de diplomas.

Em outras situações, porém, o seu poder de vontade encontra-se fortemente limitado ou é mesmo inexistente, pois a própria Constituição impõe determinada forma de atuar ou determinado sentido decisório, como sucede, por exemplo, com a obrigatoriedade de submissão a controlo preventivo da constitucionalidade e da legalidade das propostas de referendo que lhe tenham sido enviadas pela Assembleia da República ou pelo Governo²⁸; com a obrigatoriedade de veto — como vimos — nos casos de pronúncia do tribunal constitucional no sentido da inconstitucionalidade²⁹; ou com a obrigatoriedade de promulgação das leis constitucionais³⁰.

Cumprе enfatizar que a consideração de atos voluntários ou obrigatórios não coincide com a aludida no apartado anterior (atos reservados e não reservados; exclusivos e não exclusivos), pois, se por um lado existem atos totalmente reservados e exclusivos do Presidente e este não ser autónomo na sua decisão — pois pode estar obrigado a tomá-la, como será o caso do veto no seguimento da pronúncia de inconstitucionalidade relativamente a um diploma de abrangência nacional, ou a solicitação do controlo preventivo da constitucionalidade de uma proposta de referendo — por outro lado, existem atos que podem não ser absolutamente reservados — dependendo

²⁸ Assim, artigo 115.º, n.º 8, da CRP.

²⁹ V. artigo 279.º, n.º 1, da CRP.

³⁰ V. artigo 286.º, n.º 3, da CRP.

de audição de outro órgão —, mas completamente conformado em termos de decisão e vontade por parte do Presidente, como sucede com o ato de dissolução do parlamento.

Por outro lado, pese embora a evidência de existência de atos voluntários, no sentido acima exposto de conformados exclusivamente pela vontade presidencial, torna-se relevante enfatizar que nem sempre essa voluntariedade é absoluta, pois, sendo certo que o Presidente atua porque quer, a verdade é que, na maior parte das vezes, não atua *como* quer, desde logo porque existem (i) pressupostos materiais para a prática dos atos³¹ e (ii) estabelecem-se balizas temporais demarcadas constitucionalmente³².

Além disso, e como também já resulta do antedito, por vezes a sua vontade é contornável ou superável, por exemplo, por meio da confirmação pela Assembleia da República de diplomas por si vetados³³, o que implica a consequência prática de que os mesmos podem entrar em vigor, não obstante a desaprovação do Presidente.

3.2.6. Atos de eficácia interna e de eficácia externa (internacional ou europeia)

Em termos de projeção ou irradiação dos respetivos efeitos, os atos do Presidente podem ser classificados como tendo eficácia interna ou externa, nos termos seguintes:

- Os atos de eficácia interna são aqueles que, em geral, veem a produção dos seus efeitos limitados ao ordenamento jurídico interno (português), como acontece com os atos promulgação ou veto de diplomas internos (v.g., leis, decretos-leis, decretos regulamentares), a nomeação ou exoneração dos titulares de órgãos constitucionais, como os membros do Governo, os Representantes da República, o presidente do Tribunal de Contas ou o Procurador-Geral da República; a submissão a referendo

³¹ V., por exemplo, artigos 19.º, n.º 2, e 195.º, n.º 2, da CRP.

³² V., por exemplo, artigos 113.º, n.º 6; 136.º, n.ºs 1 e 4; 172.º, n.º 1; ou 278.º, n.º 3, da CRP.

³³ Por exemplo, artigo 136.º, n.ºs 2 e 3, da CRP.

- de questões de relevante interesse nacional ou a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência;
- Os atos de eficácia externa são aqueles que projetam os seus efeitos, de modo mais ou menos direto, em relação à comunidade internacional ou a outro(s) ordenamento(s), como será o caso dos atos de nomeação de embaixadores, de acreditação dos representantes diplomáticos estrangeiros, de ratificação de tratados internacionais, ou de requerimento ao Tribunal Constitucional da apreciação preventiva da constitucionalidade de normas constantes de convenções internacionais.

Embora não constitua o cerne das presentes reflexões, não deixa de ser pertinente salientar que, no quadro do sistema constitucional português, o estatuto do Presidente da República assume uma importância incontornável no âmbito da política externa (internacional e europeia), como bem o demonstra a circunstância de existir um preceito (artigo 135.º da CRP) especificamente dedicado a tal matéria, bem como o facto de os diplomas por si vetados respeitantes a relações externas necessitarem de uma maioria muito acrescida para serem confirmados pela Assembleia da República³⁴. É certo que a definição dessa política não lhe incumbe, mas num quadro assim desenhado, não pode deixar de se concordar com a ideia de que o Presidente se encontra adstrito a um *dever constitucional* de participar nessas matérias³⁵.

3.2.7. Atos de exercício ordinário e de exercício extraordinário

Assumindo como critério distintivo as circunstâncias jurídicas, políticas e fáticas debaixo das quais os atos presidenciais são praticados, torna-se viável constatar que grande parte deles são efetivados ou materializados em situações ou conjunturas de regularidade e normalidade constitucional. Com efeito, quando procede à promulgação de um diploma proveniente da Assembleia da República ou do Governo, quando nomeia os membros do Governo sob proposta do Primeiro-Ministro, ou ainda quando marca, nos

³⁴ Cf. artigo 136.º, n.º 3, alínea a), da CRP.

³⁵ Assim, Paula VEIGA, *O que faz do Presidente da república um presidente republicano...*, op. cit., p. 209.

tempos legalmente previstos, o dia das eleições para os diferentes órgãos, o Presidente está a atuar no contexto de circunstâncias que se podem considerar normais, constituindo as suas atuações o mero reflexo da regular vivência institucional democrática num Estado de Direito. Porém, em algumas outras (poucas) situações, essa atuação emerge em contexto de *extraordinariedade*, seja em sentido positivo, seja em sentido negativo. No primeiro caso, basta pensar, por exemplo, no indulto e comutação de penas, ou na concessão de condecorações (se for entendido, naturalmente, que tais atos não devem ser recorrentes e banalizados); no segundo, ganham relevo os atos praticados em conjunturas de convulsão, emergência, ou mera crise, como, por exemplo, a presidência do Conselho de Ministros, a convocação extraordinária da Assembleia da República, ou a sua dissolução — bem assim como a dissolução das Assembleias Legislativas das Regiões autónomas —, a demissão do Governo, a exoneração dos titulares de um órgão constitucional (e.g., os Representantes da República, o presidente do Tribunal de Contas ou o Procurador-Geral da República), a pronúncia sobre uma “emergência grave para a vida da República”, a declaração de guerra ou a declaração do estado de sítio ou de emergência. Compreensivelmente, nas situações mais graves (como as acabadas de apontar em último lugar), justifica-se a sujeição da vontade presidencial a um revestimento jurídico-constitucional também ele agravado, o qual passará, por exemplo e consoante os casos, pela audição obrigatória do Conselho de Estado ou pela autorização da Assembleia da República.

3.3. A forma dos atos presidenciais

Como resulta do exposto, os atos do Presidente da República — relativamente aos quais apenas se sinalizaram perfunctoriamente alguns aspetos do respetivo regime —, não são livremente levados à prática, sem prejuízo da maior ou menor margem de conformação de vontade que lhes pode estar inerente. Viu-se já que existem, por exemplo, exigências procedimentais relativas à necessidade de audição de certos órgãos (como o Conselho de Estado ou os partidos *com assento parlamentar*) ou ao respeito de certos prazos, sem o cumprimento das quais o ato presidencial não poderá deixar de ser considerado *contra legem*. Questão problemática será a das eventuais considerações dessa desconformidade, questão relativamente à qual não incidirá presentemente

o foco analítico, afigurando-se mais pertinente continuar no âmbito das exigências apostas aos atos, e particularmente as relacionadas com a forma a que os mesmos, e a respetivas exteriorizações de vontade, devem obedecer.

Embora o invólucro jurídico possa não ser decisivo e haja alguma tendência para considerar que os atos jurídicos (e políticos) relevam pela substância e não pela forma, a verdade é que o modo como os mesmos se exteriorizam não deixa de ser significativo.

Admitindo que existirão atos que se autoconfiguram e que não assumem uma forma jurídica específica *per se* (como a promulgação ou a assinatura de diplomas, ou a declaração de guerra), e que relativamente a outros atos pontuais diferentes roupagens ou revestimentos poderão ser considerados (como o despacho³⁶ ou o alvará³⁷), ganham especial relevo neste contexto as *mensagens*, os *requerimentos* e os *decretos*³⁸.

Em primeiro lugar, a vontade presidencial pode verbalizar-se por meio de mensagens, quer abstratamente direcionadas (*erga omnes*), quer especificamente dirigidas. É que acontece, designadamente, nas denominadas *comunicações ao país*, quando entende estar-se em presença de uma emergência grave para a vida da República³⁹. Nestas situações, não pode deixar de se reconhecer que a mensagem, mesmo incorporando pouco mais do que uma declaração de ciência, materializa um verdadeiro ato político (não necessariamente jurídico) com significado autónomo, transportando um juízo de valor e uma posição determinada a propósito de um concreto problema constitucional e, decerto, introduzindo a potencialidade de alterações normativas. Mas não apenas. A mensagem é também utilizada quando o Presidente⁴⁰:

- i) Pretende dirigir-se de modo genérico à Assembleia da República ou às Assembleias Legislativas Regionais;

³⁶ Cf. artigo 20.º, n.º 3, da Lei n.º 15-A/98 (Lei Orgânica do Regime do Referendo).

³⁷ Cf. artigo 49.º da Lei n.º 5/2011 (Lei das Ordens Honoríficas Portuguesas).

³⁸ A respeito do tema da forma dos respetivos atos, v. Jorge MIRANDA, *Actos e funções do Presidente da República*, *op. cit.*, pp. 274 e ss.

³⁹ Cf. artigo 134.º, alínea e), da CRP.

⁴⁰ Cf., respetivamente, artigos 134.º, alínea d); 136.º, n.º 1; e artigo 131.º, n.º 1, da CRP.

- ii) Exerce o veto político relativamente a diplomas provenientes da Assembleia da República e, em consequência, solicita a esta, fundamentando, uma nova apreciação do diploma⁴¹; ou
- iii) Pretende renunciar ao mandato.

Em segundo lugar, o Presidente pode exteriorizar a sua vontade e o seu agir por meio de requerimento ou solicitação, naturalmente naquelas situações em que a sua atuação assume uma natureza não decisória, mas meramente propulsória. É o que se passa, nomeadamente, em sede de controlo da constitucionalidade (i) preventivo ou por omissão — casos em que a propulsão assume a forma de *requerimento* — ou (ii) sucessivo abstrato — casos em que a forma será a de *solicitação*. Aqui, como patentemente se infere, o Presidente nada decide sobre a questão de fundo (a existência de desconformidade com a Constituição), limitando-se somente a tomar uma iniciativa. Sem prejuízo, e como já acima se adiantou, esta última não será desprovida de relevância jurídica, suscitando na esfera jurídica do Tribunal um dever de apreciação (sob pena, como se disse, de eventual responsabilidade disciplinar).

Mas sem dúvida que o mais corrente invólucro jurídico de revestimento dos atos de vontade do Presidente da República será o *decreto*, pois muitos são os atos relativamente aos quais a própria Constituição, direta ou indiretamente⁴², liga esta forma jurídica, a qual até se pode considerar subsidiária relativamente a outros invólucros⁴³. Apresentam-se, a título exemplificativo,

⁴¹ De um ponto de vista puramente formal, não parece que o veto tenha uma específica forma jurídico-constitucional associada, pois o que passa, na realidade, é que o Presidente *devolve* o diploma *sem promulgação*, comunicando o facto ao órgão que o emanou. Simplesmente — numa solução que poderá ser lida como uma *preferência do Parlamento* —, nos casos em que o diploma provém da Assembleia da República, o Presidente solicita a esta, “em mensagem fundamentada”, uma nova apreciação do diploma (artigo 136.º, n.º 1, da CRP), enquanto que nos casos em que provém do Governo se limita a comunicar por escrito o sentido da sua decisão (artigo 136.º, n.º 4, da CRP). Em todo o caso, o veto não configurará um ato *per se* formalmente autonomizável. V., a propósito, Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS (coords.), *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, 4.ª edição, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, anotação ao artigo 136.º, p. 202.

⁴² V., por exemplo, artigos 35.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 15-A/98 (Lei Orgânica do Regime do Referendo) ou 227.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade. Evidentemente que o decreto presidencial que aqui se refere não se confunde — até porque não assume, na maior parte das vezes, conteúdo normativo — com as restantes formas e tipos de decretos constitucionalmente previstos, nomeadamente os decretos-lei (artigo 198.º da CRP), os decretos regulamentares [artigos 199.º, alínea c), e 112.º, n.º 6, da CRP] e os decretos simples (artigo 136.º, n.ºs 1 e 4, da CRP), os quais consistem respetivamente, em atos legislativos emanados pelo Governo, regulamentos provenientes do mesmo, ou atos em trânsito entre aprovação e promulgação.

⁴³ Neste sentido, v. acórdão do TC n.º 36/2002.

os seguintes atos (naturalmente, as *atuações* não seguem, neste sentido, determinada forma jurídica):

- A marcação do dia de eleições;
- A convocação de referendos e a marcação da referida data;
- A convocação extraordinária da Assembleia da República;
- A dissolução da Assembleia da República ou das Assembleias Legislativas Regionais;
- A nomeação, designação, ou exoneração, consoante os casos, dos titulares de cargos públicos (v.g., Primeiro-ministro, membros do Governo, Representantes da República, Presidente do Tribunal de Contas, Procurador-geral da República, Vogais dos Conselhos Superiores, Embaixadores, etc.);
- A ratificação de tratados internacionais;
- A declaração dos estados de exceção constitucional (estado de sítio e estado de emergência);
- A concessão de um indulto.

Em todos estes casos, os decretos devem ser publicados em Diário da República, sob pena de ineficácia jurídica⁴⁴.

4. Da integração sistémica da atuação presidencial (proeminência moderada)

Após as partes, o todo.

Depois de colocar o foco “isoladamente” no ator (apartado 2.) e nos atos (apartado 3.), deve avançar-se no sentido da integração do Presidente no âmbito da *totalidade ordenada* em que sistema jurídico-político constitucionalmente previsto se materializa. Por outras palavras: cuidar-se-á aqui de tentar captar a posição do Presidente no quadro que emerge da CRP, integrando-o no sistema relacional globalmente considerado.

⁴⁴ Cf. artigo 119.º, n.º 1, alínea d), e n.º 2, da CRP.

Neste contexto, parece adequado afirmar que, em termos de integração no sistema, o Presidente da República detém um estatuto de *proeminência moderada*.

Procurar-se-á ver em que termos, desdobrando a análise em dois segmentos: um respeitante à dimensão material (proeminência) outro respeitante à dimensão predicativa (moderada).

4.1. Da *proeminência*

Já acima se mencionou que a marca distintiva do sistema organizatório constitucional português será o equilíbrio em termos de não se afirmar um sinal *genérico* e *saliente* de superioridade de um órgão relativamente aos restantes. Sem prejuízo, é possível vislumbrar, aqui e além, alguns sinais *específicos* reveladores de uma posição presidencial de proeminência. De entre os mesmos, enfatizam-se os seguintes:

– Num certo sentido (aproveitando as apropriadas palavras de Paulo Otero) “todos os governos são governos de iniciativa presidencial”, na medida em que ao Presidente cabe um certo poder de controlo do elenco governativo, pois por si passa obrigatoriamente — insiste-se: obrigatoriamente — a respetiva nomeação⁴⁵;

– É perante o Presidente da República que o Primeiro-Ministro e o Governo (a quem, importa salientar, compete a condução da política geral do país) respondem⁴⁶, podendo assim afirmar-se que o primeiro desempenha, ou pode desempenhar, um papel atuante e ativo — ou, no mínimo, influenciador —, mais ou menos interventivo ou laborioso, no desenho dos destinos políticos;

– É ao Presidente da República que está reservado um papel determinante no sentido de influenciar decisivamente os ciclos

⁴⁵ V. Paulo OTERO, “Quando pode o Presidente da República nomear um governo de iniciativa presidencial?”, *Direito & Política*, n.º 2, p. 126. Cf. artigos 133.º, alíneas f) e h), e 187.º da CRP.

⁴⁶ Cf. artigos 182.º, 190.º e 191.º da CRP.

políticos nacionais internos, designadamente, quebrando-os ou terminando-os, na medida em que dispõe das importantes prerrogativas de demitir o Governo e, cumulativamente ou não, dissolver a Assembleia da República ⁴⁷. Deste modo, é na sua determinação de vontade, baseada em estritos critérios de oportunidade (conveniência), que repousa a subsistência do arranjo político emergente dos atos eleitorais;

- Todas as mais relevantes normas jurídicas nacionais e internacionais (designadamente, atos legislativos, convenções internacionais e alguns atos regulamentares provenientes da Assembleia da República ou do Governo, consoante os casos) passam obrigatoriamente pelo crivo da sua apreciação, seja pela necessidade de promulgação ou assinatura (cuja falta gerará inconstitucionalidade procedimental e mesmo inexistência jurídica ⁴⁸), seja pelo poder-dever de as sujeitar a controlo preventivo ou sucessivo da constitucionalidade (e da legalidade reforçada). Nesta medida, pode afirmar-se que nenhuma norma relevante entra em vigor sem que o Presidente se pronuncie a respeito, desempenhando ele um importantíssimo papel de controlador da validade do material jurídico-normativo;
- Em situações excecionais de crise, podem por si ser assumidas funções de *direção de facto* de outros órgãos de soberania, designadamente mediante as possibilidades de convocação extraordinária da Assembleia da República ou de presidência do Conselho de Ministros⁴⁹.

Como se vê, não se trata da consideração constitucional de um poder neutral, resumido a um mero árbitro ou mediador de situações conflituais,

⁴⁷ Na realidade, a demissão do Governo poderá ser seguida, (i) quer da dissolução do Parlamento e convocação de eleições, (ii) quer, no quadro parlamentar vigente, do empossamento de um novo Primeiro-Ministro e conseqüente Governo, assim o Presidente entenda que estão reunidas as condições de viabilidade político-constitucional. V., a respeito, uma vez mais, Carlos Blanco MORAIS, *Quando pode o Presidente da República...*, *op. cit.*, pp. 96 e ss.

⁴⁸ Cf. artigo 137.º da CRP.

⁴⁹ Cf. artigos 133.º, alíneas c) e i), e 174.º, n.º 4, da CRP.

e, muito menos, de um órgão de soberania simbólico, com um estatuto decorativo ou meramente protocolar.

É, em todo o caso, uma proeminência moderada.

4.2. Da proeminência *moderada*

O legislador constituinte português procurou ser particularmente cauteloso no arranjo dos poderes constitucionais e políticos, tentando — sem prejuízo de pontuais prerrogativas de reserva, bloqueio, ou cassação — afastar qualquer manifestação de subalternidade ou pretensão de superioridade de um órgão constitucional (e particularmente, de soberania) relativamente a outro(s)⁵⁰. Neste sentido, e mesmo aceitando o referido *estatuto de proeminência*, ao Presidente da República é dispensado um enquadramento jurídico-constitucional que não pode deixar de ser tematizado num quadro de equiordenação, resultando difícil, senão impossível, qualificar o sistema como presidencialista.

De uma leitura objetiva dos enunciados normativos constitucionais, decorre que toda a atuação do Presidente é, de modo mais ou menos enfático, balizada, senão, veja-se:

- Grande parte dos seus atos depende da atuação de outros órgãos constitucionais ou de soberania para terem existência, validade e eficácia jurídica plenas, sendo que tal atuação tanto pode ser prévia (sob a forma de autorização⁵¹, proposta⁵² ou audição⁵³) como posterior (referenda ministerial⁵⁴);
- Como se já se adiantou, não dispõe de prerrogativas de definição e determinação das suas próprias competências (as quais são sempre constitucionalmente ancoradas), e alguns dos seus atos são constitucionalmente imperativos — pese embora,

⁵⁰ V. Paulo OTERO, *Direito Constitucional Português, op. cit.*, pp. 17, 18.

⁵¹ Cf., por exemplo, artigo 138.º, n.º 1, da CRP.

⁵² Cf., por exemplo, artigos 133.º, alíneas h), m), e p), e 135.º, alíneas a) e c).

⁵³ Cf., entre outros, artigos 133.º, alíneas e) e j), e 138.º, n.º 1, da CRP.

⁵⁴ V. artigo 140.º da CRP.

reconheça-se, em situações pontuais e até certo ponto excepcionais —, identificando-se, nomeadamente, casos de promulgação obrigatória⁵⁵, veto obrigatório⁵⁶, e submissão obrigatória a fiscalização preventiva da constitucionalidade⁵⁷.

Acresce que, em regra (e não se trata de um pormenor), o Presidente da República não pode ausentar-se do território nacional sem o assentimento da Assembleia da República, sob pena de perda do cargo⁵⁸.

Pois bem, no referido quadro de equiordenação, no contexto do qual não se reconhecem prerrogativas absolutas de superioridade presidencial — nem, diga-se parlamentar ou governamental —, e onde se exige que *todos dependam de todos, espera-se do Presidente e em relação ao Presidente*, lealdade institucional⁵⁹, num duplo sentido:

- i) *positivo*, buscando consensos, limando dissonâncias, e erigindo pontes de diálogo nas ocasiões de turbulência, contribuindo para a harmonia do arranjo organizatório institucional e para prossecução do programa de governo aprovado nos termos constitucionais;
- ii) *negativo*, não criando obstáculos escusados (como vetos, por exemplo) à atuação alheia, evitando conflitos institucionais estéreis (v.g., decorrentes de mensagens imponderadas) e, em geral, precavendo espaços de desequilíbrio.

⁵⁵ Cf. artigos 136.º, n.º 2, e 286.º, n.º 3, da CRP.

⁵⁶ Cf. artigo 279.º, n.º 1, da CRP.

⁵⁷ Cf. artigo 115.º, n.º 8, da CRP.

⁵⁸ Cf. artigo 129.º da CRP.

⁵⁹ A respeito deste princípio, v. Jaime VALLE, “O princípio da lealdade institucional nas relações entre os poderes públicos - alguns aspetos gerais”, *Direito & Política*, n.º 1, pp. 63 e ss. Como pertinentemente salienta o autor, o *princípio da lealdade* não se confunde com o (mais restrito) princípio da solidariedade, pois este último pressupõe uma relação de sintonia política entre os atores em causa que não tem que existir no primeiro. Na realidade, o princípio da solidariedade encontra o seu âmbito primacial de aplicação nas situações em que os diversos titulares de um órgão colegial se encontram politicamente vinculados a um conjunto determinado de linhas de ação política, como sucede com os membros do Governo ou com os deputados de um grupo parlamentar entre si, resultando daí uma redução do seu espaço de autonomia política (decisória). No quadro do princípio da lealdade institucional, diferentemente, os diferentes órgãos e titulares autodeterminam-se politicamente de forma independente. V., a propósito, *op. cit.*, p. 65, e, ainda, Paulo OTERO, *Direito Constitucional Português*, *op. cit.*, p. 23.

Trata-se, como bem se compreende, do reconhecimento de que as competências, os poderes e os órgãos são, de Direito e de facto, interdependentes, como, de resto, a própria Constituição o prescreve⁶⁰. Por conseguinte, nenhum órgão constitucional ou de soberania atua, ou pode atuar, em aberta dissonância com os restantes, sob pena da violação do dever de lealdade e da quebra da relação fiduciária que sempre deve existir entre eles. Aliás, caso tal violação se dê por verificada, um duplo quadro reativo se vislumbra (quadro esse que se demonstra um pouco difuso mas que, em qualquer caso emerge, insiste-se, a partir dos dados jurídico-constitucionais):

- Quando se trate de uma violação por parte dos outros órgãos em relação ao Presidente, poderá afirmar-se que se está perante uma situação de irregular funcionamento das instituições democráticas, o que poderá fundar a demissão do Governo ou a dissolução da Assembleia da República;
- Quando se trate de uma violação por parte do próprio Presidente relativamente aos outros órgãos, emergem, quer as tradicionais sanções políticas (emergentes, sendo caso disso, do voto e da reprobção popular, mais efetivas em casos de *primeiro mandato*), quer as sanções jurídicas, designadamente sob a forma de perda de mandato⁶¹ ou de responsabilidade⁶².

Intenta-se, com este quadro de compensações de poder, um arranjo político-organizatório equilibrado, estável e, principalmente, perdurável (*perene*), o que, com razoabilidade, se poderá dizer que foi conseguido. A CRP, quando adequadamente interpretada, fornece os dados normativos ajustados para nutrir um sistema sólido, cuja legitimidade não deve ser colocada em

⁶⁰ V. artigo 111.º, n.º 1, da CRP.

⁶¹ Cf. artigo 129.º, n.º 3, da CRP.

⁶² Embora seja um tópico muito interessante, a questão da efetivação da(s) responsabilidade(s) em relação ao Presidente da República não poderá, atenta a natureza do presente escrito, ser aqui abordada. Em todo o caso, concorda-se com a mais autorizada doutrina quando refere que “os atentados graves e intencionais [à] garantia da Constituição [não] podem deixar de constituir crimes”, aqui se incluindo, designadamente, a colocação em crise do regular funcionamento das instituições democráticas. V., a respeito, Paulo OTERO, *Direito Constitucional Português*, *op. cit.*, pp. 218, 219; J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, *op. cit.*, anotação ao artigo 136.º, p. 203; e Cristina QUEIROZ, *Os poderes do Presidente da República*, *op. cit.*, pp. 231 e ss. Cf., ainda, artigos 117.º e 130.º da CRP.

crise e que, sem prejuízo de pontuais ineficiências, revela-se apto a merecer a confiança dos destinatários.

5. Tópicos conclusivos

Em modo conclusivo, e em termos de apreciação, é possível afirmar que o estatuto jurídico do Presidente da República, no quadro do ordenamento jurídico-constitucional português, é marcado por uma muito benéfica (e acertada) ideia de equilíbrio. Equilíbrio no que diz respeito à definição das competências e dos atos que pode praticar, e também equilíbrio no que concerne à delimitação dos eixos relacionais que se podem estabelecer com os restantes órgãos, principalmente o Governo e a Assembleia da República. Foi erigido um sistema que, longe de poder ser caracterizado como “presidencialista”, também não dispensou ao Presidente um estatuto subordinado, meramente cerimonial ou protocolar, antes o encarando como um ator de *unidade, integração e síntese*, reconhecendo-lhe importantíssimas funções políticas, designadamente ao nível da subsistência dos arranjos políticos emergente dos atos eleitorais. Acresce que, de um ponto de vista puramente jurídico-normativo, todas as mais importantes normas jurídicas devem passar pelo seu crivo de apreciação. É verdade que, em certos passos, o legislador constituinte não foi exaustivo e absolutamente convincente, mas, apesar disso, a moldura normativa por si traçada é suficientemente clara, ao ponto de permitir uma aplicação estável e sem sobressaltos ao longo de várias décadas.

Liber Amicorum

Benedita Mac Crorie

Este livro é uma homenagem de amigas, amigos e colegas à Benedita Mac Crorie (1977-2021). Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (2000), doutora em Direito, na área do Direito Público, pela Universidade Nova de Lisboa (2011), foi professora na Escola de Direito da Universidade do Minho durante 20 anos.

Nele se reúne a biografia, quatro testemunhos e sessenta estudos, escritos para celebrar a vida da Benedita Mac Crorie e a amizade, que tanto e tão bem cultivou sempre.

Coordenadoras

A. Sofia Pinto Oliveira

Patrícia Jerónimo



UMinho Editora



Universidade do Minho

ISBN 978-989-8974-86-0



9 789898 974860 >