

Liber Amicorum
**Benedita
Mac Crorie**

Volume II



UMinho Editora

Luísa Neto
Márcia Antunes Gomes
Marco Carvalho Gonçalves
Margarida Santos
Maria Benedita Urbano
Maria Clara Calheiros
Maria de Assunção do Vale Pereira
Maria Irene Papa
Maria João Lourenço
Maria João Vasconcelos
Maria Miguel Carvalho
Maria Raquel Guimarães
Maribel González Pascual
Mário Ferreira Monte
Marta Vicente
Miguel Pestana de Vasconcelos
Nuno Manuel Pinto Oliveira
Patrícia Jerónimo
Paula Veiga
Paulo Pinto de Albuquerque e Guillaume
Dartigue
Pedro Coutinho
Ricardo Sousa da Cunha
Rossana Martingo Cruz
Rui Pereira Dias
Rute Teixeira Pedro
Sónia Moreira
Teresa Coelho Moreira
Thamara Romero
Tiago Azevedo Ramalho
Tiago Branco da Costa





UMinho Editora

COORDENAÇÃO DO VOLUME

A. Sofia Pinto Oliveira

Patrícia Jerónimo

AUTORES

Luísa Neto

Márcia Antunes Gomes

Marco Carvalho Gonçalves

Margarida Santos

Maria Benedita Urbano

Maria Clara Calheiros

Maria de Assunção do Vale Pereira

Maria Irene Papa

Maria João Lourenço

Maria João Vasconcelos

Maria Miguel Carvalho

Maria Raquel Guimarães

Maribel González Pascual

Mário Ferreira Monte

Marta Vicente

Miguel Pestana de Vasconcelos

Nuno Manuel Pinto Oliveira

Patrícia Jerónimo

Paula Veiga

Paulo Pinto de Albuquerque e Guillaume

Dartigue

Pedro Coutinho

Ricardo Sousa da Cunha

Rossana Martingo Cruz

Rui Pereira Dias

Rute Teixeira Pedro

Sónia Moreira

Teresa Coelho Moreira

Thamara Romero

Tiago Azevedo Ramalho

Tiago Branco da Costa

Anabela Susana de Sousa Gonçalves

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 978-989-8974-87-7

ISBN impresso 978-989-8974-88-4

DOI <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105>

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.

LIBER AMICORUM
BENEDITA MAC CRORIE

Volume II

Estudos

<i>Academia, Luísa Neto</i>	11
A valorização do princípio do Estado de Direito Democrático por via dos institutos da prescrição e da caducidade no contexto tributário, <i>Márcia Antunes Gomes</i>	19
Tutela cautelar conservatória: perspectivas jurisprudenciais sobre o arresto e o arrolamento, <i>Marco Carvalho Gonçalves</i>	37
O Regulamento (UE) 2018/1805 relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda – alguns apontamentos, <i>Margarida Santos</i>	63
A idade dos deveres ou tão só levar mais a sério os deveres fundamentais?, <i>Maria Benedita Urbano</i>	81
Justiça Poética na obra de Sophia de Mello Breyner Andresen. Notas soltas para o exercício do ofício de jurista, <i>Maria Clara Calheiros</i>	105
Breve análise sobre o caso relativo ao genocídio rohingya perante o Tribunal Internacional de Justiça, <i>Maria de Assunção do Vale Pereira</i>	119
Le dichiarazioni degli Stati produttive di effetti giuridici vincolanti nei lavori di codificazione dalla Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite sugli atti unilateral, <i>Maria Irene Papa</i>	143

SUMÁRIO

Reflexões em torno das dificuldades probatórias no crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência praticado contra indivíduos com deficiência intelectual, <i>Maria João Lourenço</i>	163
Algumas questões e perspectivas em torno da eutanásia, <i>Maria João Vasconcelos e Margarida Santos</i>	193
A tutela da propriedade intelectual na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, <i>Maria Miguel Carvalho</i>	205
Alguns aspectos do regime dos contratos de crédito à habitação, <i>Maria Raquel Guimarães</i>	227
“An ever closer Union”. Una UE más allá de la integración económica, <i>Maribel González Pascual</i>	249
Para os crimes interpessoais, urge resgatar uma abordagem criminológica que eleve o papel da vítima e potencie a ressocialização do agente: um desafio velho, mas atual, <i>Mário Ferreira Monte</i>	255
A garantia patrimonial no direito constitucional norte-americano: de <i>Lochner</i> à 5.ª emenda e <i>back again?</i> , <i>Marta Vicente</i>	267
Obrigações alternativas e com faculdade alternativa, <i>Miguel Pestana de Vasconcelos</i>	291
Sobre o regime processual da alteração das circunstâncias, <i>Nuno Manuel Pinto Oliveira</i>	301
O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência multicultural do Tribunal Constitucional português, <i>Patrícia Jerónimo</i>	331
Uma Lição da Pandemia: Renúncia à Globalização ou Limites a essa Renúncia? Ressignificação do Estado, <i>Paula Veiga</i>	381
“Filhos de um Deus Menor”: migrantes e refugiados ao abrigo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, <i>Paulo Pinto de Albuquerque e Guillaume Dartigue</i>	391

A Constituição e as Forças Armadas – algumas reflexões, <i>Pedro Coutinho</i>	439
Contributos para o desenvolvimento do Direito Constitucional Comparado, <i>Ricardo Sousa da Cunha</i>	455
Ensinar Direito das Sucessões no séc. XXI – (ainda) a visão <i>jusfamiliar</i> tradicionalista no fenómeno sucessório do Código Civil, <i>Rossana Martingo Cruz</i>	479
CSDD (<i>Corporate Sustainability Due Diligence</i>) e Direito Internacional Privado na Proposta de Diretiva de 23 de fevereiro de 2022, <i>Rui Pereira Dias</i>	493
De uma noção estatutária a uma noção funcional de família no Direito português sob a égide da jurisprudência do TEDH desenvolvida à luz da teoria margem de apreciação dos Estados: breves reflexões sob pretexto de diálogo com Benedita Mac Crorie, <i>Rute Teixeira Pedro</i>	513
IA e Robótica: a caminho da personalidade jurídica?, <i>Sónia Moreira</i>	537
Gestão algorítmica, <i>Teresa Coelho Moreira</i>	551
De la competencia y propiedad intelectual para estimular la producción local de medicamentos en los países en desarrollo después del COVID-19, <i>Thamara Romero</i>	569
A renúncia a direitos: notas sumárias sobre o seu regime de Direito Civil, <i>Tiago Azevedo Ramalho</i>	591
O altruísmo (económico?) de dados: breves considerações sobre o espaço europeu de dados de saúde e a proteção de dados pessoais, <i>Tiago Branco da Costa</i>	613
A autonomia da vontade no âmbito das responsabilidades parentais no Regulamento Bruxelas II <i>ter</i> , <i>Anabela Susana de Sousa Gonçalves</i>	645

ESTUDOS

ACADEMIA

Luísa Neto*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.1>

In memoriam da Benedita MacCrorie, que me foi aluna, colega, amiga e luz.

1. Lembro-me de em inícios de 2002 ter escrito ao então Bastonário da Ordem dos Advogados a propósito de uma intervenção televisiva em que se referia às “radicais” diferenças entre o ensino português e norte-americano em que os professores forneceriam o endereço de correio electrónico aos estudantes. Explicava-lhe então que a preocupação com a qualidade do ensino do Direito ministrado no ensino superior me parecia ser desejável, louvável e a todos os títulos de promover. Mas que os discursos redondos e supostamente exemplares sobre o que “se faz lá fora”, de tão fáceis se podem revelar incorrectos e provincianos, desconformes com a realidade e que – nomeadamente quando em áreas do conhecimento muito diversas – deixam transparecer algum desconhecimento em relação ao que hoje é e se deseja ser o ensino do Direito.

Nem me deterei no exemplo do que é hoje óbvio método de comunicação e de resolução de dúvidas que os estudantes sabem ter ao seu dispor, fora do horário das aulas ou de atendimento. Mas o acompanhamento

* Professora Associada com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Endereço de correio electrónico lneto@direito.up.pt.

pressuposto revela-se também na disponibilização do método de avaliação contínua ou distribuída – como agora se usa dizer –, mesmo que muitas vezes coartada por necessidades de distribuição de serviço que não permitem o respectivo fôlego. Essencial é a busca da assimilação que os estudantes fazem da matéria, tentando fazer do Direito um ensino vivo, mais do que uma reprodução estéril, estagnada e estagnante de conhecimentos, sabendo que é na relação entre docente e discente que radica, dialecticamente, a capacidade de crescer em saber e no saber necessário a todas e a cada uma das profissões jurídicas que os nossos estudantes queiram vir a trilhar. O processo é biunívoco, obviamente, e independente da distinção funcional dos papéis de professor e estudante.

2. O ensino superior, incluindo as universidades portuguesas, foi abalado, nos últimos anos, por um aumento muito significativo do acesso a todas as áreas de formação e pela diversificação dos seus sistemas e cursos. Tínhamos, há trinta anos, um ensino reservado a uma elite, cumulando um processo de sucessivas exclusões económico-sociais.

Hoje, o aumento do *numerus clausus* levanta problemas que o discurso politicamente correcto leva a calar. De facto, a universalização – ao menos tendencial – do acesso ao ensino superior, que é de saudar enquanto efeito de democratização, implica acolher estudantes com pressupostos culturais muito díspares e que uma Universidade não pode nem tem que colmatar, ao menos na sua totalidade.

Ainda que a formação de pessoas seja hoje – como foi no passado e será no futuro –, a missão histórica fundamental do ensino superior, é preciso criar um ambiente propício à modernização das Escolas, à mobilidade de estudantes e professores e à internacionalização. É que nem as pessoas são as mesmas, nem a formação tem o mesmo significado. E também aqui é ilusório – atendendo à volatilidade do conhecimento e à sua difusão transnacional – pensar que basta melhorar os modelos do passado, introduzindo ligeiras adaptações.

3. Ora, é também certo que muitas vezes a tutela contraditoriamente se retrai quando devia actuar e se aproxima quando devia preservar autonomia. Por isso o conceito de autonomia universitária parece hoje, ao mesmo tempo,

excessivo e insuficiente. *Excessivo*, na medida em que reforça os poderes internos e as lógicas de funcionamento de uma instituição que raramente foi capaz de se auto-reformar. *Insuficiente*, porque não permite às Escolas definirem as suas formas próprias de governo e de gestão. Por isso, do mesmo modo que tenho criticado a proliferação de cursos e especializações, defendo a consolidação de Escolas com diferentes projectos científicos e pedagógicos, de Escolas que se afirmem pela sua identidade própria. É nesta diferença que reside o sentido de uma autonomia que tem como corolário indispensável a responsabilidade.

4. Neste sentido, a missão de formar pessoas é, de facto, indissociável da missão de produzir conhecimento, de produzir ciência e cultura. Esta dinâmica nova, mais exigente do ponto de vista científico, não poderá ter lugar em instituições velhas, rígidas, paralisadas por inércias e resistências.

As mudanças em curso na sociedade contemporânea exigem respostas inovadoras das instituições educativas, quer ao nível da sua organização, quer dos conteúdos e estratégias pedagógicas ou dos meios e processos de trabalho, quer ao nível do relacionamento com públicos muito diversos, com um leque alargado de interesses e objectivos: jovens em formação inicial, graduada e pós-graduada; profissionais em formação contínua ou em processos de reconversão profissional; adultos em busca de uma actualização de conhecimentos ou de uma valorização pessoal. Mas também impõem um novo modelo de relacionamento com o mundo do trabalho e com a sociedade em que vivemos. E isso não se consegue com programas duvidosos de formal qualificação. Há que pensar a preparação académica dos estudantes perspectivando a sua integração no mundo do trabalho, mas sem descurar a sua formação cultural e cívica. De um diplomado do ensino superior espera-se, ainda, que desenvolva competências de acção e compreensão do mundo em que vivemos.

5. É neste sentido importante perceber a Universidade com uma cultura de serviço muito própria e extraordinariamente arreigada na tradição societária da cidade, privilegiando mecanismos específicos de barometrização e de observatório permanente quer da qualidade interna da instituição, quer da qualidade dos serviços prestados directamente à comunidade ou através dos graduados que dela emanam.

O crescimento e a projecção das instituições de ensino superior – sempre suportados em redes e numa política científica compaginável com os nossos congéneres públicos nacionais e em diálogo com os centros estrangeiros de excelência – ancora-se no crescimento científico do corpo docente, e na recompensa da dedicação e do mérito – o que não tem sido feito de todo – nos seus graus, na sua investigação, nas suas publicações, na oferta de formação pós graduada conferente e não conferente de grau, na organização de reuniões científicas, mas também. Mas também, e com aprumo, na projecção dos licenciados, mestres e doutores que lhes são cartão de visita: é com um sorriso que se devem ler os inquéritos de empregabilidade e testemunhar o agrado com que são abraçados no mercado de trabalho, vibrar com os resultados que possam alcançar em concursos nacionais de acesso às mais tradicionais profissões jurídicas.

E é – deve ser – esse o sentido da avaliação como condição essencial ao desenvolvimento da qualidade do ensino superior, ao invés de uma avaliação estéril e/ou de acordo com parâmetros e metodologias discutíveis e/ou discutidas, alinhada em falaciosa comparabilidade com instituições de diversa índole, mister ou longevidade.

É que a primeira etapa da avaliação interna é a da sensibilização continuada, que visa preparar e consciencializar a comunidade universitária para o acolhimento e participação desta no processo avaliativo, tais como fóruns de integração académica, seminários, publicação de documentos, encontros com líderes discentes, reuniões com as comissões de cursos, estudos de caso, palestras de especialistas internos e externos. A sensibilização permite precisamente que se venha a contribuir de maneira relevante e decisiva para o êxito do plano de desenvolvimento institucional.

Mas se é verdade que uma universidade é – deve ser – mais do que a perspectiva fria orçamental, que constrange e impede a atractibilidade e diversidade de novas contratações, não pode pretender-se ser um punhado de docentes e doutores que, de cara alegre e sem nada mais exigir, lecciona, avalia, atende estudantes, ajuda a formar pessoas, escreve, investiga, participa em júris, gere, adequa cursos a Bolonha, garante acções de formação contínua, capta financiamento, produz relatórios de desenvolvimento estratégico e de auto-avaliação, coordena pós graduações, mestrados e doutoramentos,

organiza cursos de verão e de sensibilização pedagógica, presta serviços à comunidade e assegura representações institucionais.

6. Pedindo emprestadas as palavras de Vasco Pereira da Silva: “[N] uma Universidade em que se encontram indissolivelmente ligadas as tarefas de investigação e de ensino, tanto se exige ao professor de Direito que saiba investigar e construir autonomamente o seu pensamento no domínio da respectiva disciplina científica, como se deve também exigir que ele seja capaz de comunicar, de fazer chegar aos estudantes o fruto da sua investigação e labor doutrinal, numa palavra, que seja capaz de ensinar. De facto seria, no mínimo, muito estranho conceber que um professor de Direito pudesse ser alguém em condições de colocar e de resolver mil e um problemas de natureza dogmático-jurídica, mas demonstrasse, simultaneamente, uma total ignorância no domínio da pedagogia, sendo incapaz de problematizar, sequer, o seu próprio ensino”¹. Ou seja, é importante que se pense mais em passar a formação – de quadros mentais, de raciocínio e actuação – do que a informação. E importa por isso questionar também alguns modelos minorizantes de ensino tutorial no quadro de um ensino universitário que precisamente deve fomentar o espírito crítico e de autonomia. No mesmo sentido, também a excessiva especialização parece um risco. É que a especialização se processa ao nível da informação – muitas vezes em sede de ensino pós-graduado – devendo a formação de base ser de banda ou espectro largo.

7. É que a Universidade é o local onde todos estudam ou devem estudar: professores e estudantes. E isto não significa, ao invés do que muitos temem, que se perca ou desrespeite a noção dos papéis que cada qual tem dentro da instituição. O processo é biunívoco, obviamente, e independente da distinção funcional dos papéis de professor e estudante. Sabemos que somos professores e estudantes, e que isso representa uma diferença, quando é preciso. Mas para um docente é no perceber a inteligência, o raciocínio rápido, o interesse e as qualidades humanas dos estudantes, o vê-los diferentes mas iguais de ano para ano, é o sabê-los apesar de tudo com confiança em nós

¹ Vasco Pereira da SILVA, *Ensinar Direito (a Direito), Contencioso Administrativo, Relatório sobre o Programa, os Conteúdos e os Métodos de Ensino da disciplina de Direito Administrativo II*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 12.

que nos relança no desafio da exigência. Porque se criam laços no quotidiano. Porque se procuram pessoas completas, que isso vem antes de tudo, porque se querem pessoas felizes, verticais e “inteiras”, como diria Ricardo Reis, um dos heterónimos do Pessoa.

8. Devolvam-nos tempo. Estamos verdadeiramente empenhados num esforço de renovação. Mas para que ele vingue é indispensável eliminar permanentes entraves burocráticos e a voragem regulamentadora que nos asfixia. É preciso traçar metas, confiar nas instituições, avaliá-las e responsabilizá-las. Não é preciso tirar-lhes a iniciativa, tudo querer controlar através de despachos, ordenações e directivas. Deixem-nos trabalhar naquilo que é – naquilo que tem que ser – o *core business* das nossas instituições: centrarmo-nos nos nossos estudantes de licenciatura, de mestrado, de doutoramento, sustentar o nosso ensino em investigação de qualidade. Não há novidade neste objectivo? Ainda bem. É que a certeza do que é devido se impõe com uma força avassaladora. As palavras não substituem as obras: “[O] pregar que é falar, faz-se com a boca; o pregar que é semear, faz-se com a mão. Para falar ao vento, bastam palavras; para falar ao coração, são necessárias obras”².

9. Não há valor mais seguro do que a confiança que em nós deposita a sociedade, a cidade, a Universidade, os nossos estudantes. Sabemos da nossa obrigação de estar à altura desta confiança. De ensinar Direito mas de os fazer perceber que há outras coisas a fazer-nos viver com alma, num equilíbrio entre força, inteligência, capacidade de trabalho, perseverança, bom humor, generosidade, lealdade, solidariedade e justiça - no sentido mais amplo do termo que nos anima.

Aos estudantes se pede que façam também a sua parte, também. Que não exijam o impossível, percebam que o estudo não se faz por sebatas, que estudar não é apenas sentarem-se a conversar na biblioteca – por bonita que saibamos que é –, que estarem numa Universidade Pública significa que as vossas propinas são também custeadas pelo Estado porque têm que ter a responsabilidade de aproveitar a oportunidade que lhes é dada. Que levem as

² Padre António VIEIRA, *Sermão da Sexagésima pregado na Capela Real no ano de 1655*, Parte IV.

coisas a sério, todos os que ainda estão, os que saíram e voltam e dão notícias. Que não nos desapontem e aceitem o nosso orgulho.

10. A comunidade universitária que constituímos e formamos tem que ser a tradução viva dos valores e virtudes que professamos, para neles integrarmos progressivamente os que nos procuram, de modo a que possam ser amanhã fermento na massa.

Sebastião da Gama, inspirado pela Serra da Arrábida, a sul, escreveu num dos seus Diários que não há melhor sensação do que a de ter dado uma aula bem dada. E é verdade. Quando isso acontece – infelizmente não é sempre! – é mesmo uma sensação bonita, aquela de que se passou a corrente. E é essa corrente que faz da Academia casa para os que chegam, para os que passam e para os que querem ficar. Só nesse sentido seremos também instituição – daquelas que vive e perdura no meio social. Só nesse sentido seremos, como escrevia Ortega y Gasset “uma instituição que se intromete na vida, que se envolve nas suas urgências e paixões, que responde com serenidade ao frenesim, com lucidez à frivolidade, com perspicácia à estupidez”³.

Saudades desse futuro. Era disso que falava Pessoa.

³ JOSÉ ORTEGA Y GASSET, *Misión de la Universidad*, Madrid, Revista de Occidente, 1930, pp. 142-143.

A VALORIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO POR VIA DOS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA CADUCIDADE NO CONTEXTO TRIBUTÁRIO

Márcia Antunes Gomes*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.2>

1. Enunciação de propósitos

Com o presente escrito pretende-se demonstrar a forma como a prescrição da prestação tributária e a caducidade do direito à liquidação – os dois institutos jurídicos que melhor espelham a relevância do decurso do tempo no domínio do Direito Tributário – valorizam o princípio do Estado de Direito Democrático, plasmado no artigo 2º, da Constituição da República Portuguesa (CRP), concedendo-lhe viabilidade. Mas não é, na verdade, apenas esse o objetivo que nos move. Não podemos omitir que se anseia igualmente unir o Direito Tributário ao Direito Constitucional e aos Direitos

* Mestre em Direito Tributário e Fiscal, Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas, Investigadora no JusLab – Laboratório de Justiça e na Escola de Investigadores, Bolseira da Fundação para a Ciência e a Tecnologia (bolsa referência 2020.06788.BD); marcia_antunes@live.com.pt.

Fundamentais – o que não se revela de difícil envergadura, uma vez que o dever de contribuir é um pressuposto inerente à própria ordem constitucional¹ –, por forma a tentar prestar uma humilde homenagem à Professora Doutora Benedita Mac Crorie².

Assumindo estes propósitos, começaremos por realizar uma pequena excursão pelo princípio do Estado de Direito Democrático – que tem “uma função aglutinadora e sintetizadora”³ – e por certas regras e princípios difundidos pela Constituição que são integrados por aquele princípio, para, posteriormente, avançar em direção à enunciação de alguns caminhos de ligação entre o princípio do Estado de Direito Democrático e os institutos da caducidade do direito à liquidação e da prescrição da prestação tributária, caminhos esses que nos permitirão demonstrar a forma como estes institutos concedem viabilidade aquele princípio. Sem prejuízo do respetivo desenvolvimento que se fará *infra*, consideramos pertinente destacar no presente momento – atento os propósitos já enunciados –, o caminho do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, porquanto recordamos as aulas da Professora Doutora Benedita Mac Crorie e os seus ensinamentos no sentido de que um Estado amigo dos direitos fundamentais não é apenas aquele que tem um extenso catálogo de direitos fundamentais, mas antes aquele em que se prevejam meios formais de reação a violações desses direitos. Entendemos oportuno citar a este respeito Andreia Sofia Pinto Oliveira e Benedita Mac Crorie: “O verdadeiro teste de um Estado amigo dos direitos fundamentais não se faz lendo a respectiva Constituição e apreciando a extensão do catálogo de direitos fundamentais nela contido ou verificando quais as convenções internacionais de direitos humanos ratificados e aplicáveis nesse Estado. Os indicadores da verdadeira amizade de um Estado pelos direitos fundamentais estão numa cultura de defesa dos direitos fundamentais, numa opinião

¹ Cf. Vítor FAVEIRO, *O Estatuto do Contribuinte, A Pessoa do Contribuinte no Estado Social de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 87. A propósito da importância dos impostos na prossecução e concretização dos direitos *vide* Stephen HOLMES e Cass R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights, Why Liberty Depends on Taxes*, New York, W.W. Norton & Compar, 2000, pp. 20 e ss.

² Recordamos a Professora Doutora Benedita Mac Crorie enquanto docente da Escola de Direito da Universidade do Minho. Tivemos o privilégio de, enquanto alunos, assistir às suas aulas nas unidades curriculares de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais.

³ Cfr. J.J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, vol. I, artigos 1º a 107º, 2014, p. 206.

pública atenta, organizada e capaz de denunciar as compressões aos direitos mais básicos da pessoa humana, no modo como o processo penal está estruturado e [na] *previsão de meios formais de reacção a violações desses direitos*”⁴.

Procuremos agora cumprir a execução dos propósitos enunciados.

2. Regras e princípios integrados pelo princípio do Estado de Direito Democrático

Na sua vertente de Estado de Direito, o princípio do Estado de Direito Democrático, plasmado no artigo 2º, da CRP, permite agregar/integrar um conjunto de outras regras e princípios dispersos pela Constituição, “que densificam a ideia de sujeição do poder a princípios e regras jurídicas, garantindo aos cidadãos liberdade, igualdade e segurança”⁵. Ele integra, entre outros, o acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva (artigo 20º da CRP), a responsabilidade do Estado pelos danos causados aos cidadãos (artigo 22º), a reserva de lei em matéria de restrição de direitos, liberdades e garantias (artigo 18º, nº 3, da CRP) e de criação de impostos (artigo 103º, da CRP), limitações à admissibilidade de leis retroativas (artigos 18º, nº 3, e 103º, nº 3, da CRP), etc. No entanto, “não está à partida excluída a possibilidade de colher dele normas que não tenham expressão directa em qualquer outro dispositivo constitucional, desde que elas se apresentem como consequência imediata e irrecusável daquilo que constitui o cerne do Estado de direito democrático, a saber, a proteção dos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça (especialmente por parte do Estado)”⁶.

⁴ Cf. Andreia Sofia Pinto OLIVEIRA e Benedita MAC CRORIE, *Direitos Fundamentais, Elementos de Apoio*, Braga, AEDUM, 2014, p. 82. Num sentido próximo Jorge MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 149 e 150. Num sentido não totalmente idêntico, mas reforçando a ideia da necessidade de proteção dos direitos humanos básicos e da justiça perante a lei por parte do poder legislativo e judicial vide C. Eugene STEUERLE, “And Equal (Tax) justice for All?”, in Joseph J. Thorndike e Dennis J. Ventry Jr. (coords.), *The Ongoing Debate Tax Justice*, Washington D. C., The Urban Ins, 2002, p. 254.

⁵ Cf. J.J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 205.

⁶ Cfr. J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., pp. 205 e 206.

Também os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança são concretizadores do Estado de Direito Democrático⁷ e, portanto, são também integrados por este princípio com uma função aglutinadora. A segurança jurídica e a proteção da confiança trazem consigo a necessidade de um mínimo de certeza e segurança dos direitos das pessoas e das expectativas juridicamente criadas, o que pressupõe não só a preservação da estabilidade do direito e da ordem jurídica e a proteção da confiança dos cidadãos nessa ordem, como também a proteção das concretas posições dos sujeitos. Aliás, a segurança é um dos elementos materiais que compõe o princípio do Estado de Direito, o que significa que “para os cidadãos, a actuação dos poderes públicos deve ser sempre uma actuação *antevisível, calculável e mensurável*. Num Estado de Direito, as pessoas devem saber com o que contam. As relações entre o poder e os seus destinatários têm por isso que ser fundadas a partir da ideia segundo a qual o comportamento dos poderes públicos *deve ser um comportamento confiável*”⁸. Esta ideia de segurança decorre dos outros elementos materiais que integram o princípio do Estado de Direito, pois que, como explica Maria Lúcia Amaral, seria “impossível afirmar que *a dignidade da pessoa humana e a autonomia individual* constituem princípios fundantes da República se se não garantisse de algum modo a antevizibilidade, para as pessoas, dos resultados das acções estaduais”⁹.

Apesar de serem frequentemente indissociáveis, a proteção da confiança está mais ligada à proteção subjetiva das concretas posições dos indivíduos, enquanto a segurança jurídica é mais próxima da proteção objetiva do ordenamento jurídico e das normas – é no fundo, fazendo uso das palavras de Martínez Giner, “*una seguridad a través del Derecho*”¹⁰. Como esclarece José

⁷ Vide o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 13.11.2007, processo nº 0164A/04, disponível em <http://www.dgsi.pt> e o acórdão do Tribunal Constitucional (TC) nº 94/2015, processo nº 822/14, disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Na doutrina vide José Casalta NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos: Contributo para a Compreensão Constitucional do Estado Fiscal Contemporâneo*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 395; Jorge Reis NOVAIS, *Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 261; Joaquim Freitas da ROCHA, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, 8ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2021, p. 136; Manuel PIRES e Rita Calçada PIRES, *Direito Fiscal*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, pp. 105 e 106.

⁸ Cf. Maria Lúcia AMARAL, *A Forma da República, Uma introdução ao estudo do direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 178.

⁹ Cf. Maria Lúcia AMARAL, *A Forma da República, Uma introdução ao estudo do direito constitucional*, op. cit., p. 178.

¹⁰ Cfr. Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, “La Seguridad Jurídica como límite a la potestad de comprobación de la Administración Tributaria: Doctrina de los actos propios y prescripción del fraude de Ley”, *Revista Quincena Fiscal*, nº 20, 2015, p. 64. Num sentido próximo vide María Esther SÁNCHEZ LÓPEZ, “La seguridad jurídica y el polidécrico

Casalta Nabais, “a ideia de proteção da confiança não é senão o princípio da segurança jurídica na perspectiva do indivíduo[,] segundo a qual estes devem poder confiar em que tanto à sua actuação como à actuação das entidades públicas incidente sobre os seus direitos, posições e relações jurídicas, adoptada em conformidade com normas jurídicas vigentes, se liguem efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Mas esta proteção da confiança pressupõe, por seu turno, a segurança jurídica do direito objetivo, ou seja, das normas jurídicas enquanto padrões ou critérios de actuação dos indivíduos e de decisão das entidades públicas”¹¹.

Realizada esta breve contextualização sobre o princípio do Estado de Direito Democrático e demonstrada a forma como este princípio concretiza a sua função aglutinadora e sintetizadora de outras regras e princípios, procurar-se-á de seguida evidenciar a maneira como os institutos da prescrição da prestação tributária e da caducidade do direito à liquidação permitem valorizar este princípio, identificando os vários caminhos que ligam estes institutos jurídicos àquele princípio.

3. Caminhos de ligação dos institutos da prescrição e da caducidade ao princípio do Estado de Direito Democrático

Antes de iniciar a incursão pela demonstração dos vários caminhos legais que permitem ligar a prescrição e a caducidade ao princípio do Estado de direito Democrático e assim demonstrar a valorização que é dada por aqueles institutos jurídicos a este princípio, será de notória valia realizar uma pequena delimitação conceptual dos institutos em causa, de modo que se compreenda devidamente o seu alcance. Desta feita, sem prejuízo das várias considerações que poderão ser tecidas a este respeito, e que não serão trazidas à colação neste momento para evitar desvios infrutíferos aos propósitos anunciados, poder-se-á definir, de modo simples e breve, a prescrição da prestação tributária

concepto de transparencia. Un apunte en relación con las actuaciones de intercambio de información tributaria”, *Revista Quincena Fiscal*, nº 1-2, 2021, p. 63.

¹¹ Cf. José Casalta NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos...*, op. cit., p. 396. Num sentido próximo vide Jorge MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, op. cit., pp. 351 e ss.; Joaquim Freitas da ROSA, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, op. cit., p. 136.

como o instituto jurídico que delimita o período de tempo dentro do qual a Administração Tributária pode proceder à cobrança da dívida tributária e a caducidade do direito à liquidação como o instituto jurídico que delimita o período de tempo dentro do qual a Administração Tributária pode garantir a liquidação e a sua válida notificação ao sujeito passivo¹².

Circumscreta a base conceptual sobre a qual assentarão as reflexões seguintes, importa partir em direção à efetiva enunciação e contextualização dos caminhos legais que demonstram a forma como os institutos da prescrição e da caducidade permitem valorizar o princípio do Estado de Direito Democrático.

3.1. Segurança jurídica e proteção da confiança

A caducidade do direito à liquidação e a prescrição da prestação tributária encontram-se maioritariamente regulados, respetivamente, nos artigos 45º e 46º, 48º e 49º, da Lei Geral Tributária (LGT). Através destas disposições legais é possível determinar qual o prazo de prescrição e de caducidade, quando é que se inicia a contagem desse prazo e as causas que fazem com que esse prazo se interrompa e/ou suspenda. As normas em causa permitem garantir a segurança jurídica do direito objetivo, mas também a segurança jurídica na perspetiva do indivíduo, isto é, a proteção da confiança. De facto, os destinatários das referidas normas conseguem através das mesmas antever que decorrido o período de tempo aí definido a Administração Tributária não procederá à liquidação dos tributos e à sua cobrança e, portanto, sabem – ou pelo menos *anteveem, calculam, esperam* – que não serão surpreendidos com uma liquidação ou cobrança tardia. A existência de prazos delimitativos para a liquidação e para a cobrança permite introduzir transparência na tributação, já que as situações fácticas passadas não serão alvo de tributação. Permite igualmente trazer previsibilidade – que para alguns autores, como Pellas, está na base da própria ideia de segurança jurídica (“L'exigenc de prévisibilité [est] au fondement de l'idée même de

¹² Reportando-se concretamente aos prazos de prescrição e de caducidade e definindo o primeiro como o prazo que o credor tributário tem para exigir o pagamento das dívidas tributárias já liquidadas e o segundo como o prazo para exercer o direito à liquidação *vide* Joaquim Freitas da ROCHA, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, *op. cit.*, p. 520.

sécurité juridique”¹³ – para os destinatários das normas, não só para a Administração Tributária (que sabe o limite temporal para exercer os seus poderes-deveres), como também para o sujeito passivo (que sabe o limite temporal dentro do qual poderá ser confrontado com uma notificação de liquidação ou com uma citação no âmbito do processo de execução fiscal). Permite ainda que se consiga estabilidade¹⁴, pois é possível a composição definitiva das situações jurídicas decorrido um certo lapso de tempo¹⁵.

Por aqui, desde logo, se consegue demonstrar a forma como os institutos da prescrição e da caducidade, ao definirem um período de tempo máximo dentro do qual o credor tributário pode realizar os poderes-deveres em que se encontra investido e, assim, contribuírem para a consolidação definitiva das posições jurídicas dos sujeitos que integram a relação jurídica tributária, permitem valorizar o princípio do Estado de Direito Democrático, aqui concretizado através dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Através da existência de um prazo de prescrição da prestação tributária e de um prazo de caducidade do direito à liquidação é possível acautelar o “derecho a la previsión objetiva por los particulares de su propia posición jurídica”¹⁶ e introduzir “um mínimo de certeza e segurança nos direitos das pessoas e nas expectativas juridicamente criadas”, tratando-se esta, como vimos, de uma decorrência dos próprios princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança¹⁷.

¹³ Cf. Jean-Raphaël PELLAS, “La sécurité fiscale: Quels enjeux juridiques?”, *Revue Française de Finances Publiques*, nº 130, 2015, p. 10.

¹⁴ No sentido de que os institutos da prescrição tributária e da caducidade do direito à liquidação acarretam estabilidade *vide* Nuno Sá GOMES, *Estudos Sobre a Segurança Jurídica na Tributação e nas Garantias dos Contribuintes*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1993, p. 22.

¹⁵ Não querendo realizar-se desvios infrutíferos ao objetivo proposto, não podemos deixar de dar nota de que, apesar de a existência de prazos de prescrição e de caducidade permitir trazer, para o contexto tributário, transparência, previsibilidade e estabilidade, que são no fundo as coordenadas associadas aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança neste ramo do direito, não podemos ignorar que a escassa regulamentação dos institutos na legislação tributária faz com que aqueles princípios sejam, por vezes, negligenciados, podendo falar-se a este respeito de um verdadeiro paradoxo. *Vide* o nosso, “O paradoxo entre a prescrição em matéria tributária, a segurança jurídica e a proteção da confiança – Alguns exemplos problemáticos”, in Anabela Gonçalves *et al.* (coords.), *Encontro de Investigadores da Escola de Direito da Universidade do Minho 2021*, junho de 2022, disponível em <https://bit.ly/enc-investiga-2021-ebook>, pp. 53 e ss.

¹⁶ Cf. César GARCIA NOVOA, *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 117 e 118.

¹⁷ Cf. acórdão do STA de 13.11.2007, processo nº 0164A/04, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Para além disso, o próprio fundamento que subjaz aos institutos da prescrição da prestação tributária e da caducidade do direito à liquidação é um caminho legal de valorização do princípio do Estado de Direito Democrático, uma vez mais através da sua vertente de segurança jurídica. De facto, é a necessidade de certeza e segurança jurídica – que se assume, no entender de Vítor Faveiro, como um dos direitos fundamentais do contribuinte¹⁸ – que justifica o nascimento, a previsão e a manutenção do instituto da prescrição da prestação tributária¹⁹. O mesmo sucede com a caducidade do direito à liquidação, que também é fundamentada por razões objetivas de certeza e segurança jurídica²⁰. Pretende-se que a situação do obrigado tributário fique definida num prazo razoável, não se concebendo que ele fique até ao fim dos seus dias na iminência de que lhe seja imputado o pagamento de um imposto referente a décadas longínquas.

¹⁸ Cf. Vítor FAVEIRO, *O Estatuto do Contribuinte, A Pessoa do Contribuinte no Estado Social de Direito*, op. cit., pp. 896 e ss.

¹⁹ Vide, entre outros, Carlos VALENTIM, “Sobre a prescrição da obrigação fiscal”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, nº 2, 2017 (2º semestre), p. 317; Jorge Lopes de SOUSA, *Código de Procedimento e de Processo Tributário: Anotado e Comentado*, vol. III, 6ª ed., Lisboa, Áreas Editora, 2011, p. 280; Diogo Leite de CAMPOS et al., *Lei Geral Tributária Anotada e Comentada*, 4ª ed., Lisboa, Encontro da Escrita, 2012, p. 392; Benjamim Silva RODRIGUES, “A Prescrição no Direito Tributário”, in AAVV, *Problemas Fundamentais do Direito Tributário*, Lisboa, Vilis, 1999, pp. 264 e 265; Soares MARTINEZ, *Direito Fiscal*, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 274; Ana Paula DOURADO, *Direito Fiscal*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2020, p. 127; José Juan FERREIRO LAPATZA, “La Extinción de la Obligación Tributaria”, in AAVV, *La Derrota Del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 146; Maria Del Pilar RUIZ RESCALVO, *La Prescripción Tributaria Y el Delito Fiscal*, Madrid, Universidad Rey Juen Carlos, 2004, p. 55; Ramón FALCÓN Y TELLA, *La Prescripción en Materia Tributaria*, Madrid, La Ley, 1992, p. 69; Irene ROVIRA FERRER, “La Prescripción en el ISD: Análisis de algunos aspectos controvertidos”, *Revista Quincena Fiscal*, nº 22, 2014, p. 40; Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, “La Seguridad Jurídica como límite a la potestad de comprobación de la Administración Tributaria...”, op. cit., p. 66.

²⁰ Vide Jorge Lopes de SOUSA, *Sobre a Prescrição da Obrigação Tributária. Notas Práticas*, 2ª ed., Lisboa, Áreas Editora, 2010, p. 18; J.L. Saldanha SANCHES, *Manual de Direito Fiscal*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 260; Joaquim Casimiro GONÇALVES, “A caducidade face ao direito tributário”, in AAVV, *Problemas Fundamentais do Direito Tributário*, Vislis, 1999, pp. 225 e ss.; Paulo MARQUES, *O Procedimento de Inspeção Tributária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 367; Ana Paula DOURADO, *Direito Fiscal*, op. cit., p. 127; João Ricardo CATARINO, “Caducidade do Direito à Liquidação: Limites e Garantias do Regime Suspensivo Previsto no Artigo 46º da Lei Geral Tributária”, in Paulo Otero et al., *Estudos em Memória do Prof. Doutor Saldanha Sanches*, Coimbra, Coimbra Editora, vol. V, 2011, p. 185.

3.2. Acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva

O artigo 103º, nº 3, da CRP, contem a garantia fundamental²¹ de ninguém poder ser obrigado a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroativa ou cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei. Uma eventual notificação da liquidação depois do prazo de caducidade, assim como uma possível citação para lá do prazo de prescrição da prestação tributária afetarão claramente aquela garantia fundamental, precisamente porque a liquidação e cobrança não se encontram a ser realizadas nos termos fixados pelo legislador. Retira-se daquele preceito constitucional, por isso, a garantia fundamental de não pagamento de um imposto caduco ou prescrito. O direito à caducidade da liquidação e à prescrição da obrigação tributária, depois de decorridos os respetivos prazos previstos na lei, são garantias dos contribuintes²².

Em caso de violação da referida garantia fundamental, num eventual cenário de a Administração Tributária realizar a liquidação ou a sua válida notificação depois das balizas temporais definidas na lei ou de procurar cobrar a obrigação tributária num tempo que extravasa os limites definidos no quadro legal, pode dizer-se que o sujeito passivo não fica desprotegido, antes pelo contrário, o ordenamento jurídico tributário português concede-lhe vários mecanismos legais de reação para que possa exercer o seu direito de resistência (cf. artigo 21º da CRP)²³, assegurando-se, assim, o direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva (previsto no artigo 20º da CRP), este último consubstanciando, ele mesmo, “um direito fundamental”²⁴, sendo classificado por alguma doutrina como um “*cluster-right*”²⁵ por incorporar precisamente um conjunto de direitos, designadamente o direito de acesso ao direito e aos

²¹ Referindo-se a uma garantia fundamental *vide* José Casalta NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos...*, *op. cit.*, p. 550; Carlos Pamplona CORTE-REAL, “As Garantias dos Contribuintes”, *Ciência e Técnica Fiscal*, nº 322/324, 1985, p. 129.

²² Cf. José Casalta NABAIS, *Direito Fiscal*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 376.

²³ Cf. Paulo MARQUES e Carlos COSTA, *A Liquidação de Impostos e a sua Fundamentação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 48 e 49.

²⁴ Cf. J.J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada*, *op. cit.*, p. 408; Jorge MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, *op. cit.*, p. 114; Catarina Santos BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais: Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 116.

²⁵ Cf. José Melo ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais, Introdução Geral*, Cascais, Princípia, 2018, p. 87.

Tribunais, o direito à decisão em prazo razoável e o direito à tutela efetiva²⁶. Pode, por isso, dizer-se, seguindo as premissas enunciadas por Andreia Sofia Pinto Oliveira e Benedita Mac Crorie que, neste domínio, o Estado é “amigo dos direitos fundamentais” precisamente por prever meios formais de reação às violações desses direitos²⁷. Procuremos conhecer esses mecanismos legais de reação perante a violação do direito à caducidade da liquidação e à prescrição da obrigação tributária, quando a liquidação e cobrança, respetivamente, se fazem depois de decorridos os respetivos prazos previstos na lei.

Num potencial panorama de a liquidação do tributo ser realizada para lá do termo do prazo de caducidade dir-se-á que o ato de liquidação é ilegal, podendo o destinatário do ato sindicar a ilegalidade quer em sede de reclamação graciosa (cf. artigo 99º do Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT) *ex vi* artigo 70º, nº 1, do CPPT), quer no contexto do processo de impugnação judicial (cf. artigo 99º do CPPT)²⁸. Com efeito, o sujeito passivo pode legalmente recusar o pagamento, exercendo o seu direito de resistência, mediante a utilização destes dois meios de reação²⁹, embora para acautelar a suspensão da cobrança deva prestar a respetiva garantia ou obter a sua isenção (cf. artigos 69º, alínea f), e 103º, nº 4, do CPPT). A reclamação graciosa, tratando-se de um procedimento tributário, deve ser concluída no prazo de quatro meses, sendo que o incumprimento deste prazo faz presumir o indeferimento tácito para efeitos de impugnação judicial (cf. artigo 57º, n.ºs 1 e 5, da LGT). Tal como o procedimento de reclamação graciosa, também o processo de impugnação judicial deve ser decidido num prazo razoável (cf. artigos 97º, nº 1, da LGT e 96º, nº 1, do CPPT), não devendo ter duração acumulada superior a dois anos contados entre a data da respetiva instauração e a da decisão proferida em 1ª instância que lhe ponha termo (cf. artigo 96º,

²⁶ A este respeito *vide* Catarina Santos BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 116 e 117.

²⁷ Faz-se novamente referência à passagem citada no primeiro ponto deste escrito da autoria de Andreia Sofia Pinto OLIVEIRA e Benedita MAC CROIRIE, *Direitos Fundamentais, Elementos de Apoio...*, *op. cit.*, p. 82.

²⁸ Integrando a caducidade do direito à liquidação no catálogo dos fundamentos da reclamação graciosa e da impugnação judicial *vide* Joaquim Freitas da ROCHA, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, *op. cit.*, pp. 249 e 316. Configurando a possibilidade de utilização do processo de impugnação judicial para atacar o ato de liquidação praticado após o termo do prazo de caducidade *vide* Jorge Lopes de SOUSA, *Código de Procedimento e de Processo Tributário: Anotado e Comentado*, *op. cit.*, p. 485.

²⁹ A este respeito *vide* o acórdão do STA de 04.05.2011, processo nº 09/11 e o acórdão do STA de 13.03.2014, processo nº 001476/10.9BEAVR, disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

nº 2, do CPPT)³⁰. A violação deste direito a uma decisão judicial em prazo razoável³¹, plasmado no artigo 6º § 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e acolhido no 20º, nº 4, da CRP, poderá gerar responsabilidade civil extracontratual do Estado, nos termos da Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro³².

Passando para o cenário de ocorrência de uma eventual citação tardia no âmbito de um processo de execução fiscal instaurado para cobrança de obrigação tributária prescrita, o executado pode defender-se através do processo de oposição à execução fiscal [cf. artigo 204º, alínea d), do CPPT], com vista a questionar a exigibilidade da dívida e a pretensão executiva do credor tributário. O mesmo sucede se se verificar a falta de notificação da liquidação do tributo no prazo de caducidade [cf. artigo 204º, alínea d), do CPPT]. Também o processo de oposição à execução fiscal deve ser decidido num prazo razoável, tendo o legislador materializado esse tempo razoável no período máximo de dois anos (cf. artigo 96º, nº 2, do CPPT)³³. O incumprimento deste prazo poderá igualmente gerar responsabilidade civil extracontratual do Estado, nos termos da Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro (cf. artigo 12º da Lei nº 67/2007)³⁴.

Ainda no cenário de citação tardia no âmbito de um processo de execução fiscal instaurado para cobrança de obrigação prescrita e considerando que a prescrição é de conhecimento oficioso por parte do órgão de execução fiscal (cf. artigo 175º do CPPT), o executado poderá reagir a uma eventual conduta omissiva do órgão de execução fiscal de não conhecimento oficioso da prescrição, apresentando, por exemplo, um requerimento a solicitar a declaração da prescrição da dívida, ao abrigo do artigo 175º do CPPT, estando aquele órgão obrigado a pronunciar-se sobre tal requerimento, em virtude do

³⁰ Cf. Joaquim Freitas da ROCHA, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, op. cit., p. 277.

³¹ A propósito do direito a uma decisão em prazo razoável vide 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.

³² Cf. acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (TCA-S) de 16.12.2021, processo nº 802/19.4BELSB e acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte (TCA-N) de 30.10.2020, processo nº 00662/19.5BEAVR, disponíveis em <http://www.dgsi.pt>. No sentido de que a violação do direito de decisão judicial em prazo razoável pode gerar responsabilidade nos termos da referida Lei vide Jorge MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 462.

³³ Cf. Joaquim Freitas da ROCHA, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, op. cit., p. 277.

³⁴ Vide o acórdão do TCA-S de 23.05.2019, processo nº 1029/16.2 BELRA, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

princípio da obrigatoriedade de pronúncia e decisão, plasmado no artigo 56º da LGT, o qual procura dar seguimento ao direito constitucional de petição, previsto no artigo 52º da CRP³⁵. Na falta de pronúncia, o executado poderá sempre lançar mão da ação de intimação para um comportamento (cf. artigo 147º do CPPT), uma vez que houve uma prestação jurídica, *in casu* uma resposta, omitida. De uma hipotética decisão do órgão de execução fiscal que conclua pela não verificação da prescrição caberá reclamação, nos termos do artigo 276º do CPPT.

Do que se vem de dizer, reconfigura-se no ordenamento jurídico tributário português vários meios de proteção da garantia fundamental de não pagamento de um imposto caduco ou prescrito, através da existência de mecanismos legais de reação à violação dessa garantia, salvaguardando-se, assim, o direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, que é, aliás, classificado por alguns, como Sánchez López, como “*una garantía universal*”³⁶. Ora, o direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, enquanto garantia imprescindível da proteção de direitos fundamentais, está inerente à ideia de Estado de Direito³⁷ e é, como vimos, agregado pelo princípio do Estado de Direito Democrático – trata-se de “uma *norma-princípio* estruturante do Estado de Direito democrático”³⁸ –, razão pela qual, conotando o ordenamento jurídico tributário português meios de reação perante a afronta daquela garantia fundamental e permitindo fazer *jus* ao acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, permite-se igualmente, por via da prescrição e da caducidade, conceder viabilidade ao princípio do Estado de Direito Democrático.

3.3. Reserva de lei

A prescrição da prestação tributária e a caducidade do direito à liquidação configuram duas importantes garantias dos contribuintes. Há quem

³⁵ Cf. Joaquim Freitas da ROCHA, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, op. cit., p. 148.

³⁶ Cf. María Esther SÁNCHEZ LÓPEZ, “El derecho a la tutela efetiva en el ámbito del intercambio de información. La STJUE de 6 de junio de 2020, asuntos acumulados C-245/19 y C-246/19”, *Revista Quincena Fiscal*, nº 14, 2021, p. 147 e ss.

³⁷ Cf. J.J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 408.

³⁸ Cf. J.J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 409.

chegue até a afirmar que são das mais relevantes garantias vigentes no ordenamento jurídico tributário, consagradas a favor dos contribuintes³⁹. E é assim porque eliminam o direito de o credor liquidar e cobrar a dívida e, consequentemente, constituem, pelo menos abstratamente⁴⁰, um meio de defesa do sujeito passivo para com o credor do imposto⁴¹. A prescrição e a caducidade (todo o seu regime jurídico) inserem-se, assim, no seio das garantias dos contribuintes, que constituem um dos elementos essenciais dos impostos, a par da taxa, incidência e benefícios fiscais (cf. artigo 103º, nº 2, da CRP).

Como tal, tratando-se a caducidade e a prescrição de matéria inserida no seio das garantias dos contribuintes a sua regulamentação fica sujeita aos ditames do princípio da legalidade⁴², que é, segundo Corte-Real, “a garantia das garantias dos contribuintes” e como garantia fundamental dos contribuintes, o princípio da legalidade é reconduzível “aos direitos, liberdades e garantias inseridos no título II da parte I da Constituição, por força ainda do próprio artigo 17º, *in fine*, que se refere ‘aos direitos fundamentais de natureza análoga’”⁴³. Decorre deste princípio que na criação, extinção e disciplina das matérias essenciais dos impostos, em concreto a incidência, a taxa, benefícios fiscais e garantias dos contribuintes, tem necessariamente de ser respeitada a reserva de lei formal e absoluta: reserva de lei formal – em contraposição à reserva de lei material –, no sentido de que as matérias em causa não podem ser reguladas por um qualquer tipo de lei, mas apenas por lei da Assembleia da República ou com autorização desta, através de Decreto-lei autorizado; reserva de lei absoluta – em contraposição à reserva de lei relativa –, tendo

³⁹ Cf. Serena Cabrita NETO e Cláudia Reis DUARTE, “O regime da contagem da prescrição no direito tributário - certeza e segurança jurídicas”, in Paulo Otero *et al.*, *Estudos em Memória do Prof. Doutor Saldanha Sanches*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 417.

⁴⁰ Enunciamos no ponto anterior os meios formais de defesa do sujeito passivo quando confrontado com uma notificação da liquidação ou uma citação tardia.

⁴¹ No sentido de que a prescrição e caducidade tributárias se inscrevem no seio das garantias dos contribuintes *vide* Serena Cabrita NETO e Cláudia Reis DUARTE, “O regime da contagem da prescrição no direito tributário - certeza e segurança jurídicas”, *op. cit.*, p. 443; Susana SOUTELINHO, “A ‘evolução’ jurisprudencial sobre prescrição da obrigação tributária”, in AAVV, *Estudos em Memória do Prof. Doutor Saldanha Sanches*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 452; Carlos VALENTIM, “Sobre a prescrição da obrigação fiscal”, *op. cit.*, pp. 296 e 297; Nuno Sá GOMES, *Estudos Sobre a Segurança Jurídica na Tributação e nas Garantias dos Contribuintes*, *op. cit.*, p. 56.

⁴² Cf. Benjamim Silva RODRIGUES, “A Prescrição no Direito Tributário”, *op. cit.*, p. 261 e ss.; Diogo Leite de CAMPOS *et al.*, *Lei Geral Tributária Anotada e Comentada*, *op. cit.*, p. 392; Carlos VALENTIM, “Sobre a prescrição da obrigação fiscal”, *op. cit.*, p. 297.

⁴³ Cf. Carlos Pamplona CORTE-REAL, “As Garantias dos Contribuintes”, *op. cit.*, pp. 110 e 128.

em conta que a lei deve conter do modo mais completo possível todos os elementos necessários para a tomada de decisão, por forma a impedir qualquer valoração subjetiva na aplicação da mesma⁴⁴. A reserva de lei absoluta densifica-se no princípio da tipicidade, que se caracteriza pela origem legal dos tipos tributários, pelo repúdio da tributação baseada em cláusulas gerais, pelo *numerus clausus*, pela descrição completa dos elementos necessários para a tributação e pela determinabilidade da lei de imposto. Exige-se, com efeito, que a disciplina dos tributos seja de tal modo previsível e calculável que permita ao sujeito passivo saber de antemão a carga tributária que lhe corresponde⁴⁵.

Ora, a reserva de lei em matéria de criação de impostos é outra das regras jurídicas abrangidas pelo princípio do Estado de Direito Democrático, razão pela qual, estando os institutos da prescrição e da caducidade, enquanto garantias dos contribuintes, sujeitos à reserva de lei e impondo-se, em consequência, que as normas relacionadas com os mesmos sejam criadas por lei ou decreto-lei autorizado e contenham todos os elementos necessários à tomada de decisão, também por esta via se concede valorização àquele princípio através destes institutos jurídicos.

3.4. Responsabilidade do Estado e demais entidades públicas

Decorre do artigo 22º da CRP que “[o] Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem”. O sentido desta norma é precisamente o de responsabilizar o Estado e demais entidades públicas por ações ou omissões dos titulares dos seus órgãos, lesivas de direitos e

⁴⁴ Neste sentido vide João Sérgio RIBEIRO, *Teoria Geral do Imposto e da Norma Tributária (Algumas Notas)*, 2ª ed., Braga, AEDUM, 2013, pp. 80 e 81; Manuel PIRES e Rita Calçada PIRES, *Direito Fiscal*, op. cit., pp. 107 e 108. A propósito do princípio da legalidade vide, entre outros, Joaquim Freitas da ROCHA, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, op. cit., p. 128; Vasco Branco GUIMARÃES, “Princípios Gerais da Fiscalidade”, in João Ricardo Catarino e Vasco Branco Guimarães (coords.), *Lições de Fiscalidade*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, pp. 89 e ss.; Nuno Sá GOMES, *Estudos Sobre a Segurança Jurídica na Tributação e nas Garantias dos Contribuintes*, op. cit., pp. 25 e 26.

⁴⁵ Cf. João Sérgio RIBEIRO, *Teoria Geral do Imposto e da Norma Tributária (Algumas Notas)*, op. cit., pp. 84 e ss.

interesses dos particulares⁴⁶, não se restringindo a responsabilidade aos casos de violação de direitos fundamentais⁴⁷. A Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro, veio positivar no sistema jurídico português o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas por danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa⁴⁸.

Ora, a propósito dos meios de reação ao dispor do sujeito passivo quando confrontado com o recebimento de uma notificação da liquidação tardia ou de uma citação no âmbito do processo de execução fiscal para lá do prazo de prescrição, apontamos a impugnação judicial e a oposição à execução fiscal como meios jurisdicionais ao dispor desse sujeito para se opor ao exercício do direito caduco ou prescrito. Vimos igualmente que o processo deveria ser concluído e decidido num prazo razoável e que o incumprimento desse prazo poderia gerar responsabilidade civil extracontratual do Estado por violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável.

Mas não é apenas esse o cenário em que no contexto dos institutos da prescrição e da caducidade se pode chegar até à responsabilidade civil extracontratual do Estado. O artigo 175º do CPPT determina a regra da oficiosidade do conhecimento da prescrição no domínio tributário, fixando-se que o Tribunal deve conhecer oficiosamente da prescrição se o órgão de execução fiscal que previamente tenha intervindo no processo o não tiver feito. A prescrição é, assim, de conhecimento oficioso não só por parte do Tribunal como também por parte do órgão de execução fiscal. Desta feita, aquele órgão deve declarar a prescrição, ainda que a mesma não seja invocada pelo interessado, e abster-se da prática de posteriores atos executivos. A omissão do dever em causa constitui um facto ilícito, para efeitos do conceito de ilicitude previsto no artigo 9º da Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro, podendo gerar Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Pessoas Coletivas de Direito Público e, consequentemente, o direito de o lesado ser indemnizado pelos danos causados pelo ato omissivo de não declaração da prescrição da dívida⁴⁹. Com efeito, se o processo de execução fiscal foi extinto

⁴⁶ Cf. J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 426.

⁴⁷ Cf. Jorge MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 446.

⁴⁸ Cf. Jorge MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 460.

⁴⁹ Cf. acórdão do STA de 10.12.2014, processo nº 01323/14, disponível em <http://www.dgsi.pt>; Jorge Lopes de SOUSA, *Sobre a Prescrição da Obrigação Tributária. Notas Práticas*, op. cit., p. 29.

por pagamento coercivo e o executado se apercebe posteriormente que a dívida se encontrava prescrita e que a prescrição não foi oficiosamente conhecida, poderá apresentar uma ação de responsabilidade civil nos termos daquela Lei, por forma a ser indemnizado pelos danos causados por aquele ato omissivo. Claro que a efetiva responsabilização pressupõe o preenchimento de determinados pressupostos, que coincidem com os requisitos da idêntica responsabilidade prevista no artigo 483º do CC: facto, ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade entre o dano e o facto⁵⁰.

Ora, tratando-se a responsabilidade do Estado pelos danos causados aos cidadãos de outra das regras jurídicas e princípios abrangidas pelo princípio do Estado de Direito Democrático – é, aliás, um corolário do princípio do Estado de Direito⁵¹ – e sendo possível, no contexto do instituto da prescrição da prestação tributária, acionar a ação de responsabilidade civil extracontratual do Estado por violação do incumprimento do dever de conhecimento oficioso da prescrição, e, bem assim, acionar a referida ação quando não exista uma decisão em prazo razoável no âmbito dos meios processuais ao dispor do sujeito passivo para se opor ao pagamento de um tributo caduco ou prescrito, poder-se-á dizer, então, que este é outro dos caminhos legais que permite ligar os institutos da prescrição e da caducidade ao princípio do Estado de Direito Democrático, concedendo-lhe, assim, viabilidade.

4. Nota conclusiva

Terminamos o presente escrito colocando em destaque o título escolhido para o mesmo: “A valorização do princípio do Estado de Direito Democrático por via dos institutos da prescrição e da caducidade no contexto tributário”. Fazemo-lo porque foi, de facto, possível demonstrar que os institutos da prescrição da prestação tributária e da caducidade do direito à liquidação conseguem, por diversas formas, valorizar o princípio do Estado de Direito Democrático, plasmado no artigo 2º da CRP. Fazem-no através das coordenadas (regras e princípios) da segurança jurídica e da proteção da

⁵⁰ Cf. acórdão do TCA-S de 24.05.2018, processo nº 1165/12.4 BESNET, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

⁵¹ Cf. José Melo ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais, Introdução Geral*, op. cit., p. 110.

confiança, do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, da reserva de lei e da responsabilidade civil do Estado e demais pessoas coletivas. Tratam-se, na verdade, de verdadeiros caminhos legais, que, de um modo ou de outro, acabam por colocar em destaque aquelas regras e princípios integrados pelo próprio princípio do Estado de Direito Democrático.

TUTELA CAUTELAR CONSERVATÓRIA: PERSPETIVAS JURISPRUDENCIAIS SOBRE O ARRESTO E O ARROLAMENTO

Marco Carvalho Gonçalves*
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.3>

À memória da Benedita

1. Nota introdutória

A tutela cautelar desempenha um papel fundamental para a garantia da efetividade da tutela jurisdicional, à luz do disposto nos artigos 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e 20º da Constituição da República Portuguesa.

* Professor Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigador do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governança (marcofcg@direito.uminho.pt). O presente texto corresponde, com desenvolvimentos e atualizações, à primeira parte da intervenção proferida no Centro de Estudos Judiciários, em Lisboa, no dia 16 de março de 2018, no âmbito da ação de formação intitulada “Temas do Direito Civil e Processual Civil”.

No plano ordinário, a garantia de acesso aos tribunais encontra-se positivada no artigo 2º do Código de Processo Civil¹, à luz do qual a todo o direito deve corresponder não só a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, como também os procedimentos que se revelem necessários para acautelar o efeito útil da ação.

No plano cautelar, a lei de processo civil prevê a possibilidade de recurso à tutela conservatória ou antecipatória que se revele concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause uma lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito (artigo 362º, nº 1).

Neste enquadramento, partindo da jurisprudência dos nossos tribunais, procuraremos, fundamentalmente, analisar algumas questões e problemas atuais, concernentes à tutela cautelar conservatória especificada de garantia, concretamente no que diz respeito às providências cautelares de arresto e de arrolamento.

2. Arresto

2.1. Requisitos

À luz dos artigos 619º do Código Civil (CC) e 391º, o arresto consiste numa providência cautelar especificada, a qual tem por finalidade a garantia da satisfação de um direito de crédito, por via da apreensão judicial do património do devedor. O arresto segue, subsidiariamente, o regime jurídico da penhora, nomeadamente no que diz respeito aos limites subjetivos e objetivos da penhora que se encontram previstos nos artigos 735º a 747º.

Por conseguinte, à luz do artigo 392º, o requerente do arresto deve, na petição inicial, alegar factos concretos e objetivos e oferecer prova sumária que permitam ao julgador concluir pela probabilidade séria da existência do direito de crédito de que o requerente se arroga titular, bem como pela

¹ Doravante, pertencem ao Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 41/2013, de 26 de junho, as disposições legais citadas sem indicação da respetiva fonte. Encontram-se publicados no sítio da internet www.dgsi.pt os acórdãos citados sem referência ao respetivo local de publicação.

existência de um fundado receio de que o requerido venha a dissipar, ocultar ou onerar o seu património, inutilizando, por essa via, o efeito útil da sentença condenatória a ser proferida numa ação principal ou a efetividade da execução (artigos 368º, nº 1, e 392º, nº 1)².

De todo o modo, importa salientar que nem sempre a verificação do requisito o *periculum in mora* constitui condição indispensável para que a providência cautelar de arresto seja decretada.

Na verdade, o artigo 396º, nº 3, estatui que, se o direito de crédito respeitar, total ou parcialmente, ao preço devido pela aquisição de um bem que tenha sido transmitido mediante negócio jurídico, o credor pode requerer o arresto desse mesmo bem, “sem necessidade de provar o justo receio de perda da garantia patrimonial”. Com efeito, neste caso em concreto, o arresto não tem propriamente por finalidade a garantia da satisfação de um direito de crédito, mas antes uma função eminentemente moralizadora ou penalizadora, já que o legislador procura sancionar o adquirente do bem que seja, simultaneamente, devedor da quantia correspondente ao preço devido pela compra e venda desse bem³.

A este propósito, é controvertida na jurisprudência a questão de saber se o credor carece de alegar factos respeitantes à existência de um fundado receio de perda da garantia patrimonial do crédito, estando, no entanto, dispensado de provar tais factos⁴, ou se, pelo contrário, não tendo o credor que provar o justo receio de perda da garantia patrimonial do crédito, também não tem de alegar qualquer factualidade a esse propósito, sob pena de tal redundar na prática de um ato inútil⁵.

² Vide, a este respeito, o acórdão do TRL de 23.01.2020, proc. 20962/18.0T8SNT.L1-2, bem como o acórdão do TRP de 21.03.2022, proc. 1/22.8T8PVZ.P1.

³ Paralelamente, importa atentar no regime previsto no artigo 737º, nº 2, alínea b), o qual permite que se proceda à penhora dos instrumentos de trabalho e dos objetos indispensáveis ao exercício da atividade profissional do executado nos casos em que a ação executiva se destine ao pagamento do preço da sua aquisição ou do custo da sua reparação, bem como no regime constante do artigo 737º, nº 3, à luz do qual estão isentos de penhora os bens que sejam imprescindíveis a qualquer economia doméstica que se encontrem na casa de habitação efetiva do executado, salvo quando esteja em causa uma execução destinada ao pagamento do preço da respetiva aquisição ou do custo da sua reparação.

⁴ Vide, nesse sentido, Rui PINTO, *Notas ao Código de Processo Civil*, vol. I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 336 e 337.

⁵ Cf., nesse sentido, Elizabeth FERNANDEZ, *Um Novo Código de Processo Civil? – Em Busca das Diferenças*, Porto, Vida Económica, 2014, p. 128.

Com efeito, da exposição de motivos da proposta de Lei nº 113/XII – a qual esteve na base do novo Código de Processo Civil –, o legislador consignou que “noutro plano da tutela cautelar, faculta-se ao credor a possibilidade de obter o decretamento de arresto, sem necessidade de demonstração do justo receio de perda da garantia patrimonial, do bem que foi transmitido mediante negócio jurídico, quando estiver em dívida, no todo ou em parte, o preço da respectiva aquisição”.

Ora, salvo melhor opinião, o credor não tem de alegar – e, consequentemente, não tem de provar – qualquer facto respeitante ao *periculum in mora*⁶. É que, conforme se referiu *supra*, neste regime especial, a providência cautelar de arresto não reveste, verdadeiramente, uma natureza cautelar conservatória, já que a possibilidade de apreensão imediata do bem, sem necessidade de demonstração de *periculum in mora*, visa sancionar o adquirente que não procedeu ao pagamento do preço devido pela sua aquisição. De resto, este arresto especial destina-se a permitir, única e exclusivamente, a apreensão do bem que foi objeto do negócio jurídico, e já não de qualquer outro património do devedor, sendo, aliás, indiferente que o requerido disponha no seu património de outros bens que sejam suscetíveis de garantir a satisfação do direito de crédito do requerente.

2.2. Nomeação de bens a arrestar

O requerente deve nomear na petição inicial os bens que pretende que sejam arrestados, fornecendo, para o efeito, todas as indicações que sejam necessárias para a concretização do arresto, atento o disposto nos artigos 392º, nº 1, e 724º, n.ºs 1, alínea i), e 2. Neste particular, importa salientar que, apesar de o credor não ter a obrigação de conhecer, de forma exata e precisa, quais os concretos bens que compõem o património do devedor⁷, deve, no entanto, consignar na petição inicial se conhece ou não outro património do devedor para além daquele que foi concretamente relacionado. Com efeito, só mediante o cumprimento deste ónus estará o julgador em condições de avaliar que o preenchimento do requisito do *periculum in mora* (artigos 362º, nº 1, e

⁶ Vide, a este propósito, o acórdão do TRL de 16.03.2017, proc. 41/17.9T8FNC.L1-8.

⁷ Cf., nesse sentido, o acórdão do TRC de 23.01.2001, proc. 3425/2000.

368º, nº 1), quer o respeito pelo princípio da proporcionalidade relativamente aos bens a serem arrestados (artigo 735º, nº 3, *ex vi* do artigo 391º, nº 2).

Se, na petição inicial, o requerente não tiver indicado bens a arrestar, nem tiver justificado a falta dessa indicação com qualquer dificuldade atinente à identificação de bens arrestáveis, tal não deve constituir motivo de indeferimento liminar do arresto, devendo antes o juiz proferir um despacho de convite ao aperfeiçoamento da petição inicial, ao abrigo do disposto nos artigos 6º e 590º, n.ºs 2, alínea b), e 3, no sentido de o requerente indicar os bens que pretende ver arrestados. Na verdade, a falta de indicação de bens a arrestar não acarreta qualquer efeito preclusivo. De resto, pode suceder que o requerente tenha indicado *ab initio* bens a arrestar, vindo, posteriormente, a concluir-se pela inexistência ou insuficiência de tais bens, situação em que nada obsta a que o requerente requeira a substituição ou o reforço dos bens a serem arrestados, à luz do artigo 751º, nº 4, *ex vi* do artigo 391º, nº 2⁸.

2.3. Arresto como preliminar de ação de impugnação da transmissão

Sendo o procedimento cautelar de arresto intentado como preliminar de uma ação de impugnação da transmissão – *maxime* uma ação de simulação ou uma ação de impugnação pauliana –, devem ser demandados, em litisconsórcio necessário natural, quer o devedor/transmitente, quer o terceiro/transmissário (artigo 33º, n.ºs 2 e 3).

Por conseguinte, se o procedimento cautelar de arresto não for intentado contra ambos, verificar-se-á uma ilegitimidade processual passiva, por preterição de litisconsórcio necessário, colocando-se o problema de saber como deverá o julgador proceder nessa situação.

Com efeito, se este vício processual só for conhecido após a execução do arresto, designadamente por ter sido suscitado pelo requerido em sede de oposição, o julgador não poderá proferir imediatamente um despacho de absolvição do réu da instância [artigos 278º, nº 1, alínea d), 576º, n.ºs 1 e 2, e

⁸ *Vide*, a este respeito, o acórdão do STA de 31.08.2011, proc. 0765/11.

577º, alínea e)], devendo, ao invés, convidar o requerente a suprir tal vício ao abrigo do dever de gestão processual, atento o disposto nos artigos 6º e 316º⁹.

Do mesmo modo, se o julgador só conhecer esse vício em sede de despacho liminar, também neste caso não deverá ser proferido um despacho de indeferimento liminar da petição inicial de arresto, já que, nos termos do artigo 590º, nº 1, o proferimento de tal despacho acha-se reservado para as situações em que o pedido seja manifestamente improcedente ou quando ocorram, de forma evidente, exceções dilatórias insupríveis. Ora, não sendo a exceção dilatória da ilegitimidade processual plural um vício insuprível, o juiz deverá proferir um despacho liminar, convidando o requerente a sanar essa exceção dilatória, nos termos dos artigos 6º, nº 2, e 590º, nº 2, alínea a), sendo que, se o requerente, respondendo a esse convite, suprir tal vício, mediante a dedução de um incidente de intervenção principal provocada (artigo 316º, nº 1), o terceiro, uma vez admitida a intervenção, só deverá ser chamado ao processo, por meio de citação, após a concretização do arresto (artigo 319º, nº 1), sob pena de se inutilizar o efeito útil dessa providência.

Já no que concerne à matéria de facto que deve ser alegada, a mesma difere relativamente ao devedor/transmitente e ao terceiro/transmissário. Com efeito, o terceiro/transmissário deve ser demandado, em litisconsórcio necessário natural, não porque o credor tenha, quanto a ele, qualquer justo receio de extravio, dissipação ou ocultação do bem objeto de transmissão, mas apenas para assegurar que esse bem seja conservado intacto no seu património, garantindo-se, dessa forma, a ineficácia de quaisquer atos subsequentes de disposição do bem. Nessa exata medida, o requerente do arresto não carece de alegar factos que demonstrem a existência de um *periculum in mora* quanto ao terceiro/transmissário, devendo, ao invés, alegar factos que demonstrem a probabilidade da procedência da ação principal a ser intentada contra o devedor/transmitente e o terceiro/transmissário (artigos 619º, nº 2, do CC e 392º, nº 2)¹⁰.

⁹ Cf., nesse sentido, o acórdão do TRG de 25.05.2017, proc. 877/17.0T8VCT-A.G1. Com efeito, conforme se decidiu neste aresto, sendo a providência cautelar de arresto decretada sem a audição prévia do requerido, o facto de o requerente ter demandado apenas uma das partes intervenientes no negócio jurídico objeto de impugnação nenhuma influência tem no que concerne à decisão de decretamento da providência, sendo, por isso, admissível a sanação do vício processual após o decretamento do arresto, chamando-se a parte em falta para poder exercer o seu contraditório.

¹⁰ Vide, nesse sentido, o acórdão do TRL de 20.01.2015, proc. 618/13.1TCFUN-B.L1, bem como o ac. do TRC de 15.02.2022, proc. 1595/21.0T8CTB.C1. Cf., em sentido contrário, o acórdão do TRL de 17.05.2011, proc.

Por outro lado, dado que a inversão do contencioso não é admissível no âmbito do procedimento cautelar de arresto (artigo 369º, nº 1, *in fine*), o credor terá de propor a ação principal, sob pena de caducidade da providência, atento o disposto no artigo 373º, nº 1, alínea a). Nesta hipótese, o credor terá de intentar duas ações principais, concretamente uma ação de cobrança de dívida e uma ação de impugnação da transmissão¹¹.

Ora na prática, podem verificar-se duas hipóteses possíveis.

Numa primeira hipótese, o autor poderá propor conjuntamente essas duas ações e demandar, no mesmo processo, todos os réus em coligação, pois que os pedidos, apesar de serem diferentes, estão entre si numa relação de prejudicialidade ou de dependência (artigo 36º, nº 1). Nessa eventualidade, se o arresto tiver sido requerido antes da propositura dessas ações, o procedimento cautelar deverá ser posteriormente apensado aos autos desse processo principal (artigo 364º, nº 2).

Numa segunda hipótese, o autor poderá intentar separadamente as duas ações principais, isto é, a ação declarativa de condenação e a ação de impugnação da transmissão, caso em que o procedimento cautelar de arresto deverá ser apensado à ação de impugnação (artigo 364º, nº 2)¹². Neste caso, a lei de processo civil admite duas soluções distintas:

- qualquer uma das partes poderá requerer a apensação dessas duas ações, nos termos do artigo 267º, já que estas, apesar de terem sido propostas de forma separada, podiam ter sido reunidas num

9087/11.0T2SNT.L1-1, no qual se decidiu que “[p]orque o terceiro perante a relação obrigacional, uma vez julgada procedente a impugnação, não pode obstar a que o credor execute no seu património o bem objecto do acto impugnado (cfr. arts. 616º, nº 1, e 818º, ambos do CPC), tendo este último direito à sua restituição na medida do seu interesse, no âmbito da providência do arresto requerido contra o adquirente de bens do devedor (cfr. nº 2 do art. 407º do CPC) justifica-se que, pelo menos no tocante ao bem objecto do acto impugnado, se exija a alegação e a prova indiciária (ónus a cargo do credor) do justo receio da prática pelo terceiro de actos, v.g., de alienação e/ou oneração”.

¹¹ Cf., a este propósito, José Lebre de FREITAS *et al.*, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 131.

¹² No sentido de a ação principal ser, neste caso, a ação de impugnação da transmissão, *vide* o acórdão do TRE de 16.01.2014, proc. 3078/12.0TBSTR-A.E1. Sustentando que, neste caso, o arresto depende quer da ação de cobrança de dívida, quer da ação de impugnação, *vide* o acórdão do TRL de 20.01.2015, proc. 618/13.1TCFUN-B.L1. Decidindo que, sendo o arresto requerido na pendência de uma ação de cobrança de dívida e de uma ação de impugnação pauliana, propostas separadamente, o procedimento cautelar de arresto deve ser intentado por apenso à ação de impugnação pauliana, *vide* o acórdão do TRL de 19.10.2006, proc. 6767/2006-2.

- único processo, atento o facto de se mostrarem preenchidos os pressupostos de admissibilidade da coligação¹³; ou
- se a apensação das duas ações não for requerida ou, tendo-o sido, não for admitida (artigo 267º, nº 1, *in fine*), o juiz da ação de impugnação da transmissão deverá determinar a suspensão da instância, nos termos do artigo 272º, nº 1, já que os pedidos das duas ações estão entre si numa relação de prejudicialidade ou de dependência, porquanto a decisão da ação de impugnação da transmissão estará dependente do julgamento da ação de cobrança de dívida.

2.4. Dispensa de contraditório prévio do requerido

À luz do artigo 393º, nº 1, o arresto deve ser decretado sem contraditório prévio do requerido. Com efeito, a inexistência desse contraditório prévio surge perfeitamente justificada pela necessidade de se garantir o efeito útil desta providência cautelar.

Se o arresto for indeferido liminarmente pelo tribunal de comarca, cabe recurso de apelação dessa decisão, independentemente do valor da causa e da sucumbência, nos termos do artigo 629º, nº 3, alínea c). Nessa eventualidade, se o tribunal da Relação revogar a decisão da primeira instância e decretar o arresto, deve proceder-se à sua efetivação, sendo que o requerido só será citado para exercer o seu direito ao contraditório após a concretização do arresto¹⁴.

Ora, se o requerido, nesse caso, deduzir oposição e se o tribunal de comarca julgar essa oposição improcedente, coloca-se o problema de saber

¹³ Atento o disposto no artigo 267º, nº 2, sendo os pedidos dependentes uns dos outros, a apensação deve ser feita na ordem da dependência.

¹⁴ Neste caso, à luz do artigo 641º, nº 7 (correspondente ao artigo 234º-A, nº 3, do Código de Processo Civil revogado), o requerido não deve ser citado para os termos do recurso e os da causa, atento o facto de não dever ser ouvido antes do decretamento da providência. Cf., nesse sentido, António Santos Abrantes GERALDES, *Recursos no Novo Código de Processo Civil*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 176, bem como Lucinda Dias da SILVA, *Processo Cautelar Comum – Princípio do Contraditório e Dispensa de Audição Prévia do Requerido*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 215 a 223. Vide, em sentido contrário, o acórdão do TRC de 14.11.2000, proc. 1765/2000, no qual se decidiu que “Ainda que o requerido não tenha sido notificado da decisão que se pronunciou pela improcedência do procedimento cautelar instaurado, deve o mesmo ser notificado dessa decisão e das alegações apresentadas pelo recorrente, a fim de exercer, querendo, o seu direito de resposta, de harmonia com o conteúdo essencial do princípio do contraditório, aplicando-se a essa notificação o preceituado quanto à citação, ou seja, devendo o requerido ser citado para os termos do recurso”.

qual o tribunal competente para conhecer o recurso dessa decisão, atento o facto de o arresto ter sido decretado pelo tribunal da Relação. Com efeito, esta questão foi discutida no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de outubro de 2017¹⁵, em cujo processo o tribunal da Relação se julgou incompetente, em razão da hierarquia, para conhecer esse recurso. Na verdade, o tribunal da Relação considerou que, tendo sido ele a decretar o arresto, não tinha competência para apreciar, em sede de recurso, o mérito da decisão que julgou improcedente a oposição deduzida contra o arresto. O Supremo Tribunal de Justiça entendeu – a nosso ver, bem – que a decisão objeto de recurso não era a do tribunal da Relação que havia decretado o arresto, mas antes a do tribunal de comarca que julgara improcedente a oposição entretanto deduzida. Com efeito, nos termos do artigo 372º, nº 3, sendo deduzida oposição e se o juiz decidir manter a providência cautelar anteriormente decretada, cabe recurso dessa decisão, constituindo a mesma complemento e parte integrante da inicialmente proferida.

No entanto, o acórdão em análise não dá resposta a um outro problema, que é o de saber se, tendo a providência cautelar de arresto sido decretada pelo tribunal da Relação, o requerido, uma vez citado, pode recorrer ou deduzir oposição, nos termos do artigo 372º, nº 1, ou se, pelo contrário, só poderá deduzir oposição, estando-lhe vedada a possibilidade de recorrer.

Com efeito, nos termos do artigo 370º, nº 2, das decisões proferidas nos procedimentos cautelares não cabe recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, salvo nos casos em que esse recurso é sempre admissível. Vale isto por dizer que, se o requerido pretender recorrer da decisão do tribunal da Relação que decretou o arresto, não poderá fazê-lo para o Supremo Tribunal de Justiça.

Por sua vez, não se afigura processualmente viável a possibilidade de recurso para o tribunal da Relação de uma decisão que foi proferida pelo próprio tribunal da Relação. Na verdade, neste caso, o segundo grau de jurisdição já se verificou quando, na fase inicial do procedimento cautelar, o tribunal da Relação decidiu revogar a decisão do tribunal de comarca, que indeferira a providência, e decretar o arresto. Por conseguinte, como já houve esse controlo prévio da legalidade da decisão de decretamento da

¹⁵ Proc. 32262/15.3T8LSB.L3.S1.

providência cautelar de arresto, afigura-se que o requerido que pretenda reagir contra uma decisão de decretamento do arresto, proferida em segundo grau pelo tribunal da Relação, só poderá reagir contra essa decisão mediante a dedução de oposição, nos termos do artigo 372º, nº 1, alínea b) – não lhe sendo, pois, possível recorrer dessa decisão, nos termos do artigo 372º, nº 1, alínea a)¹⁶ –, cabendo, nesse caso, recurso para o tribunal da Relação da decisão que, pronunciando-se sobre o mérito da oposição, mantenha, reduza ou revogue o arresto.

2.5. Deferimento da providência

O julgador deve ser particularmente cuidadoso no decretamento de uma providência cautelar de arresto¹⁷. Na verdade, o facto de o arresto ser decretado sem contraditório prévio e a circunstância de permitir a imediata agressão do património do requerido, tornam esta providência cautelar numa *arma especialmente perigosa* quando colocada nas mãos do credor que, sabendo de antemão que o seu crédito é contestado, pretenda compelir o devedor a satisfazer esse crédito, sob a ameaça de apreensão do seu património.

Ora, para que o arresto possa ser decretado, o julgador tem de dar como preenchidos dois requisitos cumulativos:

- a) verificar-se a probabilidade séria de existência do direito de crédito de que o requerente se arroga titular (*fumus boni iuris*);
- b) existir um receio, devidamente justificado e fundado, de o credor poder vir a perder a garantia patrimonial do seu crédito (*periculum in mora*).

No que concerne à apreciação do primeiro requisito, afigura-se suficiente a formulação, por parte do julgador, de um juízo de verosimilhança

¹⁶ De resto, o Tribunal Constitucional já se pronunciou no sentido de que a eventual impossibilidade de recurso de uma decisão que decreta uma providência cautelar, por aplicação das regras gerais, mesmo quando o requerido não tenha sido previamente ouvido, não ofende o princípio constitucional do acesso ao Direito e aos tribunais (*vide*, nesse sentido, o acórdão do TC nº 739/98 de 16.12.1998, proc. 73/98).

¹⁷ *Vide*, no mesmo sentido, José CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo I, Madrid, Reus, 1977, p. 286, segundo o qual, a “necessária indeterminação” das condições em que o arresto é pedido implica uma especial prudência do magistrado na apreciação do caso em concreto.

quanto ao facto de o requerente ser efetivamente credor do requerido¹⁸. Com efeito, com base na prova sumária produzida (artigo 365º, nº 1), não se exige a formação de uma convicção segura quanto à existência desse direito de crédito, pois que tal juízo de certeza sempre seria incompatível com a natureza especialmente urgente do procedimento cautelar de arresto. Exatamente por isso, para que o arresto seja decretado, não é necessária a prova de que o crédito é certo, líquido¹⁹ e exigível²⁰, nem tão-pouco constitui impedimento o facto de o crédito revestir natureza condicional²¹, sendo antes suficiente a formulação de um juízo de probabilidade quanto à existência de um direito de crédito²².

Por sua vez, no que diz respeito ao segundo requisito, consistente no *periculum in mora*, afigura-se que o arresto só deve ser decretado em situações verdadeiramente excecionais, designadamente quando o julgador se convença, face à matéria de facto alegada e à prova produzida, da absoluta necessidade de decretamento dessa providência cautelar para garantir o efeito útil da sentença condenatória a ser proferida na ação principal ou a eficácia da execução²³.

Não basta, por isso, para dar este requisito como verificado, uma mera verosimilhança quanto a um eventual perigo de dissipação, oneração ou ocultação de património pelo devedor.

Do mesmo modo, o julgador deve concluir pelo não preenchimento deste requisito nos casos em que esse receio seja alicerçado em meras conjecturas, suspeições ou juízos de valor sem qualquer tipo de concretização factual²⁴. É o que sucede, nomeadamente, nos casos em que o requerente, de

¹⁸ Assim, conforme se decidiu no acórdão do TRE de 19.05.2016, proc. 57/16.2T8ORM.E1, a providência cautelar de arresto deve ser indeferida se o requerente pretende impedir que o requerido proceda à venda de bens de uma herança, não sendo o requerente titular de qualquer direito de crédito sobre o requerido.

¹⁹ É o que sucede, por exemplo, se a fixação do montante do crédito depende de um incidente de liquidação de sentença que tenha condenado o réu no pagamento de uma quantia ainda ilíquida, nos termos do artigos 358º e 609º, nº 2. Vide, a este propósito, o acórdão do TRE de 16.04.2015, proc. 3013/12.6TBFAR-A.E1.

²⁰ Acórdão do TRE de 19.05.2016, proc. 57/16.2T8ORM.E1.

²¹ Acórdão. do TRE de 23.02.2017, proc. 2736/16.5T8FAR.E1.

²² Assim, conforme se decidiu no acórdão do TRG de 27.10.2014, proc. 543/09.0TBPTL-G.G1, não é de admitir o pedido de arresto se o requerente, sendo “titular do direito à partilha adicional de determinados bens no âmbito de um processo de inventário, apenas tem a expectativa de que alguns deles lhe sejam adjudicados para preenchimento da sua meação”.

²³ Cf., a este respeito, o acórdão do TRL de 26.01.2010, proc. 4020/09.1TBOER-A.L1-7.

²⁴ Vide, no mesmo sentido, o acórdão do TRE de 19.05.2016, proc. 57/16.2T8ORM.E1, o acórdão do TRC de 28.06.2017, proc. 9070/16.9T8CBR.C1, bem como o acórdão do TRG de 15.02.2018, proc. 556/16.6T8VVD-B.G1.

forma genérica, vaga e imprecisa, se limite a referir que tem medo ou receio que o devedor possa vir a alienar, onerar ou ocultar o seu património, não alegando, contudo, factos concretos, objetivos e precisos dos quais resulte a possibilidade séria de existência desse receio²⁵.

Neste caso, perguntar-se-á se se impõe o proferimento de um despacho pré-saneador, por via do qual o tribunal, ao abrigo do disposto nos artigos 6º e 590º, nº 4, convide o requerente a suprir as insuficiências ou imprecisões no que concerne à alegação de factos demonstradores da existência de um *periculum in mora*, ou se, pelo contrário, deve ser proferido, de imediato, um despacho de indeferimento liminar do requerimento inicial, por manifesta improcedência da pretensão, nos termos do artigo 590º, nº 1.

Com efeito, o novo Código de Processo Civil consagrou expressamente no seu artigo 6º o dever de o juiz promover oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, bem como providenciar oficiosamente pelo suprimimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanção.

Por sua vez, no artigo 590º, nº 4, o legislador veio reforçar o dever de o juiz convidar as partes a suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto alegada.

Ora, apesar de os procedimentos cautelares revestirem natureza urgente (artigo 363º), afigura-se que essa natureza não é incompatível com o proferimento de um despacho de convite ao aperfeiçoamento da petição inicial do procedimento cautelar.

Deste modo, salvo melhor opinião, o critério a adotar deverá ser o seguinte:

- se o requerente não alegou qualquer facto, ainda que de pendor manifestamente subjetivo ou conclusivo, relativo à existência de um fundado receio de perda da garantia patrimonial do crédito, o juiz deve indeferir liminarmente o requerimento inicial, nos termos do artigo 590º, nº 1, pois que não é possível suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da

²⁵ Cf., nesse sentido, o acórdão do TRG de 28.09.2017, proc. 1496/14.9T8GMR-E.G1.

matéria de facto se essa matéria factual, pura e simplesmente, não foi alegada;

- diferentemente, se o requerente alegou factos quanto à existência de um fundado receio de perda da garantia patrimonial do crédito, ou seja, se é possível individualizar a alegação de um *periculum in mora*, enquanto “elemento da causa de pedir”²⁶, tendo, no entanto, tais factos sido alegados de forma genérica, vaga ou conclusiva, o legislador deve proferir um despacho de convite ao aperfeiçoamento da petição inicial, por forma a que seja removida a insuficiência ou a imprecisão na exposição da matéria de facto²⁷, estando-lhe, por isso, vedada a possibilidade de indeferimento liminar do requerimento inicial [artigo 590º, nº 2, alínea a), e nº 4]. Nessa exata medida, o juiz só deve indeferir liminarmente o pedido de decretamento do arresto se, uma vez formulado um convite ao requerente no sentido de aperfeiçoar ou aclarar a matéria de facto alegada, este não responder a esse convite ou, tendo-o feito, a matéria factual constante dos autos continuar a revelar-se manifestamente insuficiente para dar como preenchido o requisito do *periculum in mora*.

Por outro lado, mesmo que o requerente, *ab initio* ou após o aperfeiçoamento do seu articulado inicial, alicerce a alegação do *periculum in mora* em factos concretos e objetivos, o julgador deve, ainda assim, ponderar se, à luz do critério do homem médio e prudente, esse homem, colocado na mesma posição do credor, teria o mesmo fundado receio de vir a perder a garantia patrimonial do seu direito de crédito face ao comportamento adotado pelo requerido²⁸.

Neste enquadramento, na apreciação do requisito do *periculum in mora*, podem relevar diversos critérios, conjunta ou isoladamente considerados, tais como “a forma da atividade do devedor, a sua situação económica

²⁶ Vide, a este propósito, Diogo Filipe Gil Castanheira PEREIRA, *Interesse Processual na Acção Declarativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 96.

²⁷ Cfr., nesse sentido, o acórdão do TRG de 22.09.2016, proc. 2748/15.6TBBCL-A.G1. Vide, em sentido contrário, o acórdão do TRG de 07.08.2014, proc. 1336/14.TBGM.R.G1.

²⁸ Cf., nesse sentido, o acórdão do TRL de 12.06.2012, proc. 14067/11.2T2SNT-A.L1-1.

e financeira, a maior ou menor solvabilidade, a natureza do património, a dissipação ou extravio de bens, a ocorrência de procedimentos anómalos que revelem o propósito de não cumprir, o montante do crédito, a própria relação negocial estabelecida entre as partes”²⁹.

Assim, a título meramente exemplificativo, a jurisprudência mais recente tem vindo a considerar como verificada a existência de um *periculum in mora* nos seguintes casos:

- a existência de um elevado número de credores e de um volume de negócios cada mais reduzido, não sendo conhecidos outros bens no património do devedor para além de uma conta bancária³⁰;
- a circunstância de o requerido estar “cumulado de dívidas, sem bens nem rendimentos, com um crédito eventual cujo montante é ignorado”³¹;
- o facto de se encontrar “indiciado que sobre os imóveis a arrear pendem diversas penhoras, o que revela a existência de outros débitos e uma diminuição do valor do património dos devedores, e que estes cederam a uma outra sociedade as instalações onde desempenhavam a actividade de extração de pedra e britagem, estando actualmente o requerido colectado por uma outra actividade”³²;
- a prova de que “a requerida, uma sociedade comercial, se encontra em situação económica difícil, situação que é do conhecimento geral no meio da construção civil em que se insere; é devedora de várias quantias a diversos fornecedores; que a requerente a tem interpelado, sem êxito, para pagar os seus débitos, existindo conhecimento de que a requerida se prepara para encerrar a sua actividade, pretendendo os seus sócios constituir nova sociedade,

²⁹ Acórdão do TRC de 28.06.2017, proc. 9070/16.9T8CBR.C1.

³⁰ Acórdão do TRL de 15.11.2011, proc. 1707/10.0TVLSB-B.L1-7.

³¹ Acórdão do TRP de 08.10.2002, proc. 0221087.

³² Acórdão do TRC de 23.01.2001, proc. 3425/2000.

- para não pagar aos credores, como já o fizeram anteriormente, pelo menos duas vezes”³³;
- a circunstância de a requerida ter a sua atividade comercial praticamente suspensa, “tendo entregue bens aos credores, nomeadamente, fornecedores, a fim de liquidar dívidas”³⁴; ou
 - o facto de “o montante da dívida [ser] elevado, verificando-se o não pagamento da mesma há já algum tempo, e o único bem conhecido ao requerido [ser] manifestamente insuficiente para satisfação do crédito do requerente, sendo facilmente transacionável uma vez que não se encontra onerado”³⁵.

Por sua vez, atentando igualmente na jurisprudência mais recente, tem vindo a entender-se que o requisito do *periculum in mora* não se mostra verificado, nomeadamente, nos seguintes casos:

- se o requerente, pedindo o arresto de bens do arrendatário que pretende despejar do locado, se limita a alegar que, após a concretização do despejo, é previsível que esses bens venham a desaparecer, seja por atuação própria do requerido, seja por ação de outros credores³⁶;
- se o requerente se limita a alegar que “os requeridos, apesar de terem «modestos rendimentos», têm «uma vida desregrada» pois gastam muito dinheiro na sua vida pessoal, designadamente em frequentes almoços em restaurantes e outros hábitos de vida dispendiosos”³⁷;
- se o requerente se limita a alegar que o requerido tem muitos credores, podendo o seu património vir a ser arrestado ou penhorado³⁸;

³³ Acórdão do TRP de 13.02.2006, proc. 0556938.

³⁴ Acórdão do TRG de 02.02.2017, proc. 1313/16.5T8VRL-A.G1.

³⁵ Acórdão do TRL de 18.12.2012, proc. 585/12.9TBLNH.L1-7.

³⁶ Acórdão do TRC de 28.06.2017, proc. 9070/16.9T8CBR.C1.

³⁷ Acórdão do TRG de 28.09.2017, proc. 1496/14.9T8GMR-E.G1.

³⁸ Acórdão do TRG de 25.02.2016, proc. 6189/15.7T8BRG-A.G1. Como bem se salientou neste acórdão, a providência cautelar de arresto visa proteger o credor contra atos de dissipação, ocultação ou oneração do património

- se o requerente se limita a alegar que “a requerida atravessa no momento dificuldades de tesouraria, encontrando-se pendentes acções propostas por fornecedores visando a cobrança de créditos, desconhecendo o requerente do arresto se a requerida possui bens desonerados”³⁹;
- a “mera circunstância de o devedor não ter cumprido a obrigação a que está vinculado relativamente ao requerente do arresto e de ter a intenção de vender um ou mais imóveis (sendo uma sociedade imobiliária em cuja actividade esses actos se inserem)”⁴⁰;
- a simples recusa do devedor em cumprir⁴¹;
- “se apenas se demonstra que o requerido, que levantou saldos de contas bancárias da herança requerente, se recusa a fazer a restituição desse crédito a esta”⁴²;
- a mera colocação num estabelecimento comercial de um cartaz a dizer “trespassa-se”⁴³; ou
- o facto de se ter dado como provado que “os bens do fiador são facilmente transacionáveis’ e que ‘o credor receia perder a única garantia patrimonial’”⁴⁴.

Note-se, em todo o caso, que essa apreciação deve ser casuística, isto é, em função das particularidades da situação em concreto, já que, no nosso ordenamento jurídico, não vigora o regime da precedência das decisões judiciais.

praticados pelo devedor e não contra um possível ato legítimo de um outro credor, consubstanciado na penhora de bens. De resto, se um credor tem receio que o património do seu devedor, sendo diminuto, venha a ser penhorado por outros credores, nada obsta a que aquele requeira a insolvência do devedor, por forma a fazer atuar o princípio *par conditio creditorum*.

³⁹ Acórdão do TRE de 04.07.2006, proc. 1467/06-2.

⁴⁰ Acórdão do TRG de 03.07.2012, proc. 2382/10.7TBFLG-B.G1.

⁴¹ Acórdão do TRL de 30.11.2011, proc. 1026/11.4TBBNV-A.L1-2.

⁴² Acórdão do TRP de 18.05.2000, proc. 0030658.

⁴³ Acórdão do TRE de 04.05.2006, proc. 2801/05-2.

⁴⁴ Acórdão do TRL de 09.03.2004, proc. 296/2004-7.

2.6. Medida da providência

Sendo decretado o arresto, o juiz deve ter o especial cuidado de limitar o âmbito dessa providência aos bens ou direitos cujo valor seja adequado e proporcional ao montante do crédito a garantir, atento o disposto nos artigos 622º, nº 2, do CC e 393º, nº 2. Se, porventura, a fixação do montante do crédito estiver dependente do competente incidente de liquidação de sentença, sabendo-se, no entanto, qual o limite máximo dessa liquidação, o arresto deve ser decretado sobre bens que garantam a satisfação do crédito até esse limite máximo⁴⁵.

De todo o modo, o arresto não tem de se circunscrever ao montante do crédito e ao valor atual dos bens ou direitos a arrestar. Outrossim, nesse juízo de ponderação, o julgador deve tomar em consideração outros critérios, nomeadamente o aumento do valor do crédito em consequência do cômputo de juros de mora, o período de tempo que poderá decorrer até que se verifique a conversão do arresto em penhora, bem como a própria desvalorização que os bens possam vir a sofrer⁴⁶.

Para além disso, por aplicação das regras da penhora, nada impede que o julgador decrete o arresto de um bem cujo valor exceda o do crédito a garantir, na eventualidade de o devedor não possuir no seu património outros bens de menor valor que permitam assegurar a satisfação do crédito⁴⁷.

2.7. Efeitos

O arresto tem, com as necessárias adaptações, os mesmos efeitos da penhora (artigo 391º, nº 2).

Ora, um desses efeitos materializa-se na ineficácia dos atos de disposição, oneração ou arrendamento dos bens arrestados (artigo 819º do CC).

Por conseguinte, se o requerido vender a um terceiro os bens objeto de arresto, esse ato, apesar de válido, é ineficaz em relação ao requerente

⁴⁵ *Vide*, nesse sentido, o acórdão do TRE de 16.04.2015, proc. 3013/12.6TBFAR-A.E1.

⁴⁶ Cf., nesse sentido, José Lebre de FREITAS *et al.*, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 133 e 134, bem como o acórdão do TRL de 13.07.2010, proc. 2480/09.0TBCSC-C.L1-6.

⁴⁷ *Vide*, a este propósito, o acórdão do TRE de 25.01.2018, proc. 54/17.0T8FTR-A.E1, no qual se decidiu que, apesar de o valor de um prédio misto ser consideravelmente superior ao do crédito a garantir, não é possível proceder-se ao arresto apenas de uma parte desse bem, designadamente da sua parte urbana, já que esta parte não tem autonomia registral, só podendo, por isso, o bem ser arrestado na sua totalidade.

do arresto⁴⁸. Do mesmo modo, se esse terceiro adquirente vier, entretanto, a ser declarado insolvente, os bens arrestados não devem integrar a massa insolvente, pois que a ineficácia da disposição de bens arrestados acarreta, consequentemente, a livre possibilidade de execução dos bens que foram arrestados⁴⁹.

3. Arrolamento

3.1. Requisitos

O arrolamento constitui uma providência cautelar de garantia, a qual visa impedir o extravio, a ocultação ou a dissipação de bens, móveis ou imóveis, ou de documentos, sendo, por isso, dependente de uma ação à qual interesse a especificação dos bens ou a prova da titularidade dos direitos relativos às coisas arroladas (artigo 403º).

Nos termos do artigo 405º, o requerente deve alegar na petição inicial, ainda que de forma sumária, a titularidade de um direito ou de um interesse, digno de tutela jurídica, relativo aos bens a arrolar, sendo que esse direito pode já existir ou estar ainda dependente do seu reconhecimento em ação constitutiva (artigo 362º, nº 2).

Para além disso, o requerente deve igualmente alegar factos que permitam demonstrar a existência de um receio fundado de extravio, ocultação ou dissipação de bens ou de documentos⁵⁰. Tal como sucede no arresto, também no arrolamento, o requerente deve alegar factos concretos e objetivos dos quais se possa extrair a conclusão de que esse receio é real e efetivo. Não bastam, por isso, simples temores ou receios meramente subjetivos, sem qualquer tipo de concretização factual.

⁴⁸ *Vide*, a este propósito, o acórdão do TRP de 21.11.2016, proc. 335/12.0TYVNG-G.P1.

⁴⁹ *Cfr.*, a este respeito, o acórdão do STJ de 21.03.2017, proc. 335/12.0TYVNG-G.P1.S1.

⁵⁰ *Vide*, a este propósito, o acórdão do TRP de 27.05.2013, proc. 832/12.7VPRT-B.P1.

3.2. Contraditório do requerido

No procedimento cautelar de arrolamento, a lei não prevê expressamente se essa providência cautelar deve ser decretada sem a audiência prévia do requerido⁵¹.

Coloca-se, por isso, o problema de saber se, neste procedimento cautelar, deve ser aplicada a regra geral prevista no artigo 366º, nº 1, segundo a qual o tribunal deve, em princípio, ouvir o requerido, exceto se essa audiência prévia for suscetível de colocar em risco o fim ou a eficácia da providência⁵², ou se, pelo contrário, o contraditório prévio do requerido deve ser dispensado, atenta a natureza e as finalidades desta providência cautelar.

Com efeito, o arrolamento visa impedir o extravio, a ocultação ou a dissipação de bens ou de documentos, razão pela qual, considerando as finalidades desta providência, a mesma deve, por norma, ser decretada sem o contraditório prévio do requerido, sob pena de se comprometer, de forma irremediável, o efeito útil do arrolamento. Na verdade, conhecendo o requerido de antemão a pretensão do requerente, corre-se o risco de aquele praticar os atos de extravio, ocultação ou dissipação de bens ou de documentos que o requerente pretendia precisamente evitar através do recurso a esta providência cautelar.

Contudo, uma vez que o Código de Processo Civil, ao invés do que sucede com o arresto (artigo 393º, nº 1) e com a restituição provisória de posse (artigo 378º), nada dispõe quanto à dispensa de audiência prévia do requerido, impõe-se aplicar o regime geral do artigo 366º, nº 1, devendo, por conseguinte, o juiz, através de despacho fundamentado, decidir dispensar ou não essa audiência prévia, consoante entenda que a mesma é ou não suscetível de comprometer a urgência ou o efeito útil da providência⁵³.

⁵¹ Diferentemente, o Código de Processo Civil revogado chegou a prever no seu artigo 423º, nº 3, que o possuidor ou o detentor dos bens era ouvido sempre que a audiência não compromettesse a finalidade da diligência, tendo esse nº 3 sido eliminado pelo artigo 3º do Decreto-Lei nº 180/96, de 25 de setembro.

⁵² Cf., quanto a esta problemática, o acórdão do TRE de 12.10.2017, proc. 2952/16.0T8FAR-B.E1.

⁵³ Vide, na doutrina, José Lebre de FREITAS *et al.*, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2, *op. cit.*, p. 172; António Santos Abrantes GERALDES, *Temas da Reforma do Processo Civil*, vol. IV, 2ª ed. rev. e act., Coimbra, Almedina, 2003, p. 271; Fernando Pereira RODRIGUES, *Noções Fundamentais de Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 42, bem como Fernando Pereira RODRIGUES, *O Novo Processo Civil – Os Princípios Estruturantes*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 55. Cf., na jurisprudência, o acórdão do TRC de 12.10.2021, proc. 947/21.0T8CVL-A.C1.

3.3. Efeitos

Sendo decretada e executada a providência cautelar de arrolamento, importa saber se o requerido pode, mesmo assim, dispor ou onerar os bens que tenham sido arrolados.

Com efeito, nos termos do artigo 406º, nº 5, são aplicáveis ao arrolamento as disposições relativas à penhora, em tudo quanto não contrarie o regime do arrolamento ou a diversa natureza dessa providência.

Ora, um dos principais efeitos da penhora traduz-se, precisamente, na ineficácia, em relação à execução, dos atos de disposição ou oneração dos bens penhorados (artigo 819º do CC), sendo que esse efeito não contraria, na nossa perspetiva, a natureza do arrolamento. Na verdade, constituindo o arrolamento uma providência cautelar de garantia, o justo receio de extravio, ocultação ou dissipação de bens só pode ser devidamente acautelado se qualquer ato de disposição ou oneração dos bens arrolados for ineficaz em relação ao próprio arrolamento.

Uma vez assente que os atos de disposição ou oneração de bens arrolados são ineficazes em relação ao arrolamento, impõe-se, no entanto, questionar se o depositário dos bens arrolados pode continuar a utilizar ou a fruir esses bens. A este propósito, parece-nos que o regime da penhora deve ser aplicado, com as devidas adaptações, à natureza do arrolamento, atento o disposto no artigo 406º, nº 5.

Por conseguinte, se o arrolamento tiver recaído, por exemplo, sobre bens móveis ou imóveis, afigura-se que o requerido, sendo nomeado depositário desses bens, pode continuar a utilizá-los, já que essa utilização não é incompatível com a natureza do arrolamento. Assim, tendo sido arrolado, por hipótese, um veículo automóvel, tal não obsta a que esse bem continue a ser utilizado pelo requerido, não se aplicando, por isso, o regime da imobilização previsto para a penhora (artigo 768º, nº 3)⁵⁴.

Mais problemática é a questão de saber se, tendo o arrolamento recaído sobre um saldo de um depósito bancário, esse saldo deve ficar bloqueado, por aplicação subsidiária do regime da penhora de saldos bancários, previsto no

⁵⁴ Cf., nesse sentido, o acórdão do TRP de 23.10.2007, proc. 0725029.

artigo 780⁵⁵, ou se, pelo contrário, o arrolamento não acarreta o bloqueio do saldo bancário, podendo, por isso, o requerido continuar a dispor livremente desse saldo^{56 57}.

Na nossa perspetiva, entendemos que, se o arrolamento recair sobre um saldo de um depósito bancário, esse saldo deve ficar bloqueado, por aplicação subsidiária do artigo 780º. É que, se assim não se entendesse, a providência cautelar de arrolamento não cumpriria a sua finalidade, qual seja a de garantir a conservação dos bens em caso de justo receio de extravio, ocultação ou dissipação dos mesmos, razão pela qual o requerente ver-se-ia forçado a complementar o arrolamento com o pedido de decretamento de uma outra providência cautelar (não especificada), tendente a impedir a movimentação da respetiva conta bancária – sob pena de, não procedendo deste modo, o requerido poder dissipar todo o dinheiro depositado na instituição bancária –, solução que não se afigura minimamente razoável ou sustentável.

3.4. Arrolamento em casos especiais

3.4.1. Âmbito

Dispõe o artigo 409º, nº 1, que qualquer um dos cônjuges pode requerer o arrolamento de bens comuns do casal ou de bens próprios que estejam sob a administração do outro, como preliminar ou incidente da ação de separação judicial de pessoas e bens, divórcio, declaração de nulidade ou anulação de casamento.

Da leitura deste preceito legal parece extrair-se a conclusão de que esta providência cautelar só pode ser requerida como preliminar ou incidente da ação principal de dissolução do vínculo conjugal ou patrimonial, ficando, por

⁵⁵ Vide, nesse sentido, o acórdão do TRL de 23.04.2015, proc. 3376/14.9T8FNC-A.L1, bem como o acórdão do TRL de 02.07.2015, proc. 4899/14.5T2SNT.L2-2.

⁵⁶ Cf., nesse sentido, o acórdão do TRP de 21.01.2008, proc. 0754997, bem como o acórdão do TRL de 12.11.2014, proc. 273/14.1TBSCR-B.L1-8, no qual se decidiu que “[o] arrolamento de depósitos bancários não invalida a sua possível movimentação pelo seu titular, já que este arrolamento especial não pretende impedir a normal utilização dos bens arrolados, mas obviar ao seu extravio ou dissipação, o que se atinge com a descrição, avaliação e depósito dos bens”.

⁵⁷ Defendendo uma solução intermédia, segundo a qual “[e]m caso de arrolamento de depósitos bancários, deve nomear-se como depositários desses saldos requerente e requerido, cada um na proporção de metade do respetivo valor”, vide o acórdão do TRG de 19.06.2014, proc. 1281/12.2TBEPs-B.G1.

isso, vedada a possibilidade de o arrolamento ser requerido após o trânsito em julgado da sentença proferida nessa ação.

Contudo, atentas as finalidades desta providência cautelar, materializadas na conservação do património comum até à partilha, afigura-se que o melhor entendimento é o de que o arrolamento pode ser requerido mesmo após o trânsito em julgado da sentença proferida na ação principal⁵⁸.

Concomitantemente, conforme tem vindo a ser entendido pela jurisprudência, ainda que o arrolamento tenha sido pedido como preliminar ou como incidente de uma ação de separação judicial de pessoas e bens, divórcio, declaração de nulidade ou anulação de casamento, o mesmo não se encontra sujeito ao prazo de caducidade previsto no artigo 373º, nº 1, alínea a), isto é, o processo de inventário não tem de ser promovido no prazo de trinta dias após a notificação ao requerente do trânsito em julgado da decisão que haja decretado tal providência, razão pela qual o arrolamento subsiste até que seja convertido em descrição e relação de bens no processo de inventário⁵⁹. Trata-se, por isso, de um caso excecional previsto no nosso ordenamento jurídico, em que uma providência cautelar pode subsistir no tempo, sem sujeição a um prazo de caducidade.

3.4.2. Requisitos

Para que esta providência cautelar possa ser decretada, é suficiente o preenchimento cumulativo de dois requisitos⁶⁰:

⁵⁸ Vide, no mesmo sentido, o acórdão do TRE de 11.01.2018, proc. 3440/17.2T8FAR.E1, bem como o acórdão o TRL de 21.06.2022, proc. 600/18.2T8LSB-A.L1-7, no qual se decidiu que o proferimento da sentença no processo de divórcio não acarreta a caducidade do arrolamento.

⁵⁹ Cf., a este propósito, o acórdão do TRG de 15.09.2014, proc. 566/10.7TMBRG-A.G1, com o seguinte sumário: "I - A ação de que o arrolamento, regulado no art. 427º nº 1 do CPC (409º do NCPC), é preliminar ou incidente, não é o inventário, mas sim o divórcio. II - Não existe norma que imponha a promoção do inventário dentro de qualquer prazo sob pena de caducidade do arrolamento, nem há necessidade de estender a aplicação do artº 389º nº 1, a) e b) do CPC (373º nº1 a) e b) do NCPC) à situação dos autos, porque a sua *ratio* (não imposição de um prolongamento desnecessário duma situação de indisponibilidade de qualquer direito do requerido) não ocorre, uma vez que o inventário pode ser requerido e promovido por qualquer das partes".

⁶⁰ Vide, a este respeito, o acórdão do TRL de 16.03.2017, proc. 185/15.1T8FNC-A.L1-2.

- a) o cônjuge requerente deve provar que é (ou foi) casado com o cônjuge requerido⁶¹;
- b) o cônjuge requerente deve demonstrar que existe a probabilidade séria de os bens que pretende arrolar serem comuns⁶² ou, pelo contrário, próprios, estando, no entanto, os mesmos sob a administração do cônjuge requerido⁶³.

Com efeito, este arrolamento reveste natureza especial, na medida em que o requerente está dispensado de demonstrar a existência de qualquer “justo receio de extravio, ocultação ou dissipação de bens, móveis ou imóveis, ou de documentos” (artigo 409º, nº 3).

Todavia, sendo o arrolamento requerido após o trânsito em julgado da sentença proferida na ação principal, coloca-se o problema de saber se, nesse caso, o requerente se encontra igualmente dispensado de alegar factos que permitam demonstrar a existência de um *periculum in mora*, por aplicação analógica do artigo 409º, nº 3⁶⁴, ou se, pelo contrário, está obrigado a fazê-lo, por força do artigo 403º, nº 1⁶⁵.

De facto, uma interpretação literal do artigo 409º, n.ºs 1 e 3, levaria a concluir que a dispensa de alegação de um justo receio de extravio, ocultação ou dissipação de bens, móveis ou imóveis, ou de documentos, apenas teria lugar nos casos em que o arrolamento fosse requerido como preliminar ou

⁶¹ Ficam, por isso, excluídos deste âmbito as situações em que requerente e requerido(a) vivam em união de facto [cf., nesse sentido, o acórdão do TRP de 16.05.2016, proc. 7818/15.8T8VNG-A.P1]. Assim, conforme se decidiu neste aresto, o unido de facto que pretenda o decretamento de uma providência cautelar de arrolamento deve alegar e provar a existência de um *periculum in mora*, consubstanciado no fundado receio de extravio, ocultação ou dissipação de bens ou de documentos.

⁶² Havendo dúvidas, face à prova sumariamente produzida, se os bens móveis a arrolar constituem bens comuns ou bens próprios e estando as partes casadas sob o regime da comunhão de adquiridos, deve considerar-se que esses bens são comuns, atento o disposto no artigo 1725º do CC.

⁶³ Assim, conforme se decidiu no acórdão do TRE de 21.01.2016, proc. 1331/14.8T8STR-A.E1, não pode ser decretado o arrolamento de um bem que, tendo sido adquirido antes do casamento, pertença, em compropriedade, a ambos cônjuges, casados sob o regime da comunhão de adquiridos. Do mesmo modo, não pode ser pedido o arrolamento de bens próprios do requerido, já que o arrolamento só pode ter por objeto os bens comuns do casal e os bens próprios do requerente que se encontrem na posse do requerido. Cf., nesse sentido, o acórdão do TRP de 08.11.2016, proc. 27602/15.8T8PRT.P1, bem como o acórdão do TRP de 27.09.2016, proc. 2745/15.1T8GDM.P1.

⁶⁴ Cfr., nesse sentido, o acórdão do TRL de 19.12.2013, proc. 7669/12.1TCLRS-C.L1-7, o acórdão do TRL de 18.09.2014, proc. 2170/14.1TBSXL.L1-8, bem como o acórdão do TRL de 10.03.2016, proc. 169/13.4TMFUN-A.L1-2.

⁶⁵ Vide, nesse sentido, o acórdão do TRP de 25.02.1997, proc. 9621426, o acórdão do TRL de 17.07.2000, proc. 0070091, bem como o acórdão do TRP de 02.05.2005, proc. 0551713.

incidente de uma ação de separação judicial de pessoas e bens, de divórcio ou de declaração de nulidade ou de anulação de casamento, razão pela qual, sendo o arrolamento requerido após o trânsito em julgado da decisão proferida nessa ação, o requerente já teria de alegar factos que demonstrassem a existência de um *periculum in mora*, por aplicação da regra geral constante do artigo 403º, nº 1.

Todavia, a especialidade do arrolamento previsto no artigo 409º, nº 1, isto é, a dispensa de alegação do *periculum in mora*, quando o mesmo seja requerido como preliminar ou incidente de uma ação de separação judicial de pessoas e bens, de divórcio ou de declaração de nulidade ou de anulação do casamento, traduz-se, precisamente, no facto de o legislador presumir a existência de um fundado receio de dissipação, oneração ou ocultação de bens neste tipo de litígios conjugais. Ora, visando o arrolamento conservar os bens comuns do casal até que se verifique a sua partilha, afigura-se que o regime previsto no artigo 409º, nº 1, deve igualmente ser aplicado, por interpretação analógica e extensiva, aos casos em que o arrolamento seja requerido como preliminar ou incidente do processo de inventário subsequente à dissolução patrimonial ou pessoal do vínculo conjugal, pois que é possível presumir que, mesmo após essa dissolução, a conflituosidade entre os ex-cônjuges continuará a existir até à concretização da partilha do património comum.

3.4.3. Identificação dos bens ou documentos a arrolar

Para que esta providência cautelar seja decretada, o requerente não tem o ónus de identificar, de forma individualizada e pormenorizada, os bens que pretende arrolar⁶⁶. Na verdade, ainda que, sempre que possível, deva fazê-lo – desde logo para facilitar a concretização do arrolamento – pode suceder que o requerente desconheça, inclusive, a existência de tais bens (tal como sucede, por exemplo, com o pedido de arrolamento de eventuais contas bancárias de que o requerido seja titular), razão pela qual a identificação

⁶⁶ Cfr., no mesmo sentido, o acórdão do TRL de 16.03.2017, proc. 185/15.1T8FNC-A.L1-2. Vide, em sentido contrário, o acórdão do TRP de 27.09.2016, proc. 2745/15.1T8GDM.P1, no qual se decidiu que o requerente do arrolamento tem o ónus de identificar os bens que pretende que sejam arrolados, salvo se alegar, de forma fundamentada, a existência de uma especial dificuldade nessa identificação.

e concretização dos bens objeto de arrolamento deve ter lugar aquando da execução da providência.

Questão problemática é a de saber se, sendo requerido o arrolamento de saldos de depósitos bancários, o tribunal pode determinar, oficiosamente ou a requerimento, que a entidade bancária informe os autos sobre os movimentos a débito realizados nesses depósitos e/ou se esta entidade pode recusar a prestação de tal informação, com fundamento em sigilo bancário.

A este respeito, a jurisprudência tem vindo a entender que o arrolamento opera relativamente aos bens que vierem a ser encontrados, não constituindo, por isso, um meio de reação relativamente a atos de dissipação ou de oneração que, entretanto, já tenham sido praticados. Daí que, extravasando o âmbito do arrolamento a identificação de eventuais movimentos realizados em depósito bancário cujo saldo tenha sido arrolado, não seja justificável o levantamento de sigilo bancário⁶⁷. Este entendimento mostra-se, na nossa perspetiva, acertado. Na realidade, revestindo o arrolamento natureza conservatória, o mesmo constitui um meio cautelar para impedir o extravio, a ocultação ou a dissipação de bens ou de documentos e não uma via de reação contra um extravio, ocultação ou dissipação já concretizadas. Daí que não seja de impor a uma entidade bancária o levantamento de sigilo bancário relativamente aos movimentos já realizados num determinado depósito bancário, sendo antes suficiente a informação dos depósitos bancários de que o requerido seja titular, bem como a identificação dos respetivos saldos.

⁶⁷ *Vide*, nesse sentido, o acórdão do TRL de 30.03.2017, proc. 4324/16.7T8VFX-B.L1-6.

O REGULAMENTO (UE) 2018/1805 RELATIVO AO RECONHECIMENTO MÚTUO DAS DECISÕES DE APREENSÃO E DE PERDA – ALGUNS APONTAMENTOS

Margarida Santos*/**

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.4>

1. Considerações iniciais

A defesa do sistema financeiro europeu e da respetiva democracia económica¹ são aspirações que desde sempre acompanharam a União Europeia.

* Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho/ Membro Integrado do Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov). Email: msantos@direito.uminho.pt.

** Este trabalho corresponde, com pequenas alterações, a uma versão em português do original em espanhol “Reglamento (UE) 2018/1805, del parlamento europeo y del consejo de 14 de noviembre de 2018 sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso. Algunas notas desde una perspectiva portuguesa”, in José Antonio Posada Pérez (dir.), *Estudios procesales sobre el espacio europeo de justicia penal*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2021, pp.293-314. Com este trabalho pretendemos homenagear a grande Jurista, Colega e Amiga Benedita Mac Crorie, com quem *sempre* pudemos contar e aprender. Muito obrigada querida Benedita!

¹ Ver os nossos: “A Procuradoria Europeia, a democracia económica e a ação penal dos crimes que lesem os interesses financeiros da União Europeia”, 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. 187-206, disponível em <http://bit.ly/demo-economica-dnl>; “A Procuradoria Europeia e o exercício transnacional da ação penal relativamente aos crimes que lesem os *interesses financeiros da União Europeia*”, *Julgar*, nº 39, set-dez 2019; e “O papel

Sobretudo a partir da década de setenta do século XX, assistimos ao “fulgurante renascimento” do confisco, sendo atualmente “uma vertente imprescindível de uma qualquer política criminal realista”². É claro em termos de política criminal que a prevenção e repressão da criminalidade só pode ser “eficaz se conseguir neutralizar os seus lucros avultados”, ou seja, “[s]ó dessa forma, através da asfixia económica, se poderá combater essa criminalidade, impedir que ela se consolide, reinvesta os seus lucros, diversifique as suas operações, colocando em perigo a sobrevivência do próprio Estado de Direito”³.

No âmbito do presente trabalho pretende-se tecer alguns apontamentos em torno do recente Regulamento (UE) 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de novembro de 2018 relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda⁴, com aplicação a partir de 18 de dezembro de 2020 (Regulamento (UE) 2018/1805). Em especial, almeja-se dar conta, *brevitas causa*, das principais inovações do Regulamento (UE) 2018/1805 e refletir sobre o sentido do reconhecimento mútuo enquanto técnica selecionada no Regulamento, à luz do seu âmbito de aplicação e dos motivos de não reconhecimento e de não execução das decisões de apreensão por estar em causa uma cláusula de salvaguarda dos direitos fundamentais

da Procuradoria Europeia na recuperação de ativos”, in Marie Raquel Desterro Ferreira *et al.* (coords.), *Cooperação Internacional para Efeitos de Recuperação de Ativos*, Coimbra, Almedina, 2021.

² João Conde CORREIA, “Prefácio”, in Roberto d’Oliveira Vieira (coord.), *Confisco alargado de bens, Análise de Direito Comparado*, Editora JusPodivm, 2019, p. 15. Para uma caracterização do confisco enquanto instrumento de política criminal, ver João Conde CORREIA, *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, Lisboa, INCM, 2012; e Pedro CAEIRO, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento ‘ilícito’”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 21, 2011, pp. 273 e ss., 306 e ss., entre outros.

³ Hélio Rigor RODRIGUES e João Conde CORREIA, “Anotação ao Acórdão do Tribunal da relação de Guimarães de 01-12-2014, proferido no processo 218/11.0GACBC. G.”, *Julgar Online*, abril de 2015, p. 8, disponível em <http://julgar.pt/anotacao-ao-acordao-do-trg-de-01-12-2014-processo-21811-0gacbc-g1-pedido-de-indemnizacao-e-confisco/> [13.02.2022].

⁴ Faremos uso, ao longo do presente trabalho, indistintamente, das expressões “confisco” ou “perda”, que exprimem a mesma noção. Assim, ver Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805, de 14 de novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda como pedra angular da cooperação judiciária na União Europeia – eficácia versus direitos fundamentais?”, in Marie Raquel Desterro Ferreira *et al.* (coords.), *Cooperação Internacional para Efeitos de Recuperação de Ativos*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 9, nota 1; Pedro CAEIRO, “Sentido e função do...”, *op. cit.*, p. 269 e nota 2. Assim, seguindo o Autor (p. 269) “[p]or ‘perda’, ou confisco, entendemos as medidas *jure imperii* que instauram o domínio do Estado sobre certos bens ou valores, fazendo cessar os direitos reais e obrigacionais que sobre eles incidissem, bem como outras formas de tutela jurídica das posições fácticas que os tivessem por objeto...”. No mesmo sentido, ver Maria do Carmo DIAS, “‘Perda alargada’ prevista na Diretiva 2014/42/UE (artigo 5º) e ‘perda do valor de vantagem de atividade criminosa’ prevista na lei nº 5/2002 8 artigos 7º a 12º”, in Marie Raquel Desterro Ferreira *et al.* (coords.), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/EU e da Lei Que a Transpõe*, Lisboa, INCM, 2018, p. 85, nota 1.

[artigos 8, nº 1, alínea f), e 19º, nº 1, alínea h), do Regulamento (UE) 2018/1805]. Pretende-se, sobretudo, compreender o alcance desta cláusula no contexto do reconhecimento mútuo e na concretização de um espaço de liberdade, segurança e justiça.

2. A recuperação de ativos na União Europeia – breves considerações

A problemática da recuperação de ativos tem sido objeto de diversos instrumentos jurídicos internacionais, europeus e ao nível da União Europeia⁵. Olhando em especial para este espaço geográfico, a União Europeia tem dado destaque a esta problemática, nomeadamente mais recentemente através da Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia⁶ e através do Regulamento (UE) 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de novembro de 2018 relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda⁷. Com este

⁵ Na verdade, como sublinha Conde Correia, “[a] medida que a recuperação de ativos se vai desenvolvendo, também a necessidade de cooperação internacional para esse efeito tem vindo a ganhar importância [surgindo] novos mecanismos destinados a detetar, a apreender e a confiscar os instrumentos, os produtos e as vantagens de um facto ilícito típico” – cf. João Conde CORREIA, “Reconhecimento mútuo de decisões de apreensão e de confisco: o Regulamento (UE) 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de Novembro de 2018”, *Julgar*, nº 39, 2019, p. 183. Ver também do mesmo Autor, entre outros, “Cooperação judiciária internacional em matéria de recuperação de ativos”, *Anatomia do Crime*, nº 7, jan-jun, 2018, pp. 227 e ss.; e Rita SIMÕES, “A recuperação de ativos através da cooperação judiciária internacional”, in AAVV, *Estudos do projeto Ehtos*, Lisboa, PGR, 2018, pp. 369 e ss.

⁶ Em 2014, o Parlamento Europeu e o Conselho adotaram a Diretiva 2014/42/UE, que define regras mínimas para o congelamento, administração e perda de bens de origem criminosa. A Diretiva introduziu, *grosso modo*, disposições sobre a perda não baseada numa condenação (pelo menos em casos de doença ou de fuga do suspeito ou arguido); disposições sobre a perda alargada para uma lista específica de infrações penais; disposições sobre a perda de bens de terceiros; esclarecimentos sobre o congelamento de bens tendo em vista a sua perda subsequente, incluindo o congelamento “urgente”, garantias estritas para preservar os direitos das partes afetadas por processos de congelamento ou perda; regras que permitem a deteção e o rastreio dos bens mesmo após uma condenação definitiva para assegurar a execução efetiva de uma decisão de perda; disposições sobre a administração dos bens congelados e declarados perdidos; disposições que exigem aos Estados-Membros a recolha e manutenção de estatísticas exaustivas sobre o congelamento e a perda. Em conformidade com os Protocolos n.ºs 21 e 22 do Tratado da União Europeia, respetivamente, o Reino Unido e a Dinamarca não participaram na adoção da Diretiva e não estão sujeitos à sua aplicação. A Irlanda exerceu o seu direito de participar na adoção e aplicação da Diretiva. Para uma súmula das medidas adotadas pelos Estados-Membros para transpor as disposições da Diretiva, ver o Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho - Recuperação e perda de bens: garantir que o crime não compensa (COM(2020) 217 final), de 2 de junho de 2020, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0217&qid=1612978078304&from=PT> (secção 2).

⁷ Para uma síntese das principais disposições do Regulamento, com considerações práticas, ver já a Nota sobre o Regulamento (EU) 2018/1805 emitida pela Eurojust (dezembro de 2020), disponível em https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/2021-01/note_regulation_mutual_recognition_freezing_confiscation_orders_pt.pdf

Regulamento (UE) 2018/1805 pretendeu unificar-se a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de apreensão e perda, alinhando-se o quadro jurídico em matéria de reconhecimento mútuo das decisões de perda e de apreensão com a harmonização preconizada pela Diretiva 2014/42/UE de 3 de abril de 2014, que estabeleceu regras mínimas comuns para a apreensão e perda de bens⁸.

É, pois, possível apreender a mensagem do legislador da União Europeia: é necessário impulsionar o processo de recuperação de ativos em toda a União Europeia, a fim de melhor prevenir e reprimir o crime com fins lucrativos e aumentar o nível de segurança dos cidadãos da União Europeia⁹. Não obstante, a análise da concretização desta política penal europeia é difícil, desde logo atendendo às soluções legais nacionais divergentes quanto ao âmbito do confisco, o que implica “um obstáculo à ambição da UE e, em particular, ao desenvolvimento de modelos de recuperação de ativos à escala da UE”¹⁰.

[22.02.2022], bem como o Relatório da Eurojust sobre Recuperação de ativos - *Report on Eurojust's Casework in Asset Recovery* (fevereiro de 2019), disponível em <https://www.eurojust.europa.eu/report-eurojusts-casework-asset-recovery> [22.02.2022]. Neste relatório da Eurojust dá-se conta das principais questões jurídicas e práticas com as quais a Eurojust se tem debatido, o apoio prestado pela Eurojust, bem como os principais instrumentos de cooperação judiciária utilizados e as melhores práticas em matéria de recuperação de ativos.

⁸ Em Portugal, a Lei nº 30/2017, de 30 de maio, fez a sua transposição, introduzindo alterações no regime jurídico relativo à apreensão e perda de bens. Esta lei alterou os seguintes diplomas legislativos: a Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira; a Lei nº 34/2009, de 14 de julho, que estabelece o regime jurídico aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial; a Lei nº 45/2011, de 24 de junho, que cria, na dependência da Polícia Judiciária, o Gabinete de Recuperação de Ativos; o Decreto-Lei nº 54/75, de 12 de fevereiro, que remodela o atual sistema de registo da propriedade automóvel; o Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei nº 400/82, de 23 de setembro; o Código do Registo Predial, aprovado pelo Decreto-Lei nº 224/84, de 6 de julho; o Código do Registo Comercial, aprovado pelo Decreto-Lei nº 403/86, de 3 de dezembro; o Código de Processo Penal; o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei nº 298/92, de 31 de dezembro; a Lei Geral Tributária, aprovada em anexo ao Decreto-Lei nº 398/98, de 17 de dezembro; o Decreto-Lei nº 164/2012, de 31 de julho, que aprova a orgânica do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I. P. A Lei nº 30/2017, de 30 de maio procedeu ainda à criação de uma obrigação de recolha e de comunicação de dados estatísticos referentes à apreensão e à aplicação de medidas de garantia patrimonial em processo penal, bem como ao destino final que os bens por elas abrangidos tiveram, nomeadamente a restituição, o envio a autoridade de outro Estado em cumprimento de pedido de cooperação judiciária internacional ou a declaração de perda a favor do Estado. Cf. artigo 1º da Lei nº 30/2017, de 30 de maio.

⁹ Katalin LIGETI e Michele SIMONATO, “Asset Recovery in the EU: Towards a Comprehensive Enforcement Model beyond Confiscation? An Introduction”, in Katalin Ligeti e Michele Simonato (eds.), *Chasing Criminal Money – Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, Oxford, Hart Publishing, 2017, pp. 13-14. Na verdade, como se sublinha no Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho - Recuperação e perda de bens: garantir que o crime não compensa (COM(2020) 217 final), de 2 de junho de 2020, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0217&qid=1612978078304&from=PT> [22.02.2022], “[o] crime organizado é uma das maiores ameaças para a segurança da União Europeia”.

¹⁰ Katalin LIGETI e Michele SIMONATO, “Asset Recovery in the EU...”, *op. cit.*, p. 14.

Uma última nota a título mais de enquadramento se impõe a propósito dos fundamentos da recuperação de ativos e da natureza jurídica natureza jurídica da decisão de perda clássica ou comum (e da alargada). A recuperação de ativos¹¹ assenta em múltiplos fundamentos interligados, nomeadamente relacionados com as funções preventivas (gerais e especiais) de demonstrar ao agente e à comunidade que o crime não compensa¹².

Com efeito, tem sido apontado pela doutrina como fundamento político-criminal do regime da recuperação de ativos as finalidades preventivas (quer de prevenção geral, quer de prevenção especial). No entanto, além destas finalidades preventivas, a este regime também tem sido atribuída uma necessidade de restauração da ordem patrimonial dos bens correspondente ao direito vigente¹³.

Importa sublinhar, sem pretensão de nesta sede tratarmos da temática, que tem sido discutida de forma acesa a questão da natureza jurídica da decisão de perda clássica ou comum (e da alargada), havendo quem a entenda como pena acessória, ou como efeito da pena, ou como medida sancionatória análoga à medida de segurança ou, mais abrangente, como consequência jurídica de um comportamento que a lei define como crime¹⁴. Neste âmbito,

¹¹ Importa sublinhar que o conceito de recuperação de ativos é mais abrangente do que o conceito de perda ou de confisco, sendo ainda um conceito que carece de densificação pela doutrina para uma maior uniformização no seu entendimento. Nomeadamente, podemos já referir-nos a uma divergência de entendimento ao nível do direito internacional (v.g. a Convenção contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral da Nações Unidas, em 31 de outubro de 2003) e ao nível do direito da União Europeia (mais amplo). Para maiores desenvolvimentos, ver João Conde CORREIA, “Que futuro para a recuperação de ativos na União Europeia?”, in Maria Raquel Desterro Ferreira et al. (coords.), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/EU e da Lei Que a Transpôs*, Lisboa, INCM, 2018, p. 333 e, entre outros, Katalin LIGETI e Michele SIMONATO, “Asset Recovery in the EU...”, *op. cit.*, pp. 2 e ss.

¹² Sobre esta *ratio* múltipla e interligada da recuperação de ativos, ver Katalin LIGETI e Michele SIMONATO, “Asset Recovery in the EU...”, *op. cit.*, pp. 1 e ss. As Autoras referem-se à função punitiva (enquanto função mais evidente – no sentido de atingir “onde dois mais” e de demonstrar que o crime não compensa), à função preventiva (prevenção geral e especial) e à função estratégica importante na luta contra o crime organizado e o terrorismo.

¹³ Neste sentido, ver, entre outros, João Conde CORREIA, “A recuperação dos ativos dos crimes contra a economia e a saúde pública (Decreto-Lei nº 28/84, de 20 de janeiro)”, *Revista do Ministério Público*, vol. 37, nº 146, abril-junho 2016, p. 69. Ver também a síntese constante do acórdão do Tribunal Constitucional nº 387/2009 (processo nº 383/18), disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Alertando para o risco de “desencaminhamento” do confisco (com o qual concordamos), onde se nota, em algumas vertentes, “um certo revivescimento de uma racionalidade de justiça absoluta – embora *sui generis*, não retributiva, porque a ideia é precisamente *distanciar* o confisco da justiça penal” – ver Pedro CAEIRO, “O confisco numa perspetiva de política criminal europeia”, in Maria Raquel Desterro Ferreira et al. (coords.), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei Que a Transpôs*, Lisboa, INCM, 2018, p. 37.

¹⁴ Para uma síntese ver, entre outros, Maria do Carmo DIAS, “‘Perda alargada’ prevista...”, *op. cit.*, pp. 90 e ss.; e Mário MONTE, “Reconhecimento mútuo de decisão de perda”, in Maria Raquel Desterro Ferreira et al. (coords.), *Cooperação Internacional para Efeitos de Recuperação de Ativos*, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 122 e ss.

o artigo 2º do recente Regulamento (UE) 2018/1805 determina que a decisão de perda é “uma sanção ou medida de carácter definitivo, imposta por um tribunal relativamente a uma infração penal, que conduza à privação definitiva de bens de uma pessoa singular ou coletiva”, ou seja, abarca o carácter sancionatório ou não. Como reflete Mário Monte, “[d]e facto, se estiver prevista como sanção acessória, por exemplo, ela será uma sanção em sentido próprio, mas se não estiver como tal prevista, ela será uma medida ou providência referida a uma infração penal – mas não necessariamente ligada ao facto típico e ilícito –, consubstanciando-se na privação definitiva de bens”¹⁵. Noutras palavras e concordando com o Autor, “[e]sta privação definitiva, que visa restaurar a situação do agente (ou de terceiro) é uma reacção jurídica à questão penal, mas de carácter civil – e, portanto, pode acontecer, mesmo que não haja condenação penal”¹⁶.

Importa, agora, atentar no Regulamento (UE) 2018/1805, com especial enfoque no seu âmbito de aplicação e nos motivos de não reconhecimento e de não execução das decisões de apreensão por estar em causa uma cláusula de salvaguarda dos direitos fundamentais [artigos 8, nº 1, alínea f) e 19º, nº 1, alínea h), do Regulamento (UE) 2018/1805], pela importância que assumem, nomeadamente em termos de desenvolvimento do direito penal da União Europeia, à luz do princípio do reconhecimento mútuo e do seu significado.

3. O Regulamento (UE) 2018/1805 – alguns apontamentos

3.1. Os instrumentos jurídicos antecedentes e o Regulamento (UE) 2018/1805

O Regulamento (UE) 2018/1805 “estabelece as regras segundo as quais um Estado-Membro reconhece e executa no seu território uma decisão de apreensão ou uma decisão de perda emitida por outro Estado-Membro” [artigo 1º, nº 1, do Regulamento (UE) 2018/1805].

O regime jurídico que vigorou na União Europeia em matéria de reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda, antes do

¹⁵ Mário MONTE, “Reconhecimento mútuo de...”, *op. cit.*, p. 124.

¹⁶ Mário MONTE, “Reconhecimento mútuo de...”, *op. cit.*

Regulamento (UE) 2018/1805, assentava nas Decisões-Quadro 2003/577/JAI¹⁷ e 2006/783/JAI¹⁸, do Conselho, substituídas pelo Regulamento para os Estados-Membros por ele vinculados a partir de 19 de dezembro de 2019¹⁹.

Como se sublinha no considerando 6 do Regulamento, o quadro jurídico traçado pelas decisões-quadro “não é inteiramente eficaz”, aí se invocando a falta de uniformidade na transposição e aplicação por parte dos Estados-Membros, “o que levou a um reconhecimento mútuo insuficiente e a uma cooperação transfronteiriça aquém do que seria de desejar”. E como se aduz no considerando 8 do Regulamento (UE) 2018/1805: “[a]quando da adoção da Diretiva 2014/42/UE, o Parlamento Europeu e o Conselho salientaram, numa declaração, que a eficácia de um sistema de apreensão e perda na União estava intrinsecamente ligada ao bom funcionamento do reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e das decisões de perda. [E] solicitaram à Comissão a apresentação de uma proposta legislativa sobre o reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e das decisões de perda”.

O Regulamento (UE) 2018/1805, numa leitura geral, “não vem no essencial alterar o enquadramento normativo já previsto para a identificação, apreensão e perda de bens, na União Europeia”²⁰. O Regulamento (UE) 2018/1805, no fundo, “vem [viabilizar] a efetivação da apreensão e perda de bens sempre que em causa estejam bens localizados em outro Estado-Membro que não aquele na qual se dá a decisão de apreensão e/ou de perda”²¹.

Numa visão perfunctória, importa já sublinhar que, agora, fixam-se prazos para o reconhecimento e execução das decisões; prevê-se um catálogo de motivos de não-reconhecimento e de não- execução; prevê-se uma lista de tipos de crimes relativamente aos quais não há possibilidade de verificação da

¹⁷ Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho, de 22 de julho de 2003, relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas. Esta Decisão-Quadro visa “estabelecer as regras segundo as quais um Estado-Membro reconhece e executa no seu território uma decisão de congelamento tomada por uma autoridade judiciária de outro Estado-Membro no âmbito de um processo penal” (artigo 1º).

¹⁸ Decisão-Quadro 2006/783/JAI do Conselho, de 6 de outubro de 2006, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda. Esta Decisão-Quadro visa “estabelecer as regras segundo as quais um Estado-Membro reconhecerá e executará no seu território as decisões de perda proferidas por um tribunal competente em matéria penal de outro Estado-Membro”.

¹⁹ Cf. artigo 39º do Regulamento (UE) 2018/1805.

²⁰ Rita SIMÕES, “O Regulamento relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e perda: inovações e continuidades”, *Revista do CEF*, nº 1, 2019, p. 64.

²¹ Mário MONTE, “Reconhecimento mútuo...”, *op. cit.*, p. 116.

dupla incriminação, caso esses factos sejam puníveis no Estado de emissão com pena de uma pena de máximo não inferior a 3 anos de prisão; contempla-se a restituição dos bens apreendidos às vítimas (sendo que “[s] regras relativas à afetação de bens apreendidos ou declarados perdidos deverão dar prioridade à indemnização e à restituição dos bens às vítimas” – considerando 45), contemplando, igualmente, vias de recurso no Estado de execução contra o reconhecimento ou a execução de uma decisão de apreensão ou de uma decisão de perda.

3.2. A opção de forma: o regulamento e o reconhecimento mútuo

De um ponto de vista formal, o Regulamento (UE) 2018/1805 agrega num único conjunto normativo os procedimentos relativos ao reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de perda, que anteriormente estavam tratados nas Decisões-Quadro 2003/577/JAI²² e 2006/783/JAI²³, não obstante a necessidade de tratamento em duas fases (apreensão e perda)²⁴, o que é de saudar. Com efeito, a dispersão normativa pode “induzir perniciosas sobreposições legais, criar obstáculos à sua correta transposição e, sobretudo, dificultar, depois a sua correta aplicação prática”²⁵.

Além disso, uma nota se impõe quanto à técnica legislativa tomada a favor do regulamento e do reconhecimento mútuo, ou seja, “agora é mesmo o reconhecimento mútuo que se impõe de um modo unificado”, “[ficando] assim superadas [em parte] eventuais diferenças de regimes jurídicos que

²² Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho, de 22 de julho de 2003, relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas. Esta Decisão-Quadro visa “estabelecer as regras segundo as quais um Estado-Membro reconhece e executa no seu território uma decisão de congelamento tomada por uma autoridade judiciária de outro Estado-Membro no âmbito de um processo penal” (artigo 1º).

²³ Decisão-Quadro 2006/783/JAI do Conselho, de 6 de outubro de 2006, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda. Esta Decisão-Quadro visa “estabelecer as regras segundo as quais um Estado-Membro reconhecerá e executará no seu território as decisões de perda proferidas por um tribunal competente em matéria penal de outro Estado-Membro”.

²⁴ João Conde CORREIA, “Reconhecimento mútuo de decisões...”, *op. cit.*, p. 190. Como bem observa o Autor o Regulamento (UE) 2018/1805 adota os termos “apreensão” e “perda”, não obstante a utilização dos termos “congelamento” e “confisco” no artigo 3º, nº 1. Ver *supra* nota 4.

²⁵ Cf. João Conde CORREIA, “Reconhecimento mútuo de decisões...”, *op. cit.*, p. 190. Ver também, Mª Isabel GONZÁLEZ CANO, *El decomiso como instrumento de la cooperación judicial en la Unión Europea y su incorporación al proceso penal español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 136 e ss., a propósito da grande dispersão legislativa e das suas consequências no âmbito da União Europeia.

pudessem constituir obstáculos à efetivação das decisões de apreensão e de perda transfronteiriças”²⁶.

Como se sabe, a consagração expressa do reconhecimento mútuo²⁷ só aconteceu com o Tratado de Lisboa, no artigo 82º do TFUE. Nesta medida, em primeiro lugar, no nº 1 do artigo 82º do TFUE estabelece-se o princípio do reconhecimento mútuo como princípio base da cooperação judiciária em matéria penal na União (ou pedra angular como proclamado na conclusão 33 no Conselho Europeu de Tampere). O princípio do reconhecimento mútuo (baseado na confiança mútua) é complementado com a aproximação normativa nos domínios a que se refere o nº 2 do artigo 82º e o artigo 83º do TFUE, que apenas assume relevância se se demonstrar insuficiente a ação dos Estados-Membros a nível nacional, como, de resto, é pressuposto geral de toda a atuação da União Europeia.

Na leitura do artigo 82º do TFUE devem distinguir-se duas formas de atuação alternativas: a do nº 1 e a do nº 2, embora a interpretação destes dois preceitos tenha de ser conjugada.

Nos termos do contemplado no nº 1 do artigo 82º do TFUE, a União Europeia deverá adotar, com base no princípio do reconhecimento mútuo ou para assegurar a efetividade deste – medidas relativas a: “regras e procedimentos para assegurar o reconhecimento em toda a EU de todas as formas de sentenças e decisões judiciais; prevenir e resolver os conflitos de jurisdição, etc. (*sc.*, fazendo uso de qualquer dos instrumentos jurídicos à disposição porque o Tratado não define o instrumento a utilizar – *e.g.*, a diretivas, o regulamento, ou a decisão)”²⁸.

O nº 2 do artigo 82º do TFUE fornece a base jurídica expressa para a aproximação em matéria de direito processual penal, sendo uma inovação

²⁶ Mário MONTE, “Reconhecimento mútuo de...”, *op. cit.*, p. 115.

²⁷ Para uma análise da evolução da compreensão do reconhecimento mútuo, sobretudo à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia ver já Pedro CAEIRO *et al.*, “The evolving notion of mutual recognition in the CJEU’s case law on detention”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 25, nº 6, 2019, pp. 689-703; e Pedro CAEIRO, “Reconhecimento mútuo, harmonização e confiança mútua (primeiro esboço de uma revisão)” in Margarida Santos *et al.* (coords.), *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*, Braga, Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos/Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, p. 35; e Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*, pp. 24 e ss.

²⁸ Para uma definição clara dos conceitos de aproximação normativa (através da harmonização, unificação) e de cooperação, v., Marta Muñoz de MORALES ROMERO, *El legislador penal Europeo: legitimidade y racionalidade*, Madrid, Editorial Civitas, 2011, pp. 48 e ss.

do Tratado de Lisboa que vem encerrar a discussão sobre a base jurídica da aproximação (apenas através da harmonização) neste domínio²⁹.

Como sublinha Anabela Rodrigues, “[s]em desconsiderar que a adoção de alguns (poucos) instrumentos legislativos ou o desenvolvimento de alguns princípios permitem que o reconhecimento mútuo no âmbito penal assegure a realização de direitos fundamentais das pessoas visadas com as decisões judiciais, assinala-se que o que está em causa é facilitar a realização do ‘direito de punir’”³⁰. Daí que a doutrina, como o faz por exemplo Anabela Rodrigues, tenha alertado, não raras vezes para “a orientação securitária que promove o princípio do reconhecimento mútuo na União Europeia, quando são mais protegidos os interesses egocêntricos dos Estados e menos os direitos das pessoas”³¹. Não obstante, o “*novo peso*” que tem sido conferido à harmonização do direito processual penal, “e que permite minorar os riscos denunciados de o reconhecimento mútuo ser o gérmen de um ‘nivelamento por baixo’ das garantias processuais”³², importa não baixar a guarda dos direitos fundamentais.

Neste contexto, como *supra* destacámos, o reconhecimento mútuo assenta na confiança mútua³³, no sentido de que, por exemplo nos termos do artigo 1º do Regulamento (UE) 2018/1805, são estabelecidas “as regras segundo as quais um Estado-Membro reconhece e executa no seu território uma decisão de apreensão ou uma decisão de perda emitida por outro Estado-Membro”. Ou seja, deve haver uma execução por parte da autoridade judiciária de um Estado-Membro “o mais automática e o mais direta

²⁹ Neste sentido, uma leitura conjunta desta norma com a do artigo 67º, nº 3, do TFUE conduz à limitação do recurso à harmonização aos casos em que esta seja “necessária” e não apenas “conveniente” ao estabelecimento do princípio do reconhecimento mútuo, como poderia parecer indicar a utilização da palavra “facilitar” no artigo 82º, nº 2, do TFUE.

³⁰ Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*, pp. 26/27.

³¹ Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*, p. 27.

³² Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*

³³ Este conceito surge no *Programa de Medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo das decisões penais* – cf. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, C 12, 44º ano, 15 de janeiro de 2001 (2001/C 12/02), Introdução, p. 11. Alerta-se, não obstante, na linha de Anabela Rodrigues, que embora o conceito de confiança mútua já se utilizava no âmbito da cooperação judiciária internacional em matéria penal no seio do Conselho da Europa, no âmbito da União Europeia tem outra intensidade, ligado à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo – Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*, p. 29, nota 84.

possível” das decisões tomadas por uma outra autoridade judiciária de um outro Estado-Membro³⁴.

Importa recordar que a confiança mútua “repousa, em especial, na plataforma comum constituída pelo empenho dos Estados-Membros nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, e do Estado de direito”³⁵ – valores assumidos agora no artigo 6º do Tratado de Lisboa. Com efeito, tem sido trilhado um caminho em direção da promoção dos direitos processuais, que consubstancia “uma *nova linha de intervenção* da UE em matéria penal” – inaugurada com o Tratado de Lisboa e sobretudo com a adoção do Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais pelo Conselho em 2009³⁶ e das diretivas que se lhe seguiram³⁷ – que visa

³⁴ Anne WEYEMBERGH, “L’impact du 11 septembre sur l’équilibre sécurité / liberté dans l’espace pénal européen”, in Emmanuelle Bribosia e Anne Weyembergh (dirs.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2002, pp. 173 e 174. Com muito interesse, ver a “definição” de reconhecimento mútuo dada pela Comissão Europeia na sua Comunicação de 26 de julho de 2000: “Entende-se geralmente que o reconhecimento mútuo se baseia na ideia de que, ainda que outro Estado possa não tratar uma determinada questão de forma igual ou análoga à forma como seria tratada no Estado do interessado, os resultados serão considerados equivalentes às decisões do seu próprio Estado. É fundamental a confiança mútua, tanto na pertinência das disposições do outro Estado como na correcta aplicação dessas disposições. Com base nesta perspectiva de equivalência e na confiança em que assenta, permite-se que os resultados atingidos noutro Estado produzam efeitos na esfera jurídica do Estado do interessado. Assim sendo, uma decisão adoptada por uma autoridade de um Estado-Membro poderia ser aceite como tal noutro Estado-Membro, mesmo que neste nem sequer existisse uma autoridade comparável ou, caso existisse, que tal autoridade não fosse competente para adoptar decisões do mesmo tipo ou adoptasse uma decisão inteiramente distinta num caso semelhante. O reconhecimento de uma decisão estrangeira em matéria penal poderá ser entendido no sentido de produzir efeitos fora do Estado onde essa decisão foi pronunciada, seja conferindo-lhe os efeitos jurídicos previstos no direito penal estrangeiro, seja tomando-a em consideração para que produza os efeitos previstos pelo direito penal do Estado de reconhecimento” – cf. Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu - Reconhecimento mútuo de decisões finais em matéria penal COM(2000) 495, 26 de julho de 2000 (p. 4).

³⁵ *Programa de Medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo das decisões penais* – cf. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, C 12, 44º ano, 15 de janeiro de 2001 (2001/C 12/02), Introdução, p.11.

³⁶ Resolução do Conselho de 30 de novembro de 2009 sobre um Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais - 2009/C 295/01.

³⁷ Cf. Diretiva 2010/64/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20.10, relativa ao direito à interpretação e tradução em processo penal, de 26.10; Diretiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 5.04 relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas; Diretiva 2012/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22.05 relativa ao direito à informação em processo penal; Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25.10, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à protecção das vítimas da criminalidade; Diretiva 2013/48/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22.10, relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus, e ao direito de informar um terceiro aquando da privação de liberdade e de comunicar, numa situação de privação de liberdade, com terceiros e com as autoridades consulares. Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de março de 2016 relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal. Diretiva (UE) 2016/800 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2016, relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal. Diretiva (UE) 2016/1919 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2016, relativa ao

“assegurar um ‘melhor equilíbrio’ entre esse direitos [individuais] e as ‘medidas que visam facilitar a instauração de processos penais’”³⁸.

Se é a existência de um verdadeiro sistema de justiça criminal da União Europeia que vai ganhando espaço, construindo-se “não como um ordenamento de segurança, mas como um ordenamento de liberdade”³⁹, importa, como alerta Anabela Rodrigues, olhar “para o carácter *artificial* de que se pode revestir a confiança invocada para justificar o reconhecimento mútuo das decisões judiciais”, na medida em que “quando se trata de direitos fundamentais, eles não valem se não forem efetivos, devendo prevalecer uma lógica de controlo pelo seu respeito”⁴⁰. Como salienta a Autora, de forma a “não ceder, neste domínio, a uma espécie de *otimismo balofo* e antes assegurar que ‘as garantias garantem realmente’, tem de estar assegurada a possibilidade de não ser executada uma decisão proferida em outro Estado-Membro por parte das autoridades judiciais com base na salvaguarda de direitos fundamentais⁴¹. No fundo, tem de estar sempre no horizonte a questão do controlo dos direitos fundamentais através da prática judiciária⁴², “à margem da confiança mútua[,] pois que é uma questão de garantia ‘concreta’ e ‘real’ e não ‘ilusória’ ou ‘formal’”⁴³.

Ou seja, sem desconsiderar a importância que a confiança assume na concretização do princípio do reconhecimento mútuo não podemos deixar de concordar com a perspetiva de que a confiança “não pode repousar inteiramente em critérios objetivos e é o resultado de ajustamentos permanentes entre os atores do sistema de justiça penal”⁴⁴. E, por isso, faz sentido entender-se

apoio judiciário para suspeitos e arguidos em processo penal e para as pessoas procuradas em processos de execução de mandados de detenção europeus.

³⁸ Assim, Pedro CAEIRO, “Introdução (ou de como todo o processo penal começa com uma constituição de direitos)”, in Pedro Caeiro (org.), *A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a “segunda vaga” e o seu previsível impacto sobre o direito português*, Coimbra, Instituto Jurídico/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 10.

³⁹ Anabela RODRIGUES, “Direito penal europeu pós-Lisboa: um direito penal funcionalista?”, in Margarida Santos et al. (coords.), *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*, Braga, Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos/Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, p. 33.

⁴⁰ Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*, p. 30.

⁴¹ Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*

⁴² Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*

⁴³ Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*

⁴⁴ Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*, p. 32.

que o grau de confiança será mais elevado nas situações em que existir menos condições objetivas para se ter confiança, e assim, “[a] confiança mútua é, [afinal], o que faz com que se seja cada vez mais exigente em face do mecanismo que a permitirá *ir atingindo* e que é o reconhecimento mútuo”⁴⁵.

Em síntese, no geral, o reconhecimento mútuo tem de tolerar (algumas) diferenças legais, mas deve esbarrar quando estiver em causa a tutela dos direitos fundamentais. Nessa medida, é de saudar a opção trilhada pelo legislador europeu no sentido de incluir expressamente a cláusula geral de salvaguarda de respeito pelos direitos fundamentais⁴⁶. Com efeito, um dos motivos de não reconhecimento e de não execução das decisões de apreensão e de perda está relacionado com as situações em que a execução da decisão de apreensão/de perda iria implicar uma violação manifesta de um direito fundamental relevante – artigos 8º, nº 1, alínea f), e 19º, nº 1, alínea h), do Regulamento (UE) 2018/1805, ao contrário, por exemplo, da opção do legislador europeu na Decisão-quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros⁴⁷.

⁴⁵ Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*, p. 32.

⁴⁶ Com efeito, durante a negociação deste Regulamento, o debate centrou-se, quanto a este aspeto, na questão de se saber se deveria ser consagrada a possibilidade de recusa quando da execução pudesse resultar uma violação dos direitos fundamentais, acabando por ficar consagrado uma cláusula de salvaguarda semelhante à que resultou do acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de abril de 2016 nos processos apenas C-404/15 e C-659/15, *Aranyosi e Căldăraru* e no artigo 11, nº 1, alínea f), da Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, relativa à decisão europeia de investigação em matéria penal da onde se estabelece que “[s]e houver motivos substanciais para crer que a execução da medida de investigação indicada na DEI será incompatível com as obrigações do Estado de execução nos termos do artigo 6.º do TUE e da Carta”. Ver o sentido que tem sido dado à possibilidade de recusa por quebra dos direitos fundamentais nos Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia: *Aranyosi (TJUE C-404/15)* e *Căldăraru (TJUE C-659/15 PPU)* – parágrafo 41; *Acórdão C-216/18 PPU* – onde se estendeu o âmbito dos acórdãos anteriores a um real risco de quebra do direito fundamental no âmbito do artigo 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o acórdão *ML C-220/18 PPU*, onde o Tribunal atualizou os critérios definidos nos acórdãos *Aranyosi (TJUE C-404/15)* e *Căldăraru (TJUE C-659/15 PPU)*. Indagando sobre se a presunção de confiança mútua entre os Estados-Membros corre o risco de se tornar uma ficção jurídica, ver também Agostinho Soares TORRES e Fátima PACHECO, “Entre o reconhecimento mútuo e os direitos fundamentais: as respostas recentes do Tribunal de Justiça da União Europeia quanto à inexecução facultativa do mandado de Detenção Europeu – um novo e atribulado caminho na cooperação internacional?”, *Julgar*, nº 39, 2019. Contra a inserção no Regulamento (UE) 2018/1805 do controlo dos direitos fundamentais por parte do Estado de execução, João Conde CORREIA, “Reconhecimento mútuo de decisões...”, *op. cit.*, pp. 191 e ss. Como salienta o Autor (pp. 191/192), “permitindo ao Estado de Execução sindicar o respeito daqueles direitos fundamentais pelo Estado de emissão, o Regulamento introduz uma grande entorse ao princípio do reconhecimento mútuo, podendo mesmo comprometer a livre circulação de decisões judiciais”. E acrescenta: “[a]dmittir que o Estado de execução possa [recusar] o cumprimento da decisão de apreensão ou de perda por alegada violação dos direitos fundamentais desperta o perigoso vírus da desconfiança, destrói essa imprescindível confiança mútua e afasta aquela presunção”.

⁴⁷ Esta decisão-quadro não incluiu, entre os motivos de não execução facultativa, uma cláusula de respeito pelos direitos fundamentais, apesar de existir, no artigo 1º, nº 3, no contexto dos princípios gerais, a referência a haver

3.3. Âmbito material do Regulamento (UE) 2018/1805

Como se descreve no artigo 1º do Regulamento (UE) 2018/1805, o Regulamento “estabelece as regras segundo as quais um Estado-Membro reconhece e executa no seu território uma decisão de apreensão ou uma decisão de perda emitida por outro Estado-Membro no âmbito de *processos em matéria penal*” (nº 1, destacado nosso), sendo que “não se aplica a decisões de apreensão e decisões de perda emitidas no âmbito de processos em matéria civil ou administrativa” (nº 4).

Como se aduz no considerando 13, o Regulamento aplica-se “a todas as decisões de apreensão e a todas as decisões de perda emitidas no âmbito de processos em matéria penal”, sendo que o conceito de “‘Processos em matéria penal’ é um conceito autónomo do direito da União interpretado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, não obstante a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”, devendo incluir “todos os tipos de decisões de apreensão e de decisões de perda emitidas na sequência de um processo relativo a uma infração penal, não se limitando a incluir as decisões abrangidas pela Diretiva 2014/42/UE”. Ou seja, como aí se acrescenta, “[o] termo deverá abranger também outros tipos de decisões proferidas sem uma condenação definitiva. Mesmo que tais decisões não existam no ordenamento jurídico de um Estado-Membro, o Estado-Membro em causa deverá poder reconhecer e executar a decisão emitida por outro Estado-Membro”. Aí se esclarece que “[o]s processos em matéria penal podem também incluir as investigações criminais da polícia ou de outras autoridades de aplicação da lei”.

Ou seja, e pensando no regime português, importante é que aquela decisão tenha sido tomada no âmbito de um processo penal, o que implica sempre uma das seguintes situações⁴⁸: (i) que tenha havido um facto típico e ilícito ao qual estejam ligados os bens – artigos 109º e 110º do CP; (ii) que tenha havido uma condenação penal, a partir da qual se tenha verificado um património incongruente – artigo 7º da Lei nº 5/2002 de 11 de janeiro; (iii) que, apesar de haver processo penal por um facto típico e ilícito, não tenha havido condenação penal – artigos 109º e 110º do CP; (iv) de investigações

“[a] presente decisão-quadro não tem por efeito alterar a obrigação de respeito dos direitos fundamentais e dos princípios jurídicos fundamentais consagrados pelo artigo 6º do Tratado da União Europeia”, além da menção no considerando 12. Ver nota 46.

⁴⁸ Seguimos aqui a síntese clara de Mário MONTE, “Reconhecimento mútuo de...”, *op. cit.*, pp. 117-118.

criminais em curso; (v) e de perda de bens de terceiros - no artigo 111º do CP e no artigo 7º, nº 2, alínea b), da Lei nº 5/2002⁴⁹.

Uma nota se impõe a propósito das infrações em causa. Ao contrário da opção trilhada na Diretiva 2014/42/UE, não há no Regulamento uma descrição das infrações abrangidas⁵⁰. Não obstante, se a infração em causa estiver incluída no elenco do artigo 3º do Regulamento, não existe a possibilidade a verificação da dupla incriminação, sendo que se não estiver, o Estado de execução pode sujeitar o reconhecimento e a execução à condição de os factos que deram origem a essa decisão constituírem uma infração penal nos termos da legislação do Estado de execução (artigo 3º, nº 2). Ou seja, pode haver aqui um controlo de dupla criminalização.

4. Considerações finais

O legislador da União Europeia tem dado destaque ao processo de recuperação de ativos, nomeadamente mais recentemente através da Diretiva 2014/42/UE do Regulamento (UE) 2018/1805.

⁴⁹ No ordenamento jurídico português, no caso da perda clássica, contemplada no Código Penal (artigos 109º a 11º), exige-se uma relação direta entre o *facto* típico e ilícito e os instrumentos, produtos ou vantagens e podem ser confiscados os instrumentos, produtos e vantagens (ou o valor correspondente) ligados ao facto ilícito típico – neste caso, com base nos artigos 109º, nº 2, e 110º, nº 5, do Código penal, o confisco “tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz”; na perda alargada prevista no artigo 7º da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, não se exige qualquer relação entre o património incongruente e um determinado facto típico e ilícito, embora se exija a condenação do agente por um dos crimes previstos no catálogo do artigo 1º da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, podendo ser confiscado o património incongruente, ou seja ou seja, “a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito”. Não obstante, considera-se ainda um mecanismo de confisco não baseado numa condenação, uma vez que os valores confiscáveis consideram-se (com base na presunção estabelecida no referido artigo 7º) provenientes de uma atividade criminosa precedente, pela qual o arguido não foi condenado – cf. Hélio Rodrigues RODRIGUES, “Cooperação judiciária em caso de confisco não baseado numa condenação”, in Maria Raquel Desterro Ferreira *et al.* (coords.), *Cooperação Internacional para Efeitos de Recuperação de Ativos*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 164.

⁵⁰ Como se esclarece no considerando 14, “[o] presente regulamento deverá abranger as decisões de apreensão e as decisões de perda relacionadas com as infrações penais abrangidas pela Diretiva 2014/42/UE, bem como as decisões de apreensão e as decisões de perda relativas a outras infrações penais. Por conseguinte, as infrações penais abrangidas pelo presente regulamento não deverão ficar limitadas aos crimes particularmente graves que tenham uma dimensão transfronteiriça, porquanto o artigo 82º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) não impõe tal limitação às medidas que preveem regras e procedimentos para assegurar o reconhecimento mútuo das sentenças em matéria penal”.

Com Regulamento (UE) 2018/1805 pretendeu unificar-se a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de apreensão e perda, alinhando-se o quadro jurídico em matéria de reconhecimento mútuo das decisões de perda e de apreensão com a harmonização preconizada pela Diretiva 2014/42/UE, que estabeleceu regras mínimas comuns para a apreensão e perda de bens.

É, pois, possível apreender a mensagem do legislador da União Europeia: é necessário impulsionar o processo de recuperação de ativos em toda a União Europeia, a fim de melhor prevenir e reprimir o crime com fins lucrativos e aumentar o nível de segurança dos cidadãos da União Europeia. Não obstante, a análise da concretização desta política penal europeia é difícil, desde logo atendendo às soluções legais nacionais divergentes quanto ao âmbito do confisco.

Como se descreve no artigo 1º do Regulamento (UE) 2018/1805, o Regulamento “estabelece as regras segundo as quais um Estado-Membro reconhece e executa no seu território uma decisão de apreensão ou uma decisão de perda emitida por outro Estado-Membro no âmbito de *processos em matéria penal*” (nº 1, destacado nosso), sendo que “não se aplica a decisões de apreensão e decisões de perda emitidas no âmbito de processos em matéria civil ou administrativa” (nº 4).

Pensando no regime português, importante é que aquela decisão tenha sido tomada no âmbito de um processo penal, o que implica sempre uma das seguintes situações⁵¹: (i) que tenha havido um facto típico e ilícito ao qual estejam ligados os bens – artigos 109º e 110º do CP; (ii) que tenha havido uma condenação penal, a partir da qual se tenha verificado um património incongruente – artigo 7º da Lei nº 5/2002 de 11 de janeiro; (iii) que, apesar de haver processo penal por um facto típico e ilícito, não tenha havido condenação penal – artigos 109º e 110º do CP; (iv) de investigações criminais em curso; (v) e de perda de bens de terceiros – no artigo 111º do CP e no artigo 7º, nº 2, alínea b), da Lei nº 5/2002.

Numa visão perfunctória, importa sublinhar que, agora, fixam-se prazos para o reconhecimento e execução das decisões; prevê-se um catálogo de motivos de não-reconhecimento e de não- execução; prevê-se uma lista de

⁵¹ Seguimos aqui a síntese clara de Mário MONTE, “Reconhecimento mútuo de...”, *op. cit.*, pp. 117-118.

tipos de crimes relativamente aos quais não há possibilidade de verificação da dupla incriminação, caso esses factos sejam puníveis no Estado de emissão com pena de uma pena de máximo não inferior a 3 anos de prisão; contempla-se a restituição dos bens apreendidos às vítimas, contemplando, igualmente, vias de recurso no Estado de execução contra o reconhecimento ou a execução de uma decisão de apreensão ou de uma decisão de perda.

Não obstante, há algumas considerações que importa ainda enfatizar, pela importância que assumem, nomeadamente em termos de desenvolvimento do direito penal da União Europeia, à luz do princípio do reconhecimento mútuo e do seu significado.

De um ponto de vista formal, o Regulamento (UE) 2018/1805 agrega num único conjunto normativo os procedimentos relativos ao reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de perda, que anteriormente estavam tratados nas Decisões-Quadro 2003/577/JAI e 2006/783/JAI, o que é de saudar.

Quanto à técnica legislativa tomada a favor do regulamento e do reconhecimento mútuo, deu-se um passo em frente na superação (em parte) de eventuais diferenças de regimes jurídicos que pudessem constituir obstáculos à efetivação das decisões de apreensão e de perda transfronteiriças. Mas igualmente seguiu-se no bom caminho ao contemplar-se expressamente uma cláusula de salvaguarda dos direitos fundamentais. Com efeito, um dos motivos de não reconhecimento e de não execução das decisões de apreensão e de perda está relacionado com as situações em que a execução da decisão de apreensão/de perda iria implicar uma violação manifesta de um direito fundamental relevante – artigos 8, nº 1, alínea f), e 19º, nº 1, alínea h), do Regulamento (UE) 2018/1805, ao contrário, por exemplo, da opção do legislador europeu na Decisão-quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros.

Com efeito, afigura-se mister ter consciência que a confiança em que assenta o reconhecimento mútuo das decisões judiciais pode ser “artificial”, “ilusória”, “formal”, na medida em que “quando se trata de direitos fundamentais, eles não valem se não forem efetivos, devendo prevalecer uma lógica de controlo pelo seu respeito”⁵². Assim sendo, sem desvalorizar a confiança

⁵² Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*, p. 30.

mútua que se assume fundamental na construção de um espaço de liberdade, segurança e justiça, assume-se igualmente necessário que esteja sempre no horizonte a possibilidade de não ser executada uma decisão proferida noutro Estado-Membro por parte das autoridades judiciais com base na salvaguarda de direitos fundamentais.

Numa palavra, no geral, o reconhecimento mútuo tem de tolerar (algumas) diferenças legais, mas deve esbarrar quando estiver em causa a tutela dos direitos fundamentais. Nessa medida, é de saudar a opção trilhada pelo legislador europeu no Regulamento (UE) 2018/1805 no sentido de incluir expressamente a cláusula geral de salvaguarda de respeito pelos direitos fundamentais.

É, pois, importante que “a robustez do sistema de confisco [seja] medida não só pela sua eficácia na recuperação de ativos, mas também pela solidez teórica da construção e pela efetividade com que protege os direitos dos visados”⁵³.

⁵³ Cf. Pedro CAEIRO, “O confisco numa perspetiva...”, *op. cit.*, p. 38.

A IDADE DOS DEVERES OU TÃO SÓ LEVAR MAIS A SÉRIO OS DEVERES FUNDAMENTAIS?¹

Maria Benedita Urbano²

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.5>

1. Introdução

Consta que Norberto Bobbio teria demonstrado o desejo de escrever sobre os deveres fundamentais, assim tivesse tempo e energia³. Teria sido, sem margem para dúvidas, um contributo precioso do autor da incontornável obra *L'età dei diritti* para uma área do direito constitucional escassamente tratada. Com efeito, constitui lugar comum afirmar que a temática dos deveres fundamentais tem merecido reduzido destaque na doutrina, por comparação com a atenção que têm merecido os direitos fundamentais⁴, em perfeita

¹ Combinámos e adaptámos neste nosso título, os títulos de duas obras de dois grandes cultores dos direitos fundamentais, agora pensados para os deveres fundamentais. Referimo-nos, obviamente, às incontornáveis obras de Norberto BOBBIO, *L'età dei diritti* e de Ronald DWORKIN, *Taking rights seriously*.

² Juíza Conselheira do Tribunal Constitucional. Endereço de correio eletrónico: mbenurbano@gmail.com.

³ Na sua obra *Diritto allo specchio*, Zagrebelsky dá conta de que Bobbio teria mostrado a sua vontade de escrever uma obra sobre a idade dos deveres. Cf. Gustavo ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Turim, 2018, p. 110.

⁴ Fenómeno assinalado, entre muitos outros, por Jorge MIRANDA, *Direitos fundamentais*, Coimbra, 2020, p. 106, e Gladio GEMMA, “Doveri costituzionali e giurisprudenza della Corte”, in AAVV, *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice della legge* (Atti del Convegno Acqui Terme, Alessandria, 9-10 giugno 2006), Turim, STAMPA,

intonia, aliás, com a (pouca) importância ou mesmo indiferença que os próprios cidadãos lhes dedicam. Todos conhecem os seus direitos fundamentais e invocam a sua concretização e proteção; a reivindicação de novos direitos fundamentais é uma constante (vejam-se o direito à felicidade ou o direito ao crédito). Inversamente, é muito raro ouvir alguém conhecer e enunciar orgulhosamente os seus deveres fundamentais ou a reivindicar novos deveres – a par do desejado direito ao crédito não deveria afirmar-se um dever de não contrair dívidas em excesso? A crise sanitária provocada pela pandemia COVID-19 é bem demonstrativa deste fenómeno. Repetidamente se ouve falar e chegam aos tribunais ações por alegada limitação inconstitucional de direitos e liberdades, como o direito à liberdade e a liberdade de circulação. Já o dever de não propagação de doença infecciosa nem sequer é trazido à liça e, bem assim, não o é o tema da vacinação obrigatória⁵. É certo que o cumprimento dos deveres, na medida em que restringe ou constrange a vontade e a liberdade dos que a eles estão obrigados, impondo sacrifícios (*v.g.*, o cumprimento do serviço militar), ou, em todo caso, a cooperação das pessoas⁶, não é tão “prazeroso” e compensador como o gozo dos direitos. Mas eles existem, estão consagrados nas constituições e nas leis, há que conhecê-los e, mais do que isso, há que os cumprir. Efetivamente, também eles fazem parte da narrativa constitucional contemporânea – sobretudo em constituições que, como a nossa atual, claramente assumem o paradigma de projeto para o futuro⁷ –, e, tal como os direitos, estão indissociavelmente ligados ao conceito de cidadania. Aliás, cada vez mais terão de fazer parte da narrativa constitucional, não apenas por conta das várias situações de grave crise que temos vindo a vivenciar (*v.g.*, terrorismo, crise económica e, mais

2007, p. 365. Este último autor chama ainda a atenção para o pouco impacto que os deveres têm tido também na jurisprudência constitucional.

⁵ Não podemos deixar de chamar a atenção para o artigo 30º da Constituição espanhola de 1978, que prevê, no seu nº 4, a possibilidade de o legislador regular deveres dos cidadãos “em casos de grave risco, catástrofe ou calamidade pública”.

⁶ Já relativamente aos direitos, Rivero fala em poderes de agir e em poderes de exigir, a primeira expressão associada fundamentalmente aos direitos e liberdades clássicos e a segunda mais dirigida aos direitos económicos, sociais e culturais. Cf. Jean RIVERO, *Les libertés publiques*, vol. I, Paris, 1978, p. 109.

⁷ Sobre a ideia de “projeto para o futuro”, ver J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2003, p. 70.

recentemente, crise sanitária⁸), e que impõem custos e privações para a generalidade dos cidadãos em virtude da incontornável prevalência do interesse geral sobre os interesses individuais, mas, de igual modo, porque passaram a fazer parte daquela narrativa realidades como, entre tantas outras, a da proteção do ambiente e a da solidariedade intergeracional, sendo que há que ter consciência de que os direitos das futuras gerações dependem cada vez mais dos deveres das presentes gerações⁹.

Diga-se, em abono dos cidadãos, que eles não são os únicos responsáveis pelo desconhecimento e a menor relevância e atenção que é dada atualmente aos deveres fundamentais.

Assim, e antes de mais, e do ponto de vista histórico, compreende-se que sendo o propósito das revoluções liberais de setecentos o de libertar os súbditos das mãos dos monarcas, dos seus abusos e excessos, é natural que, com essas revoluções, se tenham evidenciado as liberdades clássicas e os direitos civis, como a liberdade de expressão, de circulação, de manifestação, os direitos de propriedade e de iniciativa privada, e bem assim, os direitos de participação política, como o direito de voto e o de ser eleito¹⁰. É, aliás, sintomático da preferência pelos direitos a circunstância de a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ao estabelecer no seu célebre artigo 16º quais as condições necessárias para assegurar a existência de uma

⁸ No que se refere à necessidade acrescida de proteção do bem saúde nestes tempos de pandemia, há que distinguir entre a necessidade de restringir certos direitos fundamentais das pessoas para evitar a propagação do vírus (*v.g.*, liberdade de circulação, de reunião, de iniciativa económica privada) e a necessidade de impor específicos deveres, como o de não propagar doenças infecciosas – sendo certo que em ambos os casos se assiste a uma limitação da sua esfera de liberdade pessoal.

⁹ Dão conta da importância dos deveres fundamentais para as futuras gerações Fulco LANCHASTER, “I doveri costituzionali nel diritto comparato?”, *Nomos. ParlaLex. Scritti recenti*, disponível em nomos.leattualitaneldiritto.it [08.08.2022]; e Juan Manuel GOIG MARTÍNEZ, “La constitucionalización de deberes”, *Revista de Derecho UNED*, nº 9, 2011, p. 112.

¹⁰ Fenómeno evidenciado por Casalta Nabais, que associa o florescimento dos direitos e o quase nulo destaque dado aos deveres ao momento histórico em que se implantou o Estado de direito e as primeiras constituições marcado pela luta contra o absolutismo monárquico. Cfr. José Casalta NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Coimbra, 1997, pp. 15 e ss.

constituição, tenha aludido à separação de poderes e à garantia dos direitos, deixando de parte os deveres do homem e do cidadão^{11,12}.

Além disso, e falando especificamente da atual Constituição da República Portuguesa (CRP), uma breve leitura das suas normas leva-nos rapidamente à conclusão de que o legislador constituinte de 1975 não foi muito “amigo” dos deveres fundamentais – e não se quer com isso mencionar o grande desequilíbrio que existe em termos de consagração de direitos e de deveres (desequilíbrio que não é exclusivo da CRP).

Ainda em jeito de nota introdutória, será importante salientar que os deveres fundamentais são certamente merecedores de uma análise autónoma em sintonia com a sua apreensão como categoria jurídica autónoma (independentemente de se vir ou não a constatar, por um lado, a sua, chamemos-lhe por ora, fragilidade ou debilidade jurídica, e não obstante nem todos os deveres fundamentais poderem ser caracterizados, em termos rigorosos, como autónomos).

Por fim, cabe assinalar que, por exigências expositivas, apenas serão mencionados neste trabalho os deveres fundamentais das pessoas e não também os do Estado, e, outrossim, não será levada a cabo uma análise exaustiva dos deveres fundamentais mencionados ou, sequer, de algum deles em particular.

2. Deveres fundamentais e valores constitucionais

Sem entrar no eterno debate filosófico sobre a relação entre moral e direito, pode afirmar-se que, atualmente, a *ratio* legitimante dos deveres fundamentais não pode deixar de buscar-se em valores jusfundamentais como, principalmente, o da solidariedade, mas, também, o da fraternidade¹³, da

¹¹ Não obstante, como assinala Canotilho, “Já houve tempo em que os *deveres fundamentais* foram considerados como categoria de igual dignidade à dos direitos fundamentais” [sublinhado do autor]. Refere-se Canotilho, desde logo, ao papel dos deveres na filosofia republicana. Com efeito, prossegue o autor, “A República era o reino da virtude no sentido romano, que só pode funcionar se os cidadãos cumprirem um certo número de deveres: servir a pátria, votar, ser solidário, aprender”. Cf. J.J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, op. cit., p. 531.

¹² Cumprindo sublinhar, no entanto, que os deveres não foram esquecidos, sendo mencionados quer no seu Preâmbulo – “Esta declaração, constantemente presente a todos os membros do corpo social, lhes recorde sem cessar os seus direitos e os seus deveres” –, quer no artigo 13º, em que se refere a indispensabilidade de uma contribuição comum para a manutenção da força pública e para as despesas de administração.

¹³ J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, op. cit., p. 532.

responsabilidade, da igualdade e da justiça, designadamente da justiça social. Canotilho afirma que, na ordem jurídico-constitucional portuguesa, o fundamento constitucional dos deveres fundamentais (que o mesmo entende ser claro) “não é, em primeira linha, a necessidade de defender ideias morais ou entes metafísicos (virtude, fraternidade, povo, estado, república), mas sim a de radicar posições de direitos fundamentais ancorados na liberdade, na dignidade da pessoa humana, na igualdade no direito e através do direito. É neste sentido que se defendem serem os deveres fundamentais um «capítulo dos próprios direitos fundamentais (Badura)”. Isso não impede que a *ratio* de certos deveres fundamentais esteja associada a outros valores mais específicos como o da fidelidade à Pátria (*v.g.*, o dever de defender a Pátria e de prestar o serviço militar) ou o da cidadania (o dever de votar, *rectius*, o direito-dever de votar).

No que respeita ao papel que devem desempenhar os deveres fundamentais, pode sustentar-se que eles se fundam em bens e valores com relevância constitucional, cujo valor e protagonismo vai variando em função do próprio pensamento político e dos seus distintos e sucessivos paradigmas jurídicos. Assim, inicialmente, os escassos deveres fundamentais consagrados configuravam deveres típicos da matriz constitucional liberal, gravitando em torno do valor da fidelidade à Pátria. Atualmente, os deveres fundamentais estão, sobretudo, associados ao princípio da solidariedade, vale por dizer, a maior parte dos deveres fundamentais são hoje em dia deveres de solidariedade, podendo esta declinar-se, como sucede na Constituição italiana, em solidariedade social (dever de vacinação), económica (dever de pagar impostos e de contribuir para a satisfação de encargos públicos e dever de trabalhar), política (dever de votar e dever de defender a Pátria) e cultural (dever de instrução). Solidariedade que, nesta fase final da sua afirmação enquanto valor fundamental, não se basta com ser mera exigência ética ou princípio político, sendo vista como um verdadeiro valor jurídico, com positivação no direito interno e no direito europeu (artigo 2º do Tratado CE e artigo 1º do Tratado que institui uma Constituição para a Europa).

Ainda a propósito do fundamento dos deveres sociais, não deixa de ser curioso que, assentando os mesmos nos valores que *supra* referimos, os quais, de igual forma, inspiram sobretudo os direitos económicos, sociais e culturais (abreviadamente, direitos sociais), todo o ânimo e empenho dos

cidadãos seja no sentido da reivindicação e concretização desses direitos em detrimento do cumprimento dos deveres fundamentais assentes ou inspirados pelos mesmos exatos valores. Ou seja, em matéria de direitos fundamentais, muito particularmente dos direitos sociais, fundamos as nossas pretensões e exigências em valores como a solidariedade, a fraternidade, a igualdade e a justiça. Já em matéria de deveres fundamentais, os cidadãos agarram-se à “matriz ideológica individualista” que marcou o catálogo dos direitos e liberdades típicos do Estado de Direito na sua versão liberal (matriz ideológica relacionada com os valores da liberdade e da igualdade), caracterizados os mesmos, precisamente, pelo seu carácter individualista, esquecendo completamente a dimensão coletivista e comunitarista – a qual também não é certamente favorecida pelo individualismo libertário próprio do neoliberalismo. Ora, nunca é suficiente lembrar, os deveres são indispensáveis à vida em comunidade e, designadamente, a solidariedade tem custos¹⁴. Acresce a isto que, como decorre do já exposto, a constitucionalização de valores como os da solidariedade, da fraternidade, da igualdade e da justiça faz com que eles sejam mais do que meras proclamações ou mesmo exigências éticas ou políticas, ou, em todo o caso, extrajurídicas ou metajurídicas. Sucede ainda que muitas das prestações em que se concretizam, em especial, os direitos sociais implicam que nós cumpramos os nossos deveres, como o de pagar impostos e de contribuir, em geral, para os encargos estaduais. Vale isto por dizer, e no que respeita sobretudo ao princípio da solidariedade, que a sua afirmação e efetivação constitui condição indispensável de integração e coesão sociais. E isso é tanto mais relevante quanto assistimos hoje ao agravamento da crise do Estado social, ganhando os deveres fundamentais neste cenário de crise uma redobrada razão de ser, sendo hoje clara a passagem da moralidade à responsabilidade enquanto sua base de sustentação – ideia de responsabilidade totalmente consentânea com o valor da solidariedade, a qual, por exemplo no domínio da proteção da saúde, faz com que cada pessoa não se deva limitar a exigir a sua proteção pessoal, cabendo-lhe, outrossim, preocupar-se com a saúde dos outros e com a salvaguarda do próprio sistema de saúde pública, sobretudo naquelas situações de crise aguda em que há o perigo de o

¹⁴ Ou, como afirma Juan Manuel GOIG MARTÍNEZ, “La constitucionalización de deberes”, *op. cit.*, p. 116, “os benefícios da cidadania não são gratuitos”.

mesmo colapsar. De tudo isto resulta que deve cair por terra a ideia simplista e algo maniqueísta de que os direitos fundamentais são bons, garantindo e fortalecendo a posição das pessoas em face do Estado, e de que os deveres fundamentais são maus, fragilizando essa mesma posição¹⁵. Afinal de contas, os deveres fundamentais têm um papel importante na concretização de múltiplos direitos consagrados nas constituições.

3. Os deveres fundamentais como categoria constitucional autónoma. Conceito e natureza

3.1. Antes de mais, cumpre reiterar que, conforme assinalado na Introdução, na análise subsequente não serão considerados os deveres fundamentais em sentido amplo, os quais abrangem tanto os deveres das pessoas como os deveres do Estado e das demais entidades públicas¹⁶, mas tão somente os primeiros (deveres fundamentais em sentido restrito ou em sentido próprio), que poderão ser concebidos como deveres pessoais horizontais (enquanto deveres que se inscrevem no âmbito de determinadas relações com os outros) e deveres pessoais verticais (deveres em face do Estado e da comunidade).

Saliente-se, ainda, que nos interessa, sobretudo, apurar se a nossa Constituição consagra os deveres fundamentais como uma categoria jurídica autónoma, e isto independentemente de se reconhecer que nem todos os deveres fundamentais são autónomos.

3.2. Dito isto, já no plano dogmático e em jeito de mera aproximação a um conceito de deveres fundamentais pessoais (tarefa sobremaneira dificultada pela sua grande heterogeneidade), diríamos que se trata de situações jurídicas passivas traduzidas na imposição constitucional de condutas ou

¹⁵ Ou, como sugestivamente refere Schmitt-Glaeser, citado por Loureiro, os direitos fundamentais são o “filho querido” e os deveres fundamentais o “enteado”. Cf. João Carlos LOUREIRO, “O discurso dos deveres. Contributo para a teoria dos deveres fundamentais” – não publicado.

¹⁶ Esta dicotomia deveres fundamentais em sentido amplo e em sentido restrito é estabelecida por Loureiro (cf. João Carlos LOUREIRO, “O discurso dos deveres...”, *op. cit.*). Os deveres do Estado e demais entidades públicas divergem, quanto à sua natureza, dos deveres pessoais, na medida em que são expressão de fins e competências suas, não consubstanciando propriamente situações jurídicas passivas.

atuações, positivas ou negativas, com vista à proteção de interesses objetivos que não têm direta ou imediatamente que ver com os interesses particulares dos seus titulares, antes têm que ver com o interesse de terceiros ou com a satisfação, pelos poderes públicos, de necessidades e fins coletivos. Daqui se podem extrair, de imediato, duas ilações: que os deveres fundamentais implicam constrangimentos à vontade e à liberdade individuais; além disso, que, mesmo no que se reporta aos deveres pessoais, eles não têm necessariamente que se manifestar no âmbito de uma relação jurídica, o que faz com que nem todos aceitem a configuração dos deveres fundamentais como obrigações jurídicas. E é esse argumento que importa explorar.

Não poucas vezes ouvimos afirmar que os deveres *jusfundamentais* são obrigações jurídicas. Tendo em conta, todavia, que esta última expressão tem sido utilizada no mundo jurídico, em particular, na dogmática privatística, como sinónimo de situação de sujeição ou de subordinação típica de uma relação jurídica em que o dever consubstancia o correspondente de um direito, será conveniente não utilizar ambas as expressões como sinónimas uma vez que, como se verá adiante, a noção de deveres fundamentais existe independentemente de qualquer concreta relação jurídica entre quem cumpre o dever e quem dele beneficia¹⁷. Acresce a isto que, carecendo a grande maioria dos deveres fundamentais de prévia intervenção do legislador ordinário para se impor, há quem distinga o dever constitucional e a correspondente obrigação jurídica de nível infraconstitucional (a título exemplificativo, veja-se o dever constitucional de defesa da Pátria e a obrigação legislativa de cumprir o serviço militar)¹⁸.

O conceito de deveres fundamentais vem igualmente associado, com frequência, à ideia de sujeição. Ora, também agora cumpre notar que a ideia de sujeição não corresponderá totalmente à ideia de dever fundamental. Embora

¹⁷ A distinção entre dever e obrigação com base no critério da juridicidade (a obrigação tem natureza jurídica e o dever natureza moral ou filosófica) não deve, pois, ser acolhida. E isto, ainda que em termos de sancionabilidade se verificar uma diferença relevante entre as obrigações que derivam das relações jurídico-privadas e os deveres constitucionais.

¹⁸ Loureiro dá-nos conta de que “não há um uso unívoco destes dois termos no universo da juridicidade”, tanto se entendendo que se trata de conceitos equivalentes como, ao invés, conceitos distintos. A propósito da distinção entre obrigação e dever no âmbito do direito privado diz-nos o seguinte: “No direito privado, o conceito de obrigação surge como distinto do de dever: a obrigação designa o vínculo jurídico entre pessoas, em virtude do qual o credor pode exigir ou pretender do outro uma prestação ou uma abstenção. Nesta acepção, o conceito de dever é remetido para o plano do conteúdo da obrigação e captado segundo diferentes tipologias (deveres principais/deveres acessórios)”. Ver João Carlos LOUREIRO, “O discurso dos deveres...”, *op. cit.*

habitualmente se diga que as pessoas estão sujeitas a deveres fundamentais, estes últimos não corporizam necessariamente situações de sujeição em sentido técnico. Com efeito, uma tal concetualização mostra-se incompleta na medida em que os deveres fundamentais não possuem sempre uma dimensão de “suportação” de determinadas consequências jurídicas, mas podem ter uma dimensão de obrigação de comportamento (positivo ou negativo), “de fazer, atuar ou respeitar”¹⁹. A este propósito, Loureiro distingue do seguinte modo as duas categorias: “Assim, fala-se de um dever em sentido estrito quando o obrigado tem de fazer, ou deixar de fazer, alguma coisa, ou seja, o sujeito passivo da relação jurídica tem de observar um comportamento positivo ou negativo. Já estaremos perante uma sujeição quando, do ponto de vista da titularidade activa, há um direito potestativo e o titular passivo tem de ‘suportar as consequências do exercício do direito potestativo, ou seja, a produção dos efeitos jurídicos a que tende o mesmo direito’. Esta categoria impõe, assim, uma obrigação de suportação (pati), que não pode ser infringida, ao contrário do que acontece com o dever jurídico *stricto sensu*”²⁰.

3.3. Passando agora ao tópico da natureza dos deveres fundamentais, o que importa aqui averiguar é se os deveres fundamentais são deveres jurídicos ou se devem ser caracterizados como deveres cívicos, morais ou mesmo tão só como meros postulados ideológicos ou éticos²¹. Mais concretamente, podemos questionar-nos se, para lhes conferir juridicidade, é suficiente a sua consagração numa norma jurídica (e, no caso em apreço, em normas jurídico-constitucionais) ou se é necessário mais do que isso, em particular, a previsão de sanções para o seu incumprimento?

Quanto a esta questão, que tem que ver com a força e a eficácia jurídicas dos deveres fundamentais (e, bem assim, com a sua justiciabilidade), desde já se diga que, em termos de estrutura dos deveres fundamentais, não é habitual a sua imposição constitucional vir acompanhada da previsão de uma sanção em virtude do seu incumprimento. Ora, assevera di Maria, “Uma norma que

¹⁹ Cf. Juan Manuel GOIG MARTÍNEZ, “La constitucionalización de deberes”, *op. cit.*, pp. 116-117.

²⁰ Cf. João Carlos LOUREIRO, “O discurso dos deveres...”, *op. cit.*

²¹ A Constituição de Weimar, no seu artigo 163º, estabelecia que, “sem prejuízo da sua liberdade pessoal, todo o alemão tem o dever moral de utilizar as suas forças intelectuais e físicas de acordo com o que seja exigível pelo bem da comunidade”.

prescreve comportamento se não vier acompanhada de uma sanção, mais do que constringer a vontade dos seus destinatários, servirá para orientar a sua vontade ‘solicitando o sentimento ético e a consciência social e política das pessoas’”²². Esta circunstância tem servido de argumento para quem defende a não autonomização dos deveres fundamentais enquanto categoria constitucional pois, bem vistas as coisas, a sua força normativa e a sua eficácia jurídica (a dos preceitos que os consagram), afinal, não se distinguirão da força normativa e da eficácia jurídica da própria constituição que lhes serve de fonte. Ou seja, sem a concomitante sanção, a força normativa e a eficácia jurídica dos deveres afinal mais não serão do que a força jurídica da fonte em que estão cristalizados²³. O que é o mesmo que dizer que o cumprimento dos deveres fundamentais mais não será do que uma decorrência da subordinação à própria constituição enquanto norma suprema.

A acrescer a esta habitual ausência de sanção para o incumprimento dos deveres fundamentais, é também frequentemente assinalada a ausência de aplicabilidade direta dos deveres fundamentais para lhes recusar caráter jurídico. Para Goig Martínez, há que distinguir entre o dever constitucional, plasmado na constituição, e a obrigação de cumprimento desse dever, a qual possui configuração legal, com isto querendo significar que, sem a intervenção concretizadora do legislador ordinário, o dever constitucional não se converte em obrigação jurídica²⁴. Não se poderá, pois, com base apenas no texto constitucional, exigir-se deveres às pessoas.

Por último, a circunstância de muitos deveres fundamentais não serem deveres autónomos também tem contribuído para o não reconhecimento da sua natureza jurídica²⁵.

Todas estas asserções apontam no sentido da irrelevância jurídica dos deveres fundamentais. Deveremos, então, contentar-nos em assumir os deveres constitucionais como deveres meramente éticos ou políticos (ou, se se preferir, pré-jurídicos)?

²² Ver Bruno DI MARIA, “I doveri costituzionali”, in Vincenzo Coccozze (coord.), *Percorsi ricostruttivi per la lettura della costituzione italiana*, Turim, 2015, p. 80 (tradução nossa).

²³ Em sentido próximo, cf. Bruno DI MARIA, “I doveri costituzionali”, *op. cit.*, p. 80.

²⁴ Cf. Juan Manuel GOIG MARTÍNEZ, “La constitucionalización de deberes”, *op. cit.*, p. 119.

²⁵ Rubio Llorente sustenta ser absurdo considerar como deveres constitucionais os deveres que carecem de autonomia. Cf. Francisco RUBIO LLORENTE, “Los deberes constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 21, nº 62, maio-agosto de 2001, p. 17.

Há que admitir que, no plano constitucional, a estrutura normativa dos deveres fundamentais mostra-se incompleta, quer pela habitual ausência de sanção em caso de incumprimento (que afrouxa a sua força e eficácia e suscita questões quanto aos verdadeiros destinatários dos deveres proclamados na constituição), quer porque se remete para a lei a sua concretização, quer, por fim, devido à circunstância de um número considerável de deveres fundamentais estar associado a direitos²⁶. Mas, em nosso entender, estas constatações não são suficientes para negar a sua natureza jurídica e a sua fundamentalidade, não os torna juridicamente irrelevantes e nem os condena a serem meros elementos pré-jurídicos – não obstante se aceitar que têm uma força normativa e uma eficácia jurídica limitadas.

Há que distinguir aqui vários planos.

Em primeiro lugar, estando os deveres fundamentais positivados na constituição e sendo os seus preceitos normas jurídicas, então, os deveres fundamentais possuem, também eles, conteúdo jurídico-normativo. Sucede que nem todos os preceitos constitucionais possuem a mesma força e eficácia jurídicas. No caso dos deveres fundamentais, uma e outra apresentam alguma fragilidade, mas certamente que não se deve falar em meras irrelevâncias jurídicas. Desde logo, as normas consagradoras de deveres fundamentais integram o parâmetro de controlo que serve para aferir da constitucionalidade das normas infraconstitucionais. Por outro lado, por pouco concretizado ou determinado que seja o seu conteúdo constitucional, sempre tem a capacidade de se impor ao legislador, vinculando-o, quer no sentido de orientar a sua atuação, quer no sentido de que, ao não ser atuado o dever constitucional poderá gerar-se uma omissão legislativa constitucionalmente relevante (em suma, os deveres fundamentais são juridicamente exigíveis, o que não será aceite por quem os associe às normas programáticas da Constituição – artigos 9º e 80º – ou, ainda, para quem os veja como mera decorrência de princípios gerais ou como a outra face dos direitos fundamentais²⁷).

²⁶ Goig Martínez refere que os deveres fundamentais são formulados no texto constitucional como “proposições jurídicas incompletas”. Ver Juan Manuel GOIG MARTÍNEZ, “La constitucionalización de deberes”, *op. cit.*, p. 131.

²⁷ Por sua vez, Gladio GEMMA, “Doveri costituzionali e giurisprudenza della Corte”, *op. cit.*, pp. 372 e ss., a propósito da aplicação da figura da inconstitucionalidade por omissão como forma de censurar a não operacionalização dos deveres fundamentais, acentua a sua escassa eficácia.

No que concerne à já aludida falta de autonomia dos deveres fundamentais, é verdade que muitos dos deveres fundamentais estão associados a direitos fundamentais. Canotilho reconhece a previsão de deveres conexos com direitos (isto é, que nem todos os deveres fundamentais são autónomos) e, de igual modo, que há casos em que a conexão com determinados direitos é de tal modo estreita que se pode afirmar que a sua autonomia é meramente residual ou mesmo tão só aparente. Já Vieira de Andrade, que estabelece a dicotomia entre deveres fundamentais autónomos e deveres fundamentais associados a direitos, afirma que “Os deveres fundamentais, mesmo os aparentemente associados a direitos, constituem, na generalidade dos casos, uma realidade autónoma e exterior a cada um deles, embora, na medida em que são explicitações de valores comunitários, possam fundamentar a limitação dos direitos fundamentais em geral, designadamente das liberdades”²⁸. Na mesma senda, Casalta Nabais sustenta que os por si denominados “deveres de direitos fundamentais” (“deveres correlativos ou relacionais de direitos fundamentais”) “mais não são do que o aspecto ou lado passivo dos direitos fundamentais”, não gozando de “qualquer autonomia face aos respectivos direitos, autonomia que é característica dos deveres fundamentais em sentido próprio”²⁹. Sucede que, apesar de reconhecerem que nem todos os deveres fundamentais são deveres autónomos, nem por isso lhe negam a sua juridicidade.

Muitas vezes, a respeito da falta de autonomia dos deveres fundamentais (ou, pelo menos, de alguns deles), é referido que eles são o lado passivo de direitos fundamentais. A ideia de deveres fundamentais como mero lado passivo dos direitos fundamentais constitui a concretização por excelência da tese da correlatividade entre direitos e deveres. Esta tese é duplamente redutora da figura dos deveres fundamentais. Por um lado, apenas os percecione no âmbito das relações intersubjetivas³⁰. Além disso, percecione-os como realidade que não existe fora da órbita dos direitos fundamentais, ora como

²⁸ Cf. J. C. Vieira de ANDRADE, *op. cit.*, p. 159.

²⁹ Ver José Casalta NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, *op. cit.*, pp. 78-81.

³⁰ Não há que estabelecer uma equiparação com o âmbito privado, em que direitos e deveres/obrigações são vistos como as duas faces da mesma moeda.

forma de limitação aos próprios direitos fundamentais³¹, ora, inversamente, como forma de os garantir³².

Por fim, ainda que, por força da remissão para o legislador ordinário, os deveres fundamentais primariamente possam corporizar mandatos ou diretivas ao legislador – realidade partilhada com os direitos sociais –, os destinatários últimos das normas constitucionais que consagram deveres fundamentais são os cidadãos. São eles que ficarão colocados na tal situação passiva concretizada e delimitada pela lei de acordo com as ‘instruções’ constitucionais – são eles, em suma, que terão de pagar impostos, de respeitar o ambiente, de cumprir o serviço militar³³. Por assim ser, será legítimo afirmar que os deveres fundamentais são mais do que meras obrigações legais constitucionalizadas³⁴.

E isto leva-nos para a derradeira questão que constitui a epígrafe deste ponto: poderá afirmar-se que os deveres fundamentais foram concebidos como uma categoria constitucional autónoma?

Para evidenciar a compreensão dos deveres fundamentais como categoria constitucional autónoma, Canotilho fala no princípio da assinalgmaticidade ou da assimetria como forma de negar o carácter relacional entre direitos e deveres fundamentais que se materializaria na ideia de que os deveres só existem em função dos direitos³⁵. Isto não significa, como se viu, que o mesmo autor não admita a consagração de deveres não autónomos (podendo então concluir-se que, para Canotilho, a existência de múltiplos deveres fundamentais não autónomos não compromete o reconhecimento da autonomia constitucional da categoria dos deveres fundamentais). Ainda com

³¹ Limitação na medida em que existe uma certa disciplina à qual se deve submeter o exercício dos direitos, significando isto que a titularidade de direitos não confere aos seus titulares apenas faculdades e poderes, mas, de igual modo, imporia a observância de certos deveres quanto ao seu exercício.

³² Não devendo, porém, ser pespetivados de uma forma puramente funcionalizada, despojados de uma carga axiológica e de uma justificação próprias.

³³ Embora referindo-se especificamente às normas de deveres fundamentais que contêm imposições ou ordens constitucionais, Casalta Nabais sugestivamente refere que “o legislador apresenta-se face a tais normas como seu ‘destinatário de passagem’ e não seu destinatário principal e final que é o indivíduo a quem se dirige o conteúdo dos deveres expresso na exigência de um determinado comportamento constitucionalmente definido”. Cf. José Casalta NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, *op. cit.*, p. 159.

³⁴ Ou, o que vai dar no mesmo, que não são eficazes em a relação a condutas pessoais. Isto mesmo é afirmado por Santiago VARELA DÍAZ, “La idea de deber constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 2, janeiro-abril de 1982, pp. 83-85.

³⁵ Ver J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, *op. cit.*, pp. 532-533.

a intenção de assinalar e defender que os deveres fundamentais consubstanciam uma categoria constitucional autónoma, Canotilho defende que mesmo que haja uma partilha de âmbito normativo entre certos direitos e deveres (*v.g.*, direito ao ambiente e dever de defesa do ambiente), isso não implica que o dever deva ser concebido como uma restrição ou limite imanente do direito (*v.g.*, o dever de defesa do ambiente não deve ser visto como uma restrição ou limite deste tipo ao direito ao ambiente)³⁶.

Em síntese, como ideia geral a reter, certamente não subscrita por todos, o que importa sublinhar é que os deveres não existem apenas em função dos direitos fundamentais, não obstante se reconheça e constate que a grande maioria dos deveres fundamentais estão, por qualquer forma, associados ou interajam com direitos fundamentais (ainda assim, a grande maioria e não a totalidade; pense-se, por exemplo, no dever de fidelidade à República e ao Estado de direito, que não está associado a nenhum direito específico). Mas, e é isto que interessa relevar, essa associação ou interação não é total (não existe uma correspondência automática entre direitos e deveres) e não significa que os deveres fundamentais encontrem a sua justificação na existência de direitos fundamentais, que se fundem nos mesmos valores ou que visem proteger, pelo menos de forma imediata, os mesmos bens ou interesses constitucionais. Pelo contrário, enquanto os direitos fundamentais se associam de forma imediata ao valor da liberdade e aos interesses pessoais dos seus titulares, os deveres constitucionais associam-se em primeira linha aos valores da solidariedade e da responsabilidade e aos interesses coletivos. Acresce a isto que não devem ser vistos como negação dos direitos fundamentais ou obstaculização ao seu exercício, antes devem ser vistos como uma via para atingir os fins essenciais do Estado³⁷.

³⁶ Ver J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 535.

³⁷ Cf. Juan Manuel GOIG MARTÍNEZ, “La constitucionalización de deberes”, *op. cit.*, p. 115.

4. Brevíssima análise dos deveres fundamentais na ordem jurídica interna

4.1. É de notar, antes de mais, que a CRP, contrariamente à Constituição italiana de 1957, não menciona os deveres fundamentais nos artigos iniciais colocados sob a epígrafe Princípios fundamentais. Onde a Constituição italiana proclama, no seu artigo 2º, que “a República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem [e] impõe o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, económica e social”, a nossa Constituição, igualmente no seu artigo 2º, menciona apenas os direitos e liberdades fundamentais (“A República Portuguesa é um Estado de direito democrático baseado [no] respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais”).

Atente-se, igualmente, na circunstância de que a nossa Constituição não consagra um “amplo dever constitucional” como aquele estabelecido pelo artigo 9º, nº 1, da Constituição espanhola de 1978 (“Os cidadãos e os poderes públicos estão sujeitos à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico”)³⁸. O preceito que, na CRP, mais se aproxima daquele artigo 9º é o artigo 3º, n.ºs 2 e 3, que apenas se dirige ao Estado e outras entidades públicas.

Frise-se, ainda, a ausência de menção a um regime próprio dos deveres fundamentais, diferentemente do que sucede com os direitos fundamentais que, além do regime geral aplicável a todos eles, conhecem um regime específico dos DLG e direitos a eles análogos (cf. artigo 17º da CRP). Mais do que isso, pouco ou nada se diz sobre as questões da titularidade dos deveres, da sua sancionabilidade, da sua eficácia jurídica, da sua tipologia, da existência ou não de deveres análogos, entre outros aspetos.

De igual modo, é de assinalar, em termos de sistematização, a inexistência de um catálogo de deveres fundamentais, diferentemente do que sucede com o catálogo de direitos fundamentais, estando os (poucos) deveres fundamentais dispersos ao longo da Constituição³⁹ sem que seja possível vislumbrar um qualquer critério de sistematização dos mesmos, até porque,

³⁸ Utiliza aquela expressão Santiago VARELA DÍAZ, “La idea de deber constitucional”, *op. cit.*, p. 71.

³⁹ Segundo afirma Canotilho, “*Há apenas deveres fundamentais de natureza pontual*”. Vide J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 532.

além da sua dispersão, há, ainda, a destacar a sua heterogeneidade, pouco dada a sistematizações fiáveis. O que resulta na última constatação que é a de que, contrariamente ao que sucede com a divisão entre direitos, liberdade e garantias e direitos económicos e sociais, relativamente aos deveres fundamentais não se vislumbra qualquer divisão baseada em critérios como o do conteúdo ou o da sua finalidade.

Mas vejamos de que modo o legislador constituinte português ignorou os deveres fundamentais.

A Parte I^a da CRP tem como epígrafe “Direitos e deveres fundamentais”. Uma leitura rápida dos títulos em que se concretiza esta Parte I^a rapidamente nos elucida que os deveres não mereceram do legislador constituinte qualquer lugar de destaque. De facto, quer no Título I (Princípios gerais), quer no Título II (Direitos, liberdades e garantias), pessoais (Capítulo I), de participação política (Capítulo II), dos trabalhadores (Capítulo III) a presença dos deveres fundamentais é bem modesta. De forma genérica, alude-se a deveres fundamentais nos artigos 12º, 14º e 15º da CRP. Em particular, e de forma mais ou menos expressa, o nosso texto constitucional identifica vários deveres fundamentais, como, a título exemplificativo, o dever de obediência às leis e às ordens das autoridades públicas que não ofendam direitos, liberdades e garantias (artigo 21º, 1ª parte), também denominado de dever de não uso da força privada; os deveres dos pais em relação aos filhos (artigo 36º, n.ºs 3, 5 e 6); o dever de responder a inquérito para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis sobre convicções e práticas religiosas (artigo 41º, nº 3); o dever de votar (artigo 49º, nº 2: dever especificamente qualificado como cívico); o dever de respeitar e cumprir as exigências de qualidade de bens e serviços (artigo 60º, nº 1); o dever de defender e promover a saúde (artigo 64º); o dever de defender o ambiente (artigo 66º); o dever de respeito e de solidariedade em relação aos cidadãos portadores de deficiência (artigo 71º, nº 2); o dever de escolaridade básica [artigo 74º, nº 2, al. a)]; o dever de preservar, defender e valorizar o património cultural (artigo 78º, nº 1).

Já noutras partes da Constituição encontramos mais deveres fundamentais, como o dever de pagar impostos (artigo 103º); o dever de recenseamento e de colaboração com a administração eleitoral (artigo 113º, nº 2); o dever de obediência de funcionários e agentes (artigo 271, n.ºs 2 e 3); o dever de

isenção política dos elementos das Forças Armadas (artigo 275º, nº 4); o dever de defesa da Pátria (artigo 276º, nº 1)⁴⁰.

Relativamente a certos deveres enumerados *supra*, o legislador constituinte previu-os simultaneamente como deveres e como direitos. São os habitualmente denominados direitos-deveres, que podem ser exemplificados com o direito-dever de educar os filhos, de proteger o ambiente e de votar. Em todos estes casos verifica-se uma certa identidade de conteúdo do direito e do dever.

A título de mera curiosidade, diga-se que o legislador constituinte português, tal como sucedeu com os seus congéneres espanhol e italiano, consagrou o dever de trabalhar (*rectius*, do direito-dever de trabalhar)⁴¹. Atualmente, porém, o artigo 58º da CRP apenas menciona o direito a trabalhar, tendo o correspondente dever desaparecido com a revisão constitucional de 1997 (IVª revisão constitucional)⁴².

Ainda a título de curiosidade, refira-se o nº 6 do artigo 276º da CRP (originariamente o seu nº 5), que, contrariando aquilo que é uma regra quase sem exceções, estabelece uma sanção para quem não cumpra certos deveres: “Nenhum cidadão poderá conservar nem obter emprego do Estado ou de outra entidade pública se deixar de cumprir os seus deveres militares ou de serviço cívico quando obrigatório”⁴³.

⁴⁰ Não pode deixar de sublinhar-se que, conforme alerta J.C. Vieira de ANDRADE (*op. cit.*, p. 152, nota 13), “os deveres de prestação do serviço militar ou cívico foram desconstitucionalizados pela revisão de 1997, passando a depender de uma opção legislativa (artigo 276º, nº 2)”.

⁴¹ Inicialmente previsto no nº 2 do artigo 59º da CRP, aí se dispunha que “O dever de trabalhar é inseparável do direito ao trabalho, excepto para aqueles que sofram diminuição de capacidade por razões de idade, doença ou invalidez”. Em anotação a este específico preceito, Canotilho e Moreira assinalavam, antes de mais, a incerteza quanto ao tipo de relação que intercedia entre o direito e o dever de trabalhar [“Não é líquido o sentido constitucional da ligação entre o direito ao trabalho e o dever de trabalhar (nº 2)”] e quanto ao alcance deste dever de trabalhar. Segundo os mesmos autores, “[s]eguro é apenas que a Constituição não reconhece a liberdade de não trabalhar, e que todos (salvo os incapacitados) têm um dever de trabalhar. Todavia, estando obviamente afastada qualquer possibilidade de trabalho forçado – por evidentemente contrário à liberdade pessoal –, também é problemático se a lei pode penalizar de algum modo a ociosidade injustificada”. Cf. J.J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 2ª edição revista e ampliada, Coimbra, 1984, p. 320.

⁴² A propósito da consagração na Constituição espanhola do dever de trabalhar, FRANCISCO RUBIO LLORENTE, “Los deberes constitucionales”, *op. cit.*, pp. 29-30, afirma não ser clara a razão de ser da sua consagração. Se na Constituição francesa de 1848 tudo indica que o propósito do legislador constituinte era o de que esse dever se impunha no interesse do seu titular (para prover às suas necessidades), hoje em dia parece obedecer a imperativos éticos, como o de contribuir com o seu trabalho para o bem da sociedade ou, em todo o caso, o de dignificar-se pessoalmente através do trabalho. Estamos em crer que, qualquer que seja o significado último do dever de trabalhar, o trabalho deve ser compreendido como um valor social fundamental.

⁴³ Ver nota 53.

Por último, algumas breves notas sobre, antes de mais, a possibilidade de defender a existência de deveres fundamentais implícitos. Esta não é uma questão de somenos importância, antes merece toda a nossa atenção. E isto, na medida em que um número considerável de deveres fundamentais, porventura a maioria, não tem uma consagração literal no texto da Constituição. Pense-se, por exemplo, no dever de obediência às leis e às ordens das autoridades públicas que não ofendam direitos, liberdades e garantias e no dever de responder a inquérito para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis sobre convicções e práticas religiosas constantes da lista de deveres fundamentais apresentada por Miranda. De igual modo, vejam-se os deveres de não uso da força privada e os deveres de recenseamento e de colaboração com a administração eleitoral assinalados por Vieira de Andrade. Ou ainda, o dever de respeitar e cumprir as exigências de qualidade de bens e serviços identificado por Canotilho. Todos eles resultam de uma interpretação *a contrario sensu* daqueles dispositivos, neles não estando consagrados *expressis verbis*⁴⁴. Cumpre esclarecer que estes deveres não são qualificados expressamente pelos autores mencionados como deveres fundamentais implícitos (Vieira de Andrade apenas qualifica expressamente o dever de colaboração e de comparência perante as autoridades judiciais como sendo um dever fundamental implícito). É nosso entendimento, contudo, que os restantes exemplos facilmente integrarão a figura dos deveres fundamentais implícitos. Figura que é igualmente aceite por Casalta Nabais – “[a] penas são de considerar como tais [como deveres fundamentais] os que a constituição expressa ou implicitamente prevê”⁴⁵. Mesmo para quem não aceite a existência de deveres fundamentais implícitos, não se pode negar que algumas das situações em que se poderia defender a sua existência nem por isso deixam de estar constitucionalmente previstas nas vestes de exigências objetivas que se impõem às pessoas. A título exemplificativo, retenham-se as limitações que decorrem do reconhecimento da função social da propriedade

⁴⁴ Não partilhamos, assim, o conceito de deveres implícitos de Francisco RUBIO LLORENTE, “Los deberes constitucionales”, *op. cit.*, p. 15, que os faz coincidir com os deveres derivados da titularidade de um direito fundamental.

⁴⁵ Cf. José Casalta NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, *op. cit.*, p. 87. Ver, igualmente, p. 93 (“Assim, podemos concluir que os deveres fundamentais, ao contrário do que do que é ou pode ser para os direitos, obedecem ao princípio da tipicidade. O que não quer dizer que tenham de estar expressamente previstos na constituição”). Este autor dá como exemplo de um dever implícito o dever de pagar impostos.

privada⁴⁶ – mais problemático, no entanto, será o reconhecimento de um dever de ser vacinado, sendo certo que este até pode ser visto como uma refração do dever de saúde.

Num outro plano, e por último, refira-se a existência de deveres genéricos, mais típicos das partes preambulares das constituições, os quais têm, em regra, uma função mais simbólica e/ou ideológica (*v.g.*, em Itália, o artigo 54º, em que se estabelece o dever de observar a Constituição e as leis e o dever de fidelidade à República).

4.2. A próxima questão a abordar prende-se com saber se a aplicabilidade direta dos deveres fundamentais é uma regra que admite exceções, ou se, pura e simplesmente, os deveres fundamentais não são aplicáveis diretamente.

O artigo 18º, nº 1, da CRP, aplicável aos direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga, estabelece a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, significando isso, de forma simplista e didática, que valem sem lei e contra a lei. Sem lei na medida em que poderão ser aplicados mesmo sem a intervenção concretizadora do legislador ordinário, sendo o texto da constituição a fonte direta da convocação de um determinado direito. Contra a lei na medida em que, havendo lei e sendo esta contrária aos direitos, liberdades e garantias, a sua aplicação pode impor-se à lei e afastá-la. Ora, na nossa ordem jurídico-constitucional não existe nenhuma norma comparável no que se refere aos deveres fundamentais. Na verdade, também não existe em relação aos direitos sociais e, verdadeiramente, essa aplicabilidade é uma regra com exceções no que se refere aos direitos, liberdades e garantias. Com efeito, e no que toca aos direitos, liberdades e garantias, a sua aplicabilidade direta não está sempre assegurada, havendo direitos que carecem de uma intervenção prévia do legislador sob pena de não serem plenamente aplicáveis. Já quanto aos deveres fundamentais, reconhece-se, a sua aplicabilidade direta será claramente uma exceção. Em relação a eles, os destinatários não serão diretamente as pessoas, mas antes os poderes públicos, nomeadamente o legislador, a quem caberá a concretização pela via legislativa dos deveres em questão. Ou seja, os deveres fundamentais não terão, à partida, aplicabilidade

⁴⁶ Para quem não admita a existência de um dever de suportar expropriações por utilidade pública decorrente do artigo 62º, nº 2, da CRP.

direta, corporizando as normas constitucionais que os preveem normas habilitadoras dirigidas em especial, e como já se aludiu, ao legislador ordinário⁴⁷. Uma vez mais, é possível traçar um paralelo entre os deveres fundamentais e os direitos sociais⁴⁸. Isto não significa, obviamente, que os deveres fundamentais, tal como os direitos sociais, careçam de força normativa e eficácia jurídicas. Na realidade, eles impõem a atuação do legislador e legitimam a mesma (com isto assumindo uma função de garantia das próprias pessoas⁴⁹) e servem de parâmetro ao desenvolvimento legislativo, o que poderá conduzir à inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais que contrariem o seu conteúdo (tratando-se de inconstitucionalidade por omissão, é conhecida a debilidade da respetiva sanção, mas trata-se de aspeto transversal a qualquer declaração de inconstitucionalidade por omissão).

4.3. Até ao momento vimos falando de deveres fundamentais como sendo os deveres consagrados na constituição, ou seja, deveres fundamentais como deveres constitucionais. Havendo coincidência entre as duas categorias, pode deduzir-se que a fundamentalidade deriva da consagração dos deveres no texto constitucional e que, neste sentido, são deveres que as constituições impõem às pessoas nas suas várias vestes. Será, porém, que se pode afirmar que existe total coincidência entre as fórmulas “deveres fundamentais” e “deveres constitucionais”. Será que, à semelhança do que sucede com os direitos fundamentais, existem deveres constitucionais só formalmente fundamentais? Inversamente, existirão deveres fora da constituição que possam ser considerados (só) materialmente fundamentais ou existe um *numerus clausus* constitucional de deveres fundamentais?

⁴⁷ J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 536, dá conta, justamente, de que só excepcionalmente os deveres são “diretamente exigíveis”, dando como exemplo o dever de educar os filhos. Na maioria das vezes, eles carecem, pois, para se tornar operativos, da *interpositio* do legislador. O mesmo autor realça, todavia, que daqui não se pode concluir que as normas constitucionais que consagram deveres fundamentais configurem “*normas programáticas de deveres fundamentais*” no velbo sentido oitocentista (*‘declarações’, ‘programas’*)[.] mas tão só e apenas de normas constitucionais carecidas de concretização legislativa”.

⁴⁸ O paralelismo que estabelecemos, já por mais de uma vez, entre deveres fundamentais e direitos sociais destina-se, pura e simplesmente, a fundar a ideia de que os deveres fundamentais não são meras irrelevâncias jurídicas e não para afirmar uma identidade concetual entre ambas as categorias. Sobre a aparente semelhança entre deveres fundamentais e direitos sociais, ver José Casalta NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, *op. cit.*, pp. 149 e ss.

⁴⁹ Neste preciso sentido veja-se Viviana Ponce DE LEÓN SOLÍS, “La función de los deberes constitucionales”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, nº 1, abril de 2017, p. 142.

No que concerne ao primeiro questionamento, o que se pretende averiguar é se existem deveres constitucionais que são fundamentais apenas porque assim são classificados pela constituição, mas que, quanto ao respectivo conteúdo, ou nem sequer são deveres (antes sendo, *v.g.*, competências) ou, sendo-o, não merecem a dignidade constitucional que lhes foi conferida (a título meramente exemplificativo, estando o dever de ser jurado ou o de ser testemunha plasmados na constituição mereceriam a dignidade, e consequente qualificação, de deveres fundamentais?) Como é sabido, a coincidência constitucionalidade/fundamentalidade no domínio dos direitos fundamentais é bastante controversa, com autores, como Canotilho, a afirmá-la, e outros, como Vieira de Andrade, a negá-la enquanto regra sem exceções. No domínio dos deveres fundamentais a questão apresenta-se um pouco mais complexa. E isto, sobretudo, por dois motivos. De um lado, o conteúdo dos preceitos consagradores de deveres fundamentais mostra-se, as mais das vezes, incompleto e insuficiente, carecendo de uma ulterior concretização por parte do legislador ordinário. De outro lado, e como já visto, muitos dos deveres fundamentais nem sequer estão consagrados expressamente. Reservando para futuros trabalhos maiores desenvolvimentos sobre esta questão, apenas diremos que não vislumbramos qualquer motivo relevante para negar a fundamentalidade aos deveres consagrados na Constituição, mesmo aos implícitos, pelo menos na medida em que, ainda que insuficiente, o seu conteúdo seja de molde a orientar a atuação do legislador ordinário (ou mesmo dos juízes) e esteja relacionado com a indispensável proteção de interesses coletivos de especial relevância tutelados no texto constitucional. Ademais, e mais concretamente, na medida em que estejam em causa deveres indispensáveis para a satisfação das necessidades básicas da população.

A resposta afirmativa ao segundo questionamento pressupõe que se aceite que a fundamentalidade não está necessariamente associada à fonte de onde o dever emana, podendo, outrossim, apoiar-se em critérios materiais como o papel crucial que os deveres desempenham na proteção de interesses coletivos de especial importância. Canotilho faz notar que a cláusula aberta do artigo 16º da CRP apenas menciona direitos e não também deveres, o que, à partida, excluiria a defesa da existência de deveres só materialmente fundamentais consagrados em leis ou regras de direito internacional. No entanto, não põe de parte essa possibilidade, identificando mesmo o dever de

registo e o dever de colaborar na administração da justiça, apenas alertando para a circunstância de que o reconhecimento de deveres só materialmente constitucionais, na medida em que possam condicionar os direitos, tem de ser reconhecida com cuidado. Já Casalta Nabais rejeita a existência de deveres fundamentais fora da Constituição, sugerindo uma reserva de constituição ou um *numerus clausus* constitucional para os deveres fundamentais, fundamentando esta sua posição, entre outros argumentos, no de que não foi essa a vontade do legislador constituinte que, no já citado artigo 16º, apenas refere os direitos e não também os deveres⁵⁰. Tendemos a sufragar a ideia de que existe um *numerus clausus* de deveres fundamentais, ou, por outras palavras, que não se devem reconhecer deveres fundamentais extraconstitucionais. Não se trata apenas da ausência de uma norma de abertura da categoria dos deveres fundamentais a deveres extraconstitucionais. Efetivamente, a abertura dos direitos fundamentais assenta em larga medida na ideia da liberdade das pessoas e ela serve para completar os direitos fundamentais consagrados na constituição para que essa liberdade não resulte prejudicada, em especial, pelo poder estadual. O mesmo não se verifica em relação aos deveres fundamentais, pensados para a concretização de um bem comum e que impõem constrangimentos e sacrifícios à liberdade pessoal.

4.4. Por último, cabe tratar a questão da titularidade dos deveres fundamentais pessoais, ou seja, a questão de saber quem está compelido a adotar os comportamentos ou condutas impostas pelas normas constitucionais que consagram deveres fundamentais.

O artigo 12º da CRP, sob a epígrafe “Princípio da universalidade”, prescreve que “Todos os cidadãos *gozam* dos direitos e *estão sujeitos* aos deveres consignados na Constituição” (itálicos nossos). Não passa despercebida, a partir da leitura deste preceito, a distinta forma de ligar os “cidadãos” aos direitos e aos deveres. Com efeito, os cidadãos *gozam* de direitos e *estão sujeitos* aos deveres (itálico nosso).

Associando o artigo 12º com o artigo 15º (“Estrangeiros, apátridas, cidadãos europeus”) fica-se a saber que também “Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão

⁵⁰ Ver José Casalta NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, op. cit., pp. 87 e ss.

sujeitos aos deveres dos cidadãos portugueses”. Ou seja, também eles estão vinculados a deveres fundamentais. A questão é saber se serão todos os deveres ou só alguns.

É sabido que a equiparação estabelecida no nº 1 do artigo 15º entre estrangeiros e os apátridas e cidadãos portugueses não é total. O nº 2, que estabelece algumas brechas à equiparação estabelecida no número anterior, dela exclui os deveres reservados pela Constituição e pela lei aos cidadãos portugueses. Tendo em consideração o modo como vem consagrada a generalidade dos deveres fundamentais, não será de esperar que o legislador constituinte tenha especificado quem são os seus titulares, pelo que a questão da sua titularidade por estrangeiros e apátridas terá de ser resolvida a partir da análise do respetivo conteúdo e finalidade (não será certamente titulado por estrangeiros o dever de defender a Pátria).

5. Notas conclusivas

No decurso do presente trabalho procurou-se, sem entrar no complexo debate filosófico que rodeia os deveres fundamentais, abordar o tema em apreço com o propósito fundamental de dá-los a conhecer, destacando-se a sua presença na ordem jurídico-constitucional portuguesa. Justamente, na ordem jurídica de um país como o nosso em que, claramente, não existe uma cultura de deveres ou em que, o que vai dar ao mesmo, os deveres fundamentais ainda não estão minimamente enraizados na cultura jurídica.

Poder-se-ia crer que os deveres fundamentais estão hoje onde já estiveram os direitos e liberdades do liberalismo burguês até meados do século XX – e, mais tarde, os direitos sociais –, como meras proclamações filosóficas. Assim não se deverá entender. Não obstante todas as dificuldades e contrariedades que os deveres fundamentais enfrentam e a que atrás aludimos, parece-nos claro que se trata, pelo menos em relação à maioria deles, de verdadeiros deveres jurídicos.

Certamente que dificilmente em algum dia chegaremos a uma era dos deveres fundamentais equiparável à era dos direitos fundamentais e, nem sequer, a uma consagração equilibrada de ambos. Mas, seguramente, já chegámos a uma era que, sendo profundamente marcada pelos direitos, não pode

desconhecer os deveres fundamentais, em que os deveres fundamentais têm de ser tomados a sério, em que devem ser colocados no centro do debate e do discurso político e jurídico. Efetivamente, numa época de transição como a que presentemente vivemos, marcada por sucessivas crises que realçam a necessidade de proteger, em primeira linha, bens e valores coletivos, com as consequentes limitações à vontade e à liberdade individuais, torna-se imperiosa uma reflexão séria sobre os deveres fundamentais. Torna-se imperiosa, de igual modo, a exploração e acentuação da dialética liberdade-responsabilidade, a primeira mais associada aos direitos e a segunda aos deveres. Citando uma vez mais Canotilho, “Os tempos estão, hoje, maduros para uma reproblemática desta importante categoria jurídica e política”⁵¹.

Em suma, a notória desproporção entre direitos e deveres fundamentais, que se encontra bem enraizada na nossa cultura jurídica ocidental, tenderá, porventura a amenizar-se num futuro próximo. Em todo o caso, independentemente da sua maior ou menor consagração e da sua maior ou menor força normativa e eficácia jurídica, não se pode negar que os deveres fundamentais, tal como os direitos, integram o *pactum societatis*⁵². Ademais, e por isso mesmo, constitui imperativo inadiável uma elaboração coerente e sólida de uma teoria jurídica dos deveres fundamentais⁵³.

Resta lembrar que os deveres fundamentais não devem ser vistos como negação dos direitos fundamentais ou obstaculização ao seu exercício, antes devem ser vistos como uma via para atingir os fins essenciais do Estado⁵⁴.

⁵¹ Cf. J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 531.

⁵² Com este exato sentido veja-se Bruno DI MARIA, “I doveri costituzionali”, *op. cit.*, p. 87.

⁵³ Gladio GEMMA, “Doveri costituzionali e giurisprudenza della Corte”, *op. cit.*, pp. 370 e ss., também atribui a desvalorização dos deveres fundamentais a fatores socio-culturais como o individualismo e a falta de sentido de Estado.

⁵⁴ Cf. Juan Manuel GOIG MARTÍNEZ, “La constitucionalización de deberes”, *op. cit.*, p. 115.

JUSTIÇA POÉTICA NA OBRA DE SOPHIA DE MELLO BREYNER ANDRESEN. NOTAS SOLTAS PARA O EXERCÍCIO DO OFÍCIO DE JURISTA

Maria Clara Calheiros*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.6>

1. Nota introdutória

Sempre me suscitou interesse a expressão “justiça poética”, que tantos integramos no nosso discurso quotidiano, sem pensar realmente no seu significado ou origem. As minhas pesquisas mais recentes, cruzando a literatura e o direito, levaram-me a querer explorar as eventuais intersecções entre esse conceito e o mundo do direito. Este artigo nasce dessa curiosidade inicial, mas tomou a direcção que me foi sugerida por saber que a minha colega Benedita Mac Crorie partilhava da minha admiração pela poesia de Sophia de Mello Breyner Andresen. Ao longo das próximas páginas, recordarei o sentido inicial da expressão “justiça poética”, para de seguida ensaiar (e é esta a expressão mais correcta para um *exercício* tentativo como este) a análise da presença de momentos de justiça poética na obra, em prosa e poesia, de

* Escola de Direito, Universidade do Minho, claracc@direito.uminho.pt

Sophia. O objectivo – talvez um pouco pretensioso, admite-se, para um texto tão breve – é mostrar como esta “forma” de justiça tem alguma coisa para nos ensinar, no nosso ofício de juristas, mas também a todos os cidadãos, de um modo geral.

Obviamente, seria impossível proceder a uma análise global da presença das manifestações de “justiça poética” em toda a obra da escritora, pelo que escolhemos dedicar a nossa atenção a elementos que nos parecem relacionar-se, de uma forma mais evidente, com uma intencionalidade de Sophia de reflectir sobre a questão da justiça, entendida num sentido amplo. Assim, no caso da prosa, tomamos por base do nosso estudo os seus *Contos exemplares*, e em particular o conto *O jantar do Bispo*. E no caso da poesia, escolhemos os poemas *O soldado morto*, *Porque*, *Pranto pelo dia de hoje*, *Data*, *Cidade dos Outros*, *Esta gente*, *A paz sem vencedor e sem vencidos*, *Retrato de uma princesa desconhecida*, *Revolução*, *Com fúria e raiva*, *A forma justa*.

Este não pretende ser um texto de crítica literária, pois de resto falta-me a formação indispensável nessa área. A análise dos textos realizada é um exercício de leitura, através da lente que a *forma mentis* do jurista pode propiciar. É, portanto, um olhar para a literatura a partir do direito e não o contrário.

2. Justiça poética

A expressão “justiça poética” pode ser localizada, originalmente, no século XVII, época em que o crítico inglês Thomas Rymer¹ a terá utilizado pela primeira vez, para distinguir esta forma de fazer justiça, própria da literatura, da forma histórica que aquela assume. Assim, na opinião do autor britânico, a justiça poética caracteriza-se pelo seu escopo pedagógico, de “exemplaridade”, através do qual se busca contribuir para inculcar no leitor, por uma via mais sensorial, os princípios morais da sociedade. É interessante notar que, logo nesse primeiro momento, o facto de a justiça poética poder ser

¹ A obra em causa é a seguinte: Thomas RYMER, “The Tragedies of the Last Age Consider’d and Examin’d by the Practice of the Ancients and by the Common Sense of All Ages”, in *Letter to Flectwood Shepheard*, London, Richard Tonson, 1678.

mais plena ou absoluta do que as formas históricas de justiça, já que a pena do autor não encontra as limitações fácticas próprias do tempo histórico².

No confronto com a justiça que cabe ao direito realizar, a justiça poética, que vem cruzando os séculos, actua através da denúncia da injustiça, mesmo daquela que os próprios modelos de direito e as administrações de justiça, afinal, tantas vezes caucionam de modo paradoxal. Obviamente, não se trata de oferecer qualquer tipo de juízo formal de justiça, ou de promover leis morais, mais ou menos explicitamente enunciadas, mas antes de colocar o leitor perante a injustiça (nas suas mais diversas manifestações) e a sua correcção, fora de qualquer limitação do real ou da dimensão cronológica da vida.

Mas que utilidade pode ter esta forma de fazer justiça? A arte tem procurado, nas suas múltiplas expressões, um diálogo com a questão da justiça. E tem sido tão poderosa, na mensagem que transmite, que isso a tornou precisamente causa de preocupação (quando não de censura e de perseguição), por parte dos detentores de poder em cada sociedade. A pintura *Guernica*, de Pablo Picasso, constitui até hoje um libelo acusatório de crimes de guerra mais eloquente e eficaz do que qualquer outro meio, incluindo os propriamente jurídicos, o poderia ter sido³.

A justiça poética está também associada ao conceito de exemplaridade, que dominou durante longo tempo a literatura, em particular a europeia. Ora, este é precisamente um tema retomado por Sophia de Mello Breyner na sua obra *Contos Exemplares*. Aliás, de modo significativo, a autora escolhe para abrir o seu livro, uma citação de Cervantes e das *Novelas Ejemplares*⁴. Enrica Zanin lembra-nos que as novelas da época do imortal mestre espanhol tinham de justificar a sua utilidade (para que serve lê-las? Com que fim o autor as escreveu?), pois o seu escopo tinha de aparecer associado à ética (de que a poética era ainda considerada parte) e o seu valor não dependia apenas

² Cf. Eduardo PELLEJERO, “Justiça Poética. A literatura para além do ponto final”, *Guavira Letras*, nº 20, jan./jun. 2015, pp. 39-48.

³ Acompanhamos aqui a análise oferecida por Eduardo PELLEJERO, “Justiça Poética. A literatura para além do ponto final”, *op. cit.*, pp. 39-48.

⁴ A citação é do paratexto incluído na obra de Cervantes, o seu “Prólogo al Lector”: “Heles dado el nombre de ejemplares, y si lo miras no hay ninguna de quien no se pueda sacar un ejemplo”. Sophia parece querer associar a intencionalidade dos seus *Contos exemplares* a esta missão pedagógica de exemplaridade, a que o texto de Cervantes expressamente quis acolher (ainda que depois se possa discutir se, e em que medida, as suas novelas são “exemplares”, na verdadeira acepção da palavra).

da sua pura qualidade literária, mas antes do seu conteúdo, ou dito de outro modo mais explícito, do mérito dos ensinamentos naquelas contidas⁵.

O que curiosamente, não significa que os textos literários, mesmo aqueles que tomam para si o epíteto de “exemplares”, sempre cuidassem de explicar qual era o ensinamento a retirar deles, ou a razão pela qual podiam reclamar essa natureza dita “exemplar”. Muitas vezes o texto literário é ambíguo na sua relação com uma qualquer ideia de justiça, ou de exemplaridade, que lhe possa estar associada. Ora, é esta mesma ambiguidade justamente uma das suas forças, uma vez que abre avenidas a interpretações múltiplas, a releituras e até a uma possível continuação futura, pois como explica Eduardo Pellejero⁶ as obras literárias não têm ponto final, antes estão abertas a um devir sem termo nem finalidade.

A justiça poética oferece assim, a nosso ver, um espaço mais livre e autêntico para pensar como identificar o justo e o injusto e para procurar encontrar uma via de compreensão do modo como a acção humana se interliga com eles.

Martha Nussbaum⁷ expressa de forma eloquente, o alcance e especificidade do contributo que os “poetas como juízes” podem oferecer. Diz-nos a autora que o julgamento oferecido pelos poetas está para além de uma visão pseudomatemática do indivíduo, preferindo-lhe uma perspectiva mais fiel à riqueza concreta da diversidade das vidas humanas. Por outro lado, comentando a obra de Whitman, *Phantom*, esta autora sublinha a comparação do poeta-juiz com a luz do sol, que tudo ilumina, ponde em evidência os mais pequenos detalhes, ao mesmo tempo que o faz de modo implacável e sem subterfúgios.

De um modo geral, e com inspiração na obra de Martha Nussbaum, podemos dizer que a justiça poética obedece à racionalidade própria ao reconhecimento de que a imaginação literária nos leva a reflectir sobre a ideia

⁵ Enrica ZANIN, “Cervantes, i novellieri e la finalit  delle novelle: dall’utilit  all’eutrapelia”, *eHumanista/Cervantes*, vol. 6, 2017, pp. 183-196.

⁶ Diz-nos este autor: “A arte não dita nada, não pode (os seus juízos não têm força de lei). Mas reagenciando, ao nível da expressão, fatos e testemunhos, provas e interpretações que o direito dispõe ao nível da ordem do discurso que lhe   próprio, levanta um marco, um desses estranhos monumentos[,] aos quais, oportunamente, cada novo viajante agrega uma pedra”. Eduardo PELLEJERO, “Justiça Poética. A literatura para além do ponto final”, *op. cit.*, p. 41.

⁷ Martha NUSSBAUM, *Poetic Justice. The literary imagination and public life*, Boston, Beacon Press, p. 81.

de justiça e, nessa medida, contribui para a construção de uma sociedade mais justa⁸.

3. A Justiça poética na obra de Sophia

A recente doação do espólio de Sophia à Biblioteca Nacional permitiu tornar acessível, através do site *Sophia de Mello Breyner Andresen no seu tempo. Momentos e documentos*⁹, muitos elementos que permitem conhecer melhor não só a obra de Sophia de Mello Breyner Andresen, mas também a sua pessoa, o seu percurso de vida, a sua visão do mundo, em distintos planos. As múltiplas entrevistas que deu revelam uma mulher profundamente envolvida nos problemas do seu tempo, a quem as questões sociais preocupavam de uma maneira evidente. Em vários trechos dessas entrevistas podemos ter um vislumbre desse seu pensamento de cunho eminentemente social. Por exemplo, no que respeita às questões da igualdade de género, Sophia afirma “Para mim o machismo não é considerar que há uma diferença entre o homem e a mulher, o machismo é tentar fazer um negócio dessa diferença...”¹⁰

No entanto, é através do seu ofício de escritora, na sua poesia mas também na prosa, que Sophia melhor põe em prática e demonstra o seu desejo de ver operar-se uma transformação no mundo que a rodeia. As suas denúncias da exploração do homem pelo homem, da pobreza, da demagogia e cinismo políticos, da corrupção e do tráfico de influências, aparecem em toda a sua escrita com a força própria da lírica.

A escolha destes temas não é casual, mas antes resulta do facto de a escritora ter vivido a época do Estado Novo e, mais tarde, a transição revolucionária para a democracia. Numa outra entrevista, à revista *O Tempo e o Modo*, uma vez perguntada sobre se só poderia considerar-se social a poesia que cantasse “inquietações valores socio-políticos”, responde Sophia: “Mas, porque a poesia é a nossa explicação com o universo e a nossa mais íntima implicação na

⁸ Seguimos aqui a interpretação de José Julian MARTINEZ, “Una noción de justicia poética”, *Episteme*, vol. 30, nº 2, 2010, disponível em http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-43242010000200006 [03.08.2022].

⁹ Disponível em <https://purl.pt/19841/1/index.html>.

¹⁰ Entrevista a Sophia [em linha] disponível em purl.pt/19841/1/1930/1930.html [26.07.2022].

realidade, há temas a que nenhum poeta pode ficar alheio, pois esses temas invadem a nossa vida e não os viver é não estar vivo. Quem pode ignorar a morte, o amor, a busca da liberdade e de justiça? Porque a poesia é a nossa mais íntima implicação, na realidade ela é por si mesma compromisso e participação. O poeta não vem apenas contar e cantar o mundo. Vem também modificá-lo. [Para] o poeta a poesia é uma forma de salvação sua e dos outros. E esta busca de salvação não pode ser alheia à busca de uma forma concreta e prática de justiça”¹¹.

A questão da guerra, e da morte e sofrimento sem sentido que lhe vão associados, preocupou também Sophia, cujo tempo de vida lhe permitiu ser contemporânea da segunda guerra mundial, mas também da guerra colonial. Os seus poemas a este respeito mantêm-se, infelizmente, particularmente actuais e na sua releitura, hoje, vêm ao nosso pensamento os conflitos armados que continuam a ceifar vidas em todo o globo e, mais recentemente, o regresso da guerra à Europa.

À luz do seu testemunho directo, vertido nas escassas entrevistas que deu, mas sobretudo face à leitura da sua obra, parece-nos legítimo poder reclamar que esta é, em muitos dos seus elementos, um exemplo de aplicação de justiça poética, com o sentido e o alcance de que falámos anteriormente ao apresentar, em linhas gerais, o desenho deste conceito.

Avencemos, pois, agora para a leitura de análise de alguns textos de poesia e prosa que nos permitirão analisar o modo concreto como todas estas questões da justiça aparecem tratadas por Sophia.

4. Notas soltas para o bom exercício do ofício de jurista: uma proposta de leitura

As questões que acabamos de apontar na obra de Sophia possuem afinidade com o núcleo mais essencial desse ramo especial do Direito que é o Direito Constitucional, o qual juntamente com o Direito Penal, é a nosso ver o que guarda uma relação mais profunda com a filosofia do direito.

¹¹ Entrevista concedida a *O Tempo e o Modo*, 6 de Junho de 1963, número especial, disponível em linha em <https://purl.pt/19841/1/galeria/entrevistas/01.html> [03.08.2022].

O que nos ensina afinal a justiça poética na obra de Sophia? O valor central da dignidade da pessoa humana.

Todavia, esta não é uma dignidade entendida à maneira judaico-cristã de primazia ontológica do Homem no contexto da criação divina, mas antes de uma recuperação de uma harmonia original do ser humano com a natureza, com tudo o que existe na Terra, de que afinal os seres humanos também são uma parte integrante. O que, de resto, me parece muito original e, de um ponto de vista jurídico, até visionário, em vista do tempo em que viveu e escreveu.

Esta forma especial de entender a natureza e dignidade humana resultava-nos evidente, em especial, no seu poema *A forma justa*¹². A contemplação da perfeição do universo e da sua abundância (*O céu o mar e a terra estão prontos/A saciar a nossa fome do terrestre*) servem a Sophia de fundamento da acusação da acção do homem (*A terra onde estamos – se ninguém a atraísse – proporia/Cada dia a cada um a liberdade e o reino*), podendo afinal a natureza servir de modelo à Humanidade na construção de uma sociedade justa (*Sei que seria possível construir a forma justa/De uma cidade humana que fosse/Fiel à perfeição do universo*).

Contudo, são muitas as ameaças e violências que colocam em crise a dignidade humana e impedem a concretização deste projecto de construção de uma nova sociedade, em que Sophia deposita grande esperança, em tempo de revolução (*Como puro início/Como tempo novo/Sem mancha nem vício*¹³). Em vários dos seus poemas vamos encontrar a denúncia da exploração do homem pelo homem, desmedida, desumana, e colocada ao serviço das mais vis ambições. Assim, no poema *Retrato de uma princesa desconhecida*¹⁴, Sophia propõe-nos uma desconstrução da imagem de uma princesa, para nos levar a ver para lá dos traços distintivos da personagem histórica e majestática, caminhando ao encontro do lado mais sombrio da sociedade e do tempo de que a princesa é, afinal, o símbolo (*Foram necessárias sucessivas gerações de escravos/De corpo dobrado e grossas mãos pacientes/Servindo sucessivas gerações*

¹² Poema *A forma Justa*, *Obra Poética*, Porto, Assírio & Alvim, 2015, p. 669. Publicado em *O Nome das Coisas*.

¹³ Poema *Revolução*, *Obra Poética*, Porto, Assírio & Alvim, 2015, p. 669. Publicado em *O Nome das Coisas*.

¹⁴ Poema *Retrato de uma princesa desconhecida*, *Obra Poética*, Porto, Assírio & Alvim, 2015, p. 643. Publicado em *Dual*.

de príncipes/.../Foi um imenso desperdiçar de gente/Para que ela fosse aquela perfeição/Solitária exilada sem destino).

O mesmo tema da exploração humana é retomado noutros poemas como *As pessoas sensíveis*¹⁵, em que a autora faz apelo a invocações bíblicas para denunciar, de novo, a exploração dos mais vulneráveis, em benefício dos detentores do poder (“*Ganharás o pão com o suor do teu rosto*”/Assim nos foi imposto/E não:/Com o suor dos outros ganharás o pão”/Ó vendilhões do templo/Ó construtores/Das grandes estátuas balofas e pesadas/Ó cheios de devoção e de proveito/Perdoai-lhes Senhor/Porque eles sabem o que fazem).

Sophia revela-se ainda uma observadora atenta dos jogos políticos e não hesita em, também nesta dimensão, erguer a voz para defender o respeito pela verdade como base da nova sociedade a que aspira. Nos seus poemas *Nesta Hora* (O demagogo diz da verdade a metade/E o resto joga com habilidade/ Porque pensa que o povo pensa só metade/ Porque pensa que o povo não percebe nem sabe) e *Com fúria e raiva*¹⁶ (Com fúria e raiva acuso o demagogo/E o seu capitalismo das palavras/Pois é preciso saber que a palavra é sagrada/ Que de longe muito longe um povo a trouxe/E nela pôs sua alma confiada) ataca o exercício político demagógico e cínico que frustra a verdadeira essência do regime democrático e aliena o verdadeiro detentor do poder: o povo.

Os métodos pouco limpos de que muitos se servem, no espaço público, para lograr os seus intentos estão, de resto, sob escrutínio da sua poesia, quer no poema *Cidade dos outros*¹⁷ (Uma terrível atroz imensa/Desonestidade/Cobre a cidade/.../O mal procura o mal e ambos se entendem/Compram e vendem/ E com um sabor a coisa morta/A cidade dos outros/Bate à nossa porta) quer em *Pranto pelo dia de hoje*¹⁸ (Nunca choraremos bastante quando vemos/Que quem ousa lutar é destruído/Por troças por insídias por venenos). E é impossível não encontrar em todas estas poderosas descrições o retrato grotesco das patologias que vemos a corroer as nossas actuais sociedades democráticas.

De resto, a nova sociedade portuguesa, cuja emergência Sophia desejou com paixão e entusiasmo, foi aquela que a Revolução do 25 de Abril de 1974

¹⁵ Poema *As pessoas sensíveis*, in *Obra Poética*, Porto, Assírio & Alvim, 2015, p. 485. Publicado em *Livro Sexto*.

¹⁶ Poemas *Nesta Hora*, publicado em *Obra Poética* e *Com fúria e raiva*, publicado em *O nome das coisas*. Ambos estão recolhidos em *Obra Poética*, Porto, Assírio & Alvim, 2015, pp. 670 e 671.

¹⁷ Publicado em *Obra Poética*, Porto, Assírio & Alvim, 2015, p. 506.

¹⁸ Publicado em *Livro Sexto*. *Obra Poética*, Porto, Assírio & Alvim, 2015, p. 481.

prometeu construir e que no poema *Revolução – Descobrimento* a escritora definiu, da maneira, a meu ver, mais bela e impressiva: “*Mundo recomeçado a partir da praia pura/Como poema a partir da página em branco*”.

A guerra, em particular, a guerra colonial, foi também uma realidade próxima à escritora, que não a deixou indiferente. Dedicou a este drama, e a todo o sofrimento humano que comporta, vários poemas. Em *O soldado morto*¹⁹ encontramos o lamento pela morte sem sentido dos que são enviados para combater, por decisão alheia e em homenagem a estratégias e fins de outrém (*E a luz, as horas, as colinas/São como pranto em torno do seu rosto/ Porque ele foi jogado e foi perdido/E no céu passam aves repentinas*).

Porém, de todos os seus poemas atravessados pela temática da guerra, é em *A paz sem vencedor e sem vencidos*²⁰ que encontramos maior inspiração para o domínio do direito. A ideia da paz sem vencedor e sem vencidos vem, na nossa leitura, ao encontro de uma percepção da necessidade de superar as grandes divisões que os conflitos (em especial os que envolvem grande violência) deixam nas sociedades onde eclodem. Ao mesmo tempo, associa-se a paz a grandes aspirações humanas que são dela condição: a verdade, a justiça, a liberdade, pois só assim a paz pode ser plena (*Fazei Senhor que a paz seja de todos/Dai-nos a paz que nasce da verdade/Dai-nos a paz que nasce da justiça/Dai-nos a paz chamada liberdade/Dai-nos Senhor a paz que vos pedimos/A paz sem vencedor e sem vencidos*). Quando hoje se fala de justiça de transição, dos exemplos e dificuldades da sua concretização histórica, é no fundo esta paz “sem vencedor e sem vencidos” que se quer alcançar. A associação desta ideia aos valores da verdade, da justiça, da liberdade é extremamente profícua, ainda que seja o mais difícil de alcançar. Mas só isso permite, no longo prazo, como vemos à escala do mundo, e nas mais diversas latitudes, fazer com que “a paz seja de todos”. O poema resume, afinal, nos seus poucos versos, o essencial do objectivo que deve nortear a reconciliação que permita superar os conflitos e lançar as bases para uma paz duradoura e autêntica.

Falta mencionar ainda, como prometemos, a prosa de Sophia e a presença nela da justiça poética. Tal como atrás anunciamos, é nos seus *Contos exemplares* que vamos encontrar, de modo mais evidente e assumido, o

¹⁹ Poema *O soldado morto*, *Obra Poética*, Porto, Assírio & Alvim, 2015, p. 378. Publicado em *Mar Novo*.

²⁰ Poema *A paz sem vencedores e sem vencidos*, *Obra Poética*, Porto, Assírio & Alvim, 2015, p. 641. Publicado em *Dual*.

retomar desta visão do mundo e da sociedade centrada na defesa da dignidade do ser humano. De entre todos os contos destaca-se *O jantar do bispo*, que bem poderia ser usado como ilustração do chamado “tráfico de influências” de que os meios de comunicação e as redes sociais fazem denúncia amiúde. Neste conto, que se desenrola numa única noite, é-nos narrado um jantar para o qual uma figura importante num pequeno meio rural, sentindo-se desconfortável com a forma como um padre local exerce o seu mester, por revelar preocupação com uma forma de justiça mais terrena e social do que divina e abstracta, convida o Bispo. O objectivo oculto do convite é convencer o Bispo a mudar o padre (o padre de Varzim) de paróquia. A história desenrola-se com a intervenção de personagens misteriosos (o Homem Importante e o mendigo), que parecem ser figuras alegóricas do bem (Deus?) e do mal (Diabo?). Toda a conversa entre o Homem Importante, o Bispo e o Dono da Casa representa um momento de negociação implícita, em que nada aparentemente está a ser transaccionado, mas em que na realidade se compra e vende o Padre de Varzim.

O conto está repleto de alusões às distintas formas de entender a justiça. No diálogo que o Dono da Casa recorda ter tido com o padre de Varzim, a propósito de uma questão de contas com um caseiro, há uma expressão clara do que significa a nova justiça que o sacerdote apregoa, quando este afirma “da nossa própria fome podemos dizer que é um problema material e prático. A fome dos outros é um problema moral”²¹.

Podemos dizer que cada personagem encarna, à sua maneira, uma certa visão de justiça, como se torna aparente, por exemplo, na descrição do primo Pedro (“tinha a sensibilidade certa como a sensibilidade dum artista, tinha a inteligência de um inventor e o espírito de justiça dum revolucionário”). Assim, na figura do padre de Varzim encontramos, em certo sentido, uma invocação de uma ideia de justiça primitiva, de origem cristã, de total despojamento material, que choca frontalmente com a justiça formal, positiva, abstracta, do Dono da Casa. Já a justiça que o primo Pedro representa acaba por nos remeter para o idealismo revolucionário inconsequente (“em sua vida nada fizera”)²².

²¹ *O jantar do bispo*, in *Prosa*, Porto, Assírio & Alvim, 2021, p. 66.

²² *O jantar do bispo*, in *Prosa*, Porto, Assírio & Alvim, 2021, p. 70.

O Homem Importante, que representa o papel de interveniente misterioso, tem um discurso melífluo, insidioso, e discorre com cinismo clamoroso sobre o materialismo daqueles que se preocupam com a satisfação das necessidades básicas de subsistência humana²³. A retórica que lhe subjaz é, portanto, a pura negação de qualquer ideia de justiça, sob a capa de uma defesa do *status quo* social e da espiritualidade humana, tal como esta vem sendo apresentada tradicionalmente.

O final da história é ambíguo e deixa muito à imaginação do leitor. Não há um desfecho que nos remeta para o castigo dos maus e a recompensa dos bons. Há, isso sim, o momento de arrependimento do Bispo, que tenta desfazer o acordo estabelecido. Este personagem é, para nós, o mais interessante da história, por ser aquele que não se associa a um claro e firme posicionamento face à questão de justiça do caso. O Bispo parece representar um sentimento de homem comum, sensível aos valores representados pelo padre de Varzim, mas sem a força das suas convicções. O seu dilema moral interno revela-nos como alguém com boas intenções pode acabar a fazer, afinal, um pacto com o Diabo. A sua vulnerabilidade torna-nos evidente a sua humanidade. E isso é toda uma lição, em si mesma, na compreensão do modo ou razões porque tantos vacilam no cumprimento das suas obrigações no espaço público.

Muitas mais lições, de muitos outros textos, haveria para apontar como sendo do interesse da reflexão jurídica. No entanto, no escasso espaço do exercício a que nos propusemos, acreditamos que estes que aqui deixamos, superficialmente enunciados, são suficientes para despertar a atenção para a importância e interesse, para o direito, da visão poética da justiça que nos propôs Sophia de Mello Breyner Andresen através da sua escrita.

²³ Diz o Homem Importante: “Ora o homem não é só matéria: é espírito também. Mas o nosso tempo só vê os problemas materiais. É um tempo de revolta. Os homens não querem aceitar. Paciência e resignação são palavras que perderam o sentido. O homem deste tempo quer que o reino de Deus seja deste mundo. É o pecado da revolta. Ora é grave que este espírito esteja presente na arte, na literatura, na ciência, na filosofia e nos jornais”. *O jantar do bispo*, in *Prosa*, Porto, Assírio & Alvim, 2021, p. 76.

5. Palavra final

Há na ideia de justiça poética, tal como no conceito de exemplaridade um propósito pedagógico, de transmissão e defesa de valores que devem ser acolhidos e respeitados por todos. Este é, talvez, o seu maior poder: o de nos persuadir, pela metáfora, pela imaginação, a aderir a valores essenciais à ideia de justiça.

Num tempo em que se continua a falar da existência de uma crise do direito e uma crise da justiça, é importante perceber que o cumprimento das regras obtido através do recurso à autoridade e à força só pode ser, pela própria natureza das coisas (não existe um polícia para cada cidadão), excepcional.

Queremos com isto recordar que qualquer ordem jurídica, para ser eficaz, tem de ser espontaneamente respeitada pelos cidadãos. Depende, portanto, da adesão voluntária destes às indicações de conduta daquela. Claro que podemos sempre admitir que a ameaça de sanção e não a sua efectiva aplicação, já seja, em muitos casos, suficiente incentivo para levar ao cumprimento voluntário. E, até certo ponto, tal é correcto de um ponto de vista fáctico. Mas o que sucede, então, quando existe a percepção de não se estar a ser vigiado ou de que a probabilidade de uma infracção ser detectada é baixa? Bom, nestes casos tudo vai depender do modo como cada pessoa tiver interiorizado a obrigação decorrente da regra. Ora, é justamente neste ponto que a justiça poética pode tornar-se um auxiliar importante ao ajudar a construir uma narrativa que suporte, fazendo apelo ao nosso imaginário, um certo valor de justiça presente na norma jurídica.

O que eu quero com tudo isto dizer, em apontamento final a este texto, é que a utilidade da justiça poética vai para além do universo dos destinatários juristas: dirige-se à comunidade, contribuindo ora para reforçar os valores de justiça presentes, ora também para os questionar e obrigar a que sejam repensados.

Esta dimensão pedagógica, de que afinal o sucesso do nosso Estado de Direito depende, em nossa opinião, é muito descurada. Pensa-se que é possível educar para a justiça congregando numa disciplina – a educação para a cidadania, por exemplo – os conteúdos que diriam respeito aos valores constitucionais. Permito-me acreditar que a formação do século XXI

deveria ser repensada para formar de modo holístico, através de um efectivo diálogo entre as várias disciplinas. A literatura tem, neste aspecto um papel essencial a desempenhar, pois possui a virtude de nos poder ensinar história, arte, psicologia, geografia, anatomia, química, física, matemática, lógica e também justiça... na sua dimensão poética.

BREVE ANÁLISE SOBRE O CASO RELATIVO AO GENOCÍDIO ROHINGYA PERANTE O TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Maria de Assunção do Vale Pereira*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.7>

1. Apresentação do caso

A 11 de novembro de 2019 teve início, no Tribunal Internacional de Justiça (TIJ), o caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, submetido pela Gâmbia contra Mianmar. Na petição apresentada, a Gâmbia formulou um pedido de indicação de medidas provisórias e o Tribunal veio proferir um despacho sobre esse pedido a 23 de janeiro de 2020, ao abrigo do artigo 41º do seu Estatuto, cujo nº 1 prevê: “O Tribunal terá a faculdade de indicar, se julgar que as circunstâncias o exigem, quaisquer medidas provisórias que devam ser tomadas para preservar os direitos de cada parte”.

* Professora Auxiliar com Agregação, Escola de Direito da Universidade do Minho. O presente texto foi escrito como singela homenagem à nossa Colega e Amiga Benedita Mac Crorie, precocemente retirada do nosso convívio e cujo sorriso contagiante teremos sempre presente, assim como o seu espírito de lutar por aquilo em que acreditava nos servirá sempre de exemplo.

No caso, a Gâmbia sustentou que Mianmar estava a levar a cabo atos de genocídio contra membros da minoria Rohingya, uma minoria étnica muçulmana. Como é afirmado na petição que deu origem ao caso, “[q]uase todos os membros do grupo rohingya residem no estado de Rakhine, em Mianmar, localizado na extremidade mais ocidental do país, ao longo da fronteira com Bangladesh”¹.

Efetivamente, a designação “western gate” refere-se à área do estado de Rakhine “que liga Mianmar ao subcontinente indiano e é separada do restante de Mianmar por uma cadeia de montanhas”². Esta cordilheira gerou uma separação física entre os habitantes de um e do outro dos seus lados, que derivou numa separação política e num desenvolvimento cultural diferenciado.

Sendo certo que em Mianmar existe um número elevado de minorias, os rohingyas, para além de estarem sediados em Rakhine, são muçulmanos num Estado cuja população é maioritariamente budista (60 a 70%) e falam um dialeto próprio, constituindo uma minoria tanto no Mianmar como no próprio estado de Rakhine. Além disso, por força de várias alterações legais e mesmo constitucionais (algumas das quais na sequência de golpes de estado) os rohingyas foram alvo de perseguições, sendo mesmo privados da sua cidadania, levando Ronan Lee a afirmar que “[os] rohingyas são agora o maior grupo de apátridas do mundo, com a maioria vivendo como refugiados em campos de Bangladesh, enquanto aqueles que permanecem em Mianmar estão sujeitos a condições de apartheid, encarceramento em massa e crimes de genocídio”³.

E a verdade é que a Assembleia Geral das Nações Unidas, pelo menos desde a década de 90 do século passado, vem aprovando anualmente resoluções intituladas “situação dos direitos humanos em Mianmar”; e fundamentalmente a partir da década de 2010, ao falar da situação dos direitos humanos no país, há uma referência específica às condições a que estão sujeitos os membros do grupo rohingya, conduzindo a que essas resoluções,

¹ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Application instituting proceedings and Request for the indication of provisional measures, 11 November 2019, par. 27.

² Ronan LEE, *Myanmar's Rohingya Genocide. Identity, History and Hate Speech*, London, Bloomsbury Publishing Plc, 2021, p. 33.

³ Ronan LEE, *Myanmar's Rohingya Genocide...*, *op. cit.*, p. 3.

nos anos de 2020 e 2021 passassem a assumir o título “Situação dos direitos humanos dos muçulmanos Rohingya e de outras minorias no Mianmar”, destacando assim a situação particularmente vulnerável dos rohingyas, em relação aos quais são referidas violações dos direitos humanos, prisões arbitrárias, mortes em situação de detenção, tortura e outros tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes, trabalho forçado, privação de direitos económicos e sociais, deslocação forçadas de mais de um milhão de muçulmanos rohingya para Bangladesh, violação, escravidão sexual e outras formas de violência sexual e de género contra as mulheres e crianças, bem como restrições ao exercício dos direitos à liberdade de religião ou crença, expressão e reunião pacífica⁴. Além disso, é referida em diferentes resoluções a situação de apatridia mencionada por Lee, ao afirmar-se que “apesar do facto de os muçulmanos Rohingyas viverem em Mianmar durante gerações antes da independência de Mianmar, foram tornados apátridas pela promulgação da Lei da Cidadania de 1982 e acabaram por ser afastados, em 2015, do processo eleitoral”⁵. Aliás, pelo menos desde 2013, as referidas resoluções vêm urgindo o Governo de Mianmar a que garanta a igualdade de acesso à cidadania plena para os Rohingyas.

Recorde-se que nos termos do artigo 2º da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (adiante referida como Convenção sobre Genocídio ou a Convenção), “entende-se por ‘genocídio’ qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, rácico ou religioso, enquanto tal:

- a) Homicídio de membros do grupo;
- b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida pensadas para provocar a sua destruição física, total ou parcial;

⁴ Se olharmos apenas os últimos 10 anos, podemos referir as resoluções da Assembleia Geral (AG) 67/266, de 24 de dezembro de 2012, 68/242 de 27 de dezembro de 2013, 69/248, de 29 de dezembro de 2014, 70/233, de 23 de dezembro de 2015, 72/248, de 23 de janeiro de 2018, 73/264, de 22 de janeiro de 2019, 74/246, de 15 de janeiro de 2020, 76/462/Add.3, de 16 de dezembro de 2021.

⁵ Par. 14 preambular da resolução AG 73/264, de 22 de janeiro de 2019.

- d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo”.

Trata-se de uma noção afirmada no pós Segunda Guerra Mundial e em reação aos comportamentos adotados pela Alemanha nazi, que comporta aspetos de difícil interpretação. Sendo certo que depois de algumas evoluções na redação da norma pode dizer-se que nela aparecem referidos taxativamente quatro grupos protegidos – nacionais, étnicos, racionais ou religiosos –⁶, diga-se que os conceitos de cada um destes grupos não são fáceis de apurar. Uma vez que, até à década de 90 do séc. XX, não existiram jurisdições internacionais de natureza criminal para conhecer deste crime, não havia jurisprudência internacional na matéria tendo sido então criadas – designadamente, os Tribunais Internacionais Penais para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda –, foram as primeiras a ser confrontadas com as dificuldades de definição dos grupos. Aliás, e porque por vezes era referido que estes grupos se caracterizavam pelo seu carácter estável e permanente, o segundo destes tribunais, logo no primeiro caso que teve de julgar e em que estava em causa o crime de genocídio – *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* – questionou se não se deveria alargar a proteção conferida a qualquer grupo estável e permanente, cujos membros o integram por nascimento, o que não ficou sem crítica por boa parte da doutrina⁷, considerando-se que o alargamento do conceito, por essa via, poderia chocar o princípio *nullum crimen sine lege*, tendo ainda sido alegado que o reenvio à intenção dos autores da Convenção poderia conduzir a descrições de grupos humanos hoje cientificamente reprovados⁸. Todavia, a ideia de estabilidade e permanência e de pertença por nascimento não são sequer características necessárias dos quatro grupos cuja proteção está definida. Pense-se no caso de uma pessoa que nasce e é educada no seio de uma

⁶ Maria de Assunção do Vale PEREIRA, “Crime de Genocídio” (comentário ao artigo 6º), in Wladimir Brito e Pedro Miguel Freitas (coords.), *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: Comentários*, Braga, DH-CII Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, 2018, p. 117.

⁷ Cf. Maria de Assunção do Vale PEREIRA, “Algumas considerações acerca da protecção da mulher no Direito Internacional Humanitário”, in AAVV, *Estudos em Comemoração do Décimo Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 579.

⁸ Rafaëlle MAISON, “Le crime de génocide dans les premiers jugements du Tribunal Pénal International pour le Rwanda”, *Revue Générale de Droit International Public*, 103/1999/1, p.137.

família que professa determinada religião e que, em determinado momento da sua vida, se converte a uma outra. Além disso, há grupos cuja existência é cientificamente questionada⁹, ou mesmos os traços ou características raciais podem ser alterados por força dos avanços tecnológicos no âmbito da cirurgia estética¹⁰.

A verdade é que, face às dificuldades de apuramento dos contornos objetivos dos conceitos de grupos rácico, nacional, religioso ou étnico (que não são absolutamente idênticos nos diferentes casos em que os tribunais *ad hoc* referidos os abordaram) e também porque se verificou ser uma dimensão relevante, esses tribunais permitiram-se considerar perspectivas subjetivas com vista a identificar os membros dos grupos protegidos¹¹. E, se essa dimensão subjetiva se pode encontrar desde o referido caso *Akayesu*¹², a forma como foi abordada pelos tribunais sofreu, também ela uma evolução. Pode dizer-se que, nesta matéria, tem vindo a ser sustentada – e adotada pelos tribunais – uma visão mais global, holística, que não faz uma interpretação excludente dos grupos entre si, até porque, como tem sido reconhecido, existe uma sobreposição entre os grupos, se pensarmos que existem características que podem ser comuns a diferentes categorias de grupos. E, como refere Ferrer-Monfort, desde o caso *Rutaganda*, o Tribunal Internacional Penal para o Ruanda tem seguido essa “abordagem combinada, também definida como uma ‘formulação híbrida’”; e identicamente, o Tribunal Internacional Penal para ex- Jugoslávia aplicou essa abordagem no caso *Krstić*, tendo interpretado a enumeração de grupos protegidos de forma holística, sustentando que

⁹ Como refere Shabas, a própria existência de raças já não é usado nas Ciências Sociais progressivas. Cf. William A. SHABAS, *Genocide in International Law. The Crime of Crimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 129.

¹⁰ Cf. David NERSESSIAN, *Genocide and Political Groups*, Oxford University Press, 2010, pp. 63-65.

¹¹ Acerca da complexa questão da identificação dos grupos protegidos no contexto da Convenção sobre o Genocídio e da sua aplicação, veja-se Adrià FERRER-MONFORT, “Revisiting the Interpretation of the Protected Groups of the Genocide Convention in Light of the Rohingya Case”, *Trinity College Law Review*, vol. 22, 2019, pp. 77-99.

¹² Neste caso, o Tribunal julgou Akayesu por crime de genocídio, apesar de ter concluído que hutus e tutsis não constituíam grupos étnicos diferentes (sendo certo que, quanto aos demais grupos, o Tribunal já tinha afastado liminarmente essa possibilidade). Efetivamente, o Tribunal atender a lhes tinha sido inculcada a ideia de que constituíam grupos diferentes – designadamente por força da atuação do colonizador belga – pelo que constata que as testemunhas que depuseram perante si se identificavam pelo grupo étnico e tinham a noção do grupo a que pertenciam amigos e vizinhos. Conclui afirmando que “os tutsis *eram vistos* como formando um grupo étnico distinto por aqueles que os identificavam como alvo a abater” (*Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* (Case ITR-96-4-T), Judgment of Chamber I, 2 setembro 1998, par. 171 – itálicos nossos). Portanto, mais do que a constatação objetiva da existência de grupos étnicos diferentes, importou a percepção subjetiva da sua existência.

“estabelecer tal lista [dos grupos protegidos] foi concebido mais para descrever um único fenómeno [ao] invés de se referir a vários protótipos distintos de grupos humanos”¹³.

No caso em análise e segundo alegado pela Gâmbia, baseando-se *inter alia* em relatórios produzidos por investigações independentes de organismos da Organização Nações Unidas (ONU), em meados de outubro de 2016, o exército e forças de segurança do Mianmar iniciaram uma “operação de limpeza” contra os rohingyas, visando-os enquanto grupo¹⁴. De entre as fontes em que sustentavam a prática de genocídio de que acusavam Mianmar, pode referir-se uma declaração do Conselheiro Especial das Nações Unidas para a Prevenção do Genocídio, em que afirmou: “os muçulmanos rohingyas foram mortos, torturados, violados, queimados vivos e humilhados, unicamente por causa de quem são. Todas as informações que recebi indicam que a intenção dos perpetradores era limpar o norte do Estado de Rakhine de sua existência, possivelmente até mesmo destruir os rohingyas como tal, o que, se comprovado, constituiria o crime de genocídio”¹⁵.

Portanto, como bem afirma o referido Conselheiro Especial, se os elementos em questão forem provados estaremos face a crime de genocídio, atendendo a que se conjugam os *actus reu* do crime nos comportamentos referidos (homicídio, tortura, violação, o facto de serem queimados vivos e humilhação) e a *mens rea* (que exige que seja apurada a intencionalidade desses comportamentos). Atente-se em que, no caso do crime de genocídio, este último elemento tem de integrar um *dolus specialis*, uma intenção específica, pelo que se torna necessário que “o perpetrador do crime tenha claramente procurado provocar o resultado incriminado. Portanto, o dolo especial do crime de genocídio reside na ‘intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal’”¹⁶; assim, o indivíduo vítima do crime não é escolhido enquanto tal, mas em virtude da

¹³ Cf. Adrià FERRER-MONFORT, “Revisiting the Interpretation of the Protected Groups of the Genocide Convention in Light of the Rohingya Case”, *op. cit.*, p. 87.

¹⁴ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Application instituting proceedings..., *cit.*, par. 6.

¹⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Application instituting proceedings..., *cit.*, par. 9.

¹⁶ Maria de Assunção do Vale PEREIRA, “Crime de Genocídio” (comentário ao art. 6º), *op. cit.*, p. 130.

sua pertença a um dos tipos de grupos discriminados (rácico, étnico, nacional ou religioso). Sendo a intenção, em si mesma, um momento interior do processo de decisão, é impossível de determinar e, por maioria de razão, de provar – exceto no caso de confissão válida pelo autor –, a jurisprudência vem procedendo ao seu apuramento pela objetivação dessa intenção, que pode ser revelada a partir de diferentes elementos, nomeadamente atendendo ao facto de as vítimas serem escolhidas, deliberada e sistematicamente, em razão da sua pertença a um grupo particular.

E a verdade é que os factos que traduzem perseguição aos rohingyas, referidos nomeadamente nos relatórios emitidos pela *Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar* são de uma gravidade manifesta. Nesse sentido, pense-se que “as autoridades deixaram de emitir certidões de nascimento às crianças rohingya nos anos de 1990, sem que fosse dada qualquer razão oficial para esta alteração da política”, permitindo-se, sob certas circunstâncias, a emissão de um “certificado de prova de nascimento”, exigindo-se para isso o pagamento de um montante avultado¹⁷. E mesmo os registos feitos, eram-no em termos discriminatórios (por exemplo, surgiam numa lista de crianças ilegítimas, entre outras, as filhas de pais que não tiveram autorização oficial para casar)¹⁸. Por outro lado, o facto já referido de ter sido retirada nacionalidade aos rohingyas implicou a perda de um conjunto vasto de direitos. Ou seja, “[c]omo resultado de sua apatridia, a população rohingya não tem acesso à educação, emprego, saúde, propriedade ou sistema de justiça. Outras restrições à participação política, liberdade de movimento, casamento e parto estão em vigor, para não mencionar outras formas de opressão, como trabalho forçado, detenção arbitrária e extorsão”¹⁹, corporizando comportamentos enquadráveis em larga medida nos comportamentos previstos no artigo 2º da Convenção sobre o Genocídio.

Fundando-se nesses documentos, a Gâmbia alega que, desde 2016, as forças militares e de segurança do Mianmar iniciaram “operações de limpeza”

¹⁷ Human Rights Council, *Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, A/HRC/39/CRP.2, 17 September 2008, pars. 463-465.

¹⁸ Human Rights Council, *Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, *cit.*, par. 466.

¹⁹ Adrià FERRER-MONFORT, “Revisiting the Interpretation of the Protected Groups of the Genocide Convention in Light of the Rohingya Case”, *op. cit.*, p. 90.

generalizadas e sistemáticas – expressão que o próprio Mianmar usa – contra o grupo rohingya. Os atos genocidas cometidos durante essas operações visavam destruir os rohingyas como um grupo, no todo ou em parte, pelo uso de assassinatos em massa, violações e outras formas de violência sexual, bem como a destruição sistemática por fogo de suas aldeias, muitas vezes com moradores trancados dentro de casas em chamas. A partir de agosto de 2017, tais atos genocidas continuaram com a retomada de “operações de limpeza” de Mianmar numa escala geográfica mais massiva e mais ampla²⁰. Em consequência, “mais de 725.000 Rohingya tinham fugido para o Bangladesh em setembro de 2018”²¹.

2. Requerimento solicitando a indicação de medidas provisórias

Face à gravidade dos factos invocados (recorde-se que o genocídio é considerado “o crime dos crimes”²²), e atendendo à sua continuidade, a Gâmbia solicita a indicação de medidas provisórias por parte do Tribunal, com vista a que Mianmar tome medidas dirigidas a prevenir a continuação da prática de atos de genocídio; que assegure, em particular, que as unidades militares, paramilitares ou armadas irregulares que possam ser dirigidas ou apoiadas por ela, bem como quaisquer organizações e pessoas que possam estar sujeitas ao seu controle, direção ou influência, não cometam nenhum ato de genocídio, de conspiração para cometer genocídio, ou incitação direta e pública para cometer genocídio, ou de cumplicidade no genocídio; e que o mesmo Estado preserve e permita o acesso às provas dos factos alegados. É ainda solicitado ao Tribunal a indicação de medidas dirigidas tanto a Mianmar como à Gâmbia no sentido de não atuarem de modo a alargar ou agravar o diferendo; e que ambos os Estados comuniquem ao Conselho de Segurança as

²⁰ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Application instituting proceedings..., *cit.*, par. 6.

²¹ Human Rights Council, *Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, *cit.*, par. 751.

²² Aliás, assim foi qualificado pelo Tribunal Penal Internacional para o Ruanda, no caso *Prosecutor v. Jean Kambanda* (Caso ITR-97-23-S, sentença da Câmara de Primeira Instância, de 4 de setembro de 1998, par. 16).

medidas adotadas para dar cumprimento às medidas provisórias que venham a ser decretadas pelo Tribunal²³.

3. Competência do Tribunal

Para se pronunciar no caso, o Tribunal tem de se certificar da sua competência – não da competência para determinar medidas provisórias, uma vez que “essa competência decorre, no caso do TIJ, do artigo 41º do seu próprio Estatuto, e insere-se na chamada competência incidental que não carece de consentimento para o seu exercício. Trata-se de um poder inerente, cujo exercício está regulado no Estatuto”²⁴ – para conhecer do caso, atendendo a que a jurisdição do Tribunal Internacional de Justiça é uma jurisdição facultativa. Isto exige que o Tribunal verifique se ambas as partes no litígio aceitam a sua jurisdição; e, uma vez que essa aceitação pode assumir contornos muito variáveis, o Tribunal tem ainda de verificar se o diferendo objeto do litígio cabe no âmbito de aceitação da sua jurisdição por ambas as partes no mesmo.

Diga-se, no entanto, que nesta fase de indicação de medidas provisórias, e dada a urgência que a enforma, não é expectável uma verificação aprofundada da jurisdição do Tribunal, limitando-se este a verificar se *prima facie* considera ter essa jurisdição. Portanto, limita-se a uma “apreciação positiva da sua competência, partindo da análise perfunctória da aptidão de um determinado título para a fundar[,] bastando-se com a conclusão por uma competência possível”²⁵, o que o conduz a normalmente afirmar que títulos invocados pelo requerente se apresentam “como constituindo *prima facie* uma base sobre a qual a competência do Tribunal poderia ser fundada”²⁶.

²³ Ou seja, praticamente todas as finalidades visadas com a indicação das medidas provisórias são abrangidas pelas que foram solicitadas pela Gâmbia. Acerca dessas finalidades, veja-se Maria de Assunção do Vale PEREIRA, *As Medidas Provisórias na Jurisprudência Recente do Tribunal Internacional de Justiça*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 75-76.

²⁴ Cf. Maria de Assunção do Vale PEREIRA, *As Medidas Provisórias na Jurisprudência Recente do Tribunal Internacional de Justiça*, op. cit., pp. 39-53.

²⁵ Maria de Assunção do Vale PEREIRA, *As Medidas Provisórias na Jurisprudência Recente do Tribunal Internacional de Justiça*, op. cit., p. 84.

²⁶ Apesar disso, diga-se que o Tribunal verifica com cuidado essa sua competência *prima facie*, pelo que, em toda a sua jurisprudência, houve um único caso (caso *Anglo Iranian Oil Co*) em que decretou medidas provisórias e depois veio a considerar não ser competência para conhecer do caso.

No caso em apreço, a Gâmbia apresentou, como título fundador da jurisdição do Tribunal a cláusula compromissória subscrita por ambas as partes, constituída pelo artigo 9º da Convenção, que determina: “Os diferendos entre as Partes Contratantes relativos à interpretação, aplicação ou execução da presente Convenção, incluindo os diferendos relativos à responsabilidade de um Estado em matéria de genocídio ou de qualquer dos atos enumerados no artigo 3º, serão submetidos ao Tribunal Internacional de Justiça, a pedido de uma das partes do diferendo”. Sendo ambos os Estados partes na Convenção e, não tendo qualquer deles apresentado reserva a esta disposição, estavam por ela vinculados.

Mianmar tentou contestar a jurisdição, sustentando, por um lado, que a Gâmbia estaria a atuar como ‘procurador’ de outrem, nomeadamente da Organisation of Islamic Cooperation (OIC), tendo o Tribunal respondido que “o demandante institui o processo em seu nome e sustenta que mantém um diferendo com Mianmar sobre os sus próprios direitos nos termos da Convenção”, sendo certo que o facto de “ter o apoio de outros Estados ou organizações internacionais [não] exclui a existência entre as Partes de uma controvérsia relativa à Convenção sobre o Genocídio”²⁷. Por outro lado, alegou a inexistência de um diferendo entre as partes. A este propósito, o Tribunal recordou toda a documentação junta ao processo e explicou que, nesta fase, não tem de concluir pela verificação de comportamentos constitutivos de genocídio, mas apenas constatar se alguns dos atos invocados podem ser enquadrados nas disposições da Convenção sobre o Genocídio. E entende que, pelo menos alguns dos atos alegados pela Gâmbia podem ser aí enquadrados.

Face ao afirmado, “o Tribunal conclui que tem jurisdição *prima facie*, nos termos do artigo 9º da Convenção sobre o Genocídio, para apreciar o caso”²⁸, afirmação que parece de um teor bem mais assertivo do que a tradicionalmente usada, que deixamos referida, mas que pode justificar-se quanto à clareza da cláusula compromissória para abranger os factos a analisar bem como à incontestada vinculação à mesma de ambas as partes.

²⁷ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Order on Request for the indication of provisional measures, 23 January 2020, par. 25.

²⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Order on Request for the indication..., *cit.*, par. 37.

4. Verificação de pressupostos necessários para a indicação de medidas provisórias

Para que o Tribunal possa determinar medidas provisórias é necessário, uma vez apurada a sua competência *prima facie*, que alguns pressupostos se verifiquem, a saber: a relação necessária com o processo principal, o risco de prejuízo irreparável e a urgência²⁹.

Sumariamente, podemos dizer, quanto ao primeiro dos pressupostos referidos, que se traduz na regra de que não podem ser decretadas as medidas provisórias relativamente a matérias que não sejam objeto do diferendo principal, como aliás decorre do facto de o artigo 41º do Estatuto do TIJ, que transcrevermos *supra*, determinar que o Tribunal pode indicar medidas provisórias “para preservar os direitos de cada parte”; e obviamente a referência é às partes no litígio principal; ou seja, “[a] faculdade do Tribunal de indicar medidas provisórias nos termos do artigo 41 do Estatuto tem por objeto a preservação dos respetivos direitos reivindicados pelas partes num caso, enquanto se aguarda a decisão sobre o mérito do mesmo”³⁰. Mas como explicitado pelo TIJ, nesta fase não há se pronunciar pela verificação efetiva dos direitos invocados pelo demandante, mas apenas se os mesmos são plausíveis, “devendo existir uma ligação entre os direitos cuja proteção é solicitada e as medidas provisórias que são requeridas”³¹.

A este propósito, o Tribunal conclui, com base na documentação apresentada, que “os rohingyas em Mianmar parecem constituir um grupo protegido na aceção do artigo 2º da Convenção sobre Genocídio”; entende também que “as três primeiras medidas provisórias solicitadas pela Gâmbia visam preservar os direitos que reivindica com base na Convenção sobre o Genocídio[,] ou seja, o direito do grupo rohingya em Mianmar e de seus membros de serem protegidos de atos de genocídio e outros atos mencionados no art. 3º, e o direito da Gâmbia de fazer com que Mianmar cumpra suas

²⁹ Maria de Assunção do Vale PEREIRA, *As Medidas Provisórias na Jurisprudência Recente do Tribunal Internacional de Justiça*, op. cit., pp. 139 ss.

³⁰ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Order on Request for the indication.... cit., par. 43.

³¹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Order on Request for the indication.... cit., par. 44.

obrigações nos termos da Convenção”. Quanto às quarta e quinta medidas solicitadas visam prevenir qualquer ação que possa agravar ou ampliar a controvérsia existente ou torná-la mais difícil de resolver e fornecer informações sobre o cumprimento pelas Partes de qualquer medida provisória específica indicada pelo Tribunal. Conclui, portanto, que “existe uma ligação entre os direitos reivindicados e algumas das medidas provisórias solicitadas pela Gâmbia”³².

Quanto aos outros dois requisitos, o Tribunal abordou-os conjuntamente porque efetivamente se revelam “duas faces da mesma moeda”, uma vez que é o risco de um prejuízo irreparável que dita a urgência da indicação das medidas; e estas são determinadas com urgência para evitar a concretização de um prejuízo irreparável.

Quanto a este aspeto, o Tribunal, com base na análise que faz dos documentos apresentados (resoluções da AG e Relatórios da Missão de *Fact Finding*), conclui pelo direito do grupo rohingya em Mianmar e dos seus membros de serem protegidos contra assassinatos e outros atos que ameacem sua existência como um grupo, são de tal natureza que o prejuízo aos mesmos é suscetível de causar danos irreparáveis”, pelo que considera que existe “um risco efetivo e iminente de prejuízo irreparável aos direitos protegidos pela Convenção”, pelo que conclui pela verificação dos requisitos em causa³³.

Estando os requisitos em causa reunidos, o Tribunal decreta, por unanimidade, as medidas provisórias solicitadas pela Gâmbia³⁴.

5. A questão da admissibilidade

Tendo o Tribunal concluído pela sua competência *prima facie* para conhecer do caso e emitido despacho determinando, a 23 de janeiro de 2020, as medidas provisórias que deveriam ser adotadas, Mianmar veio suscitar

³² *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Order on Request for the indication.... *cit.*, pars. 52, 61-63. Recorde-se que, nos termos do referido artigo 3º da Convenção, “[s]erão punidos os seguintes atos: a) O genocídio; b) O acordo com vista a cometer genocídio; c) O incitamento, direto e público, ao genocídio; d) A tentativa de genocídio; e) A cumplicidade no genocídio”.

³³ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Order on Request for the indication.... *cit.*, pars. 70, 74 e 75.

³⁴ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Order on Request for the indication.... *cit.*, par. 86.

questões relativas à admissibilidade do mesmo (já, de algum modo, abordadas normas fase de indicação de medidas provisórias) num extenso documento, apresentado a 20 de janeiro de 2021. Sobre estas questões, o Tribunal pronunciou-se por sentença de 22 de julho do corrente ano de 2022.

As objeções à admissibilidade do caso, invocadas por Mianmar, foram quatro, a saber: pela primeira, insista na falta de jurisdição do Tribunal, suscitando, em alternativa, a inadmissibilidade da petição, considerando que o real demandante no caso era a Organização de Cooperação Islâmica (ou seja, uma vez mais, a ideia de que a Gâmbia estaria a atuar como uma espécie de “procurador”); pela segunda, era alegada a inadmissibilidade do caso em razão de a Gâmbia não ter legitimidade para apresentar o caso perante o Tribunal nos termos do artigo 9º da Convenção sobre o Genocídio; pela terceira, sustentava-se que Gâmbia não podia submeter o caso ao Tribunal, atendendo à reserva feita por Mianmar ao artigo 8º da Convenção sobre o Genocídio; finalmente, a quarta objeção era, tal como a primeira, afirmada em alternativa à falta de jurisdição do Tribunal, e prendia-se com facto de não existir qualquer diferendo entre a Gâmbia e o Mianmar à data da interposição do processo.

Vamos, em termos breves, analisar a sentença do Tribunal sobre estas questões.

5.1. A Gâmbia não seria o real demandante no caso

Seguindo o que já invocara na fase das medidas provisórias, Mianmar sustenta que, neste caso, o processo foi submetido pela Gâmbia “como presidente de um Comité Ad Hoc da OIC, ou seja, na qualidade da Gâmbia como órgão da OIC, ou alternativamente como “*proxy*” (ou agente) da OIC, e não na sua qualidade de Parte Contratante da Convenção sobre o Genocídio”³⁵. Sendo assim, o Tribunal não teria jurisdição sobre o caso, atendendo a que, nos termos do artigo 34º do seu Estatuto, “[s]ó os Estados poderão ser partes em causas perante o Tribunal”; e o mesmo resulta do seu artigo 36º daquele

³⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Preliminary objections of the Republic of the Union of Myanmar, 20 January 2021, par. 34.

documento. Assim sendo, “o Tribunal não tem jurisdição para apreciar um caso que lhe seja submetido por uma organização internacional”³⁶.

Reiterando o que afirmara na fase de indicação de medidas provisórias a respeito da sua jurisdição sobre o caso, o Tribunal sustenta, quanto ao facto de Mianmar estar a agir em nome de outrem (no caso, a OIC), que “isso pode ser caracterizado como um abuso de processo por parte do Estado requerente nominal que visa facilitar a fuga aos limites da jurisdição do Tribunal”, acrescentando que, para além deste argumento, a inadmissibilidade do pedido da Gâmbia decorria, ainda, de a sua atuação pôr em causa a integridade do Tribunal enquanto instituição e o princípio do consentimento das partes como base da sua jurisdição³⁷.

Sendo certo que a Gâmbia recusa tal alegação, o Tribunal faz notar que os esforços deste Estado foram bem recebidos pela comunidade internacional e que o despacho de indicação de medidas provisórias fora também bem acolhido quer pelo Secretário-Geral, quer pela Assembleia Geral³⁸. Sublinhando ainda que só em circunstâncias excepcionais aceitou a alegação de abuso de processo, havendo um título válido para a sua jurisdição, conclui que “o Requerente neste processo é a Gâmbia, Estado Parte no Estatuto do Tribunal e Parte na Convenção sobre Genocídio, que confere ao Tribunal jurisdição sobre disputas entre as Partes Contratantes relativas à interpretação, aplicação ou cumprimento da Convenção”³⁹. Em consonância, o Tribunal rejeita esta causa de inadmissibilidade invocada por Mianmar⁴⁰.

³⁶ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Preliminary objections, *cit.*, par. 35.

³⁷ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment on Preliminary objections, 22 July 2022, par. 47.

³⁸ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 48.

³⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 49.

⁴⁰ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 50.

5.2. Da não existência de um diferendo entre a Gâmbia e o Mianmar

Como referimos, foi esta uma outra objeção formulada pelo Mianmar.

A este propósito, o Tribunal socorre-se da sua jurisprudência anterior, desde logo para referir a já clássica noção de diferendo apurada pelo seu antecessor – o Tribunal Permanente de Justiça Internacional – em 1924, no caso que ficou conhecido como *Mavrommatis*, segundo a qual um diferendo é “um desacordo sobre uma questão de direito ou de facto, uma oposição de teses ou de interesses” entre as partes⁴¹; e também para sustentar que a data relevante para determinar a existência do diferendo é, regra geral, a data em que o processo foi submetido ao Tribunal, embora a conduta subsequente das partes possa ser relevantes para diferentes fins, nomeadamente para confirmar a existência do diferendo, sublinhado que, para apurar estes aspetos, deverá atender a quaisquer declarações ou documentos trocados entre as partes, assim como emitidos em contextos multilaterais, devendo prestar particular atenção ao autor da declaração ou documento, ao seu destinatário real ou pretendido e ao seu conteúdo⁴².

E a verdade é que a Gâmbia tinha invocado vários documentos para sustentar a existência do diferendo com Mianmar, mas este Estado recusava-os como prova da existência de um diferendo entre as Partes. De todos os documentos referidos pela Gâmbia, o Tribunal considerou que “há quatro declarações relevantes feitas pelos representantes das Partes perante a Assembleia Geral das Nações Unidas, em setembro de 2018 e em setembro de 2019. Estas declarações foram feitas no decurso dos debates gerais de 2018 e 2019 da Assembleia, que tiveram lugar nas semanas que se seguiram à publicação de dois relatórios pela Missão de Apuramentos de Factos [Fact-Finding Mission] em Mianmar estabelecida pelo Conselho dos Direitos Humanos das Nações Unidas, a 12 de setembro de 2018 e a 8 de agosto de 2019, respetivamente. Também relevante para a determinação da existência de um diferendo é a

⁴¹ *Affaires des Concessions Mavrommatis en Palestine*, Arrêt du 30 août 1924 (Exception d'incompétence), C.P.J.I., *Série A*, No. 2, p. 11.

⁴² Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 50.

Note Verbale que a Gâmbia enviou à Missão Permanente de Mianmar nas Nações Unidas a 11 de outubro de 2019⁴³.

A contestação, por parte de Mianmar, da existência de diferendo com a Gâmbia baseava-se no facto de que, segundo argumentava, para que um diferendo existisse era necessário que a reclamação feita pelo Estado demandante contivesse um grau mínimo de particularidades que permitisse ao Estado demandado conhecer os factos que alegadamente constituíam violações do direito internacional, bem como a referência das normas internacionais que cria terem sido violadas, uma vez que “a reclamação deve ser jurídica e não política”; além disso, sustenta que a existência de um diferendo no momento da apresentação do pedido exige “mútuo conhecimento” dos pontos de vista opostos das partes⁴⁴. E eram estes os requisitos que Mianmar considerava não estarem preenchidos, alegando que as declarações proferidas na AG, assim como a *Note Verbale* enviada pela Gâmbia não eram suficientemente concretizadas, no sentido de que nelas não eram especificamente articuladas as reivindicações jurídicas da Gâmbia.

Ao apreciar a argumentação de Mianmar, o Tribunal explica que o requisito do “mútuo conhecimento” (“*mutual awareness*”) das posições das partes não exige que o demandado se oponha expressamente às pretensões do demandante. Se assim fosse, pelo silêncio do demandado, este poderia impedir a existência de um diferendo, pelo que “o Tribunal considera que, caso o demandado não tenha respondido aos pedidos do demandante, pode deduzir-se deste silêncio, em determinadas circunstâncias, que rejeita esses pedidos e que, portanto, existe um litígio no momento da submissão”⁴⁵ do caso.

Em relação à alegada falta de especificação das declarações da Gâmbia perante a AG, e nomeadamente à não invocação da Convenção sobre o Genocídio, o Tribunal invoca a sua jurisprudência anterior, recordando que, tal como afirmara no caso que opôs a Geórgia à Federação Russa, “embora não seja necessário que um Estado se referira expressamente a um tratado

⁴³ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 65.

⁴⁴ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 52.

⁴⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 71.

específico nas suas trocas de informações com o outro Estado para poder invocar posteriormente esse instrumento perante o Tribunal [as] trocas devem referir-se ao objeto do tratado com clareza suficiente para permitir que o Estado contra o qual a reclamação é feita identificar que existe, ou pode haver, uma controvérsia em relação a esse objeto”⁴⁶.

E o Tribunal refere que as declarações da Gâmbia dos meses de setembro de 2018 e de 2019 foram feitas após a publicação dos relatórios da Missão de *Fact-Finding*, sendo certo que, no primeiro, se falava de crimes cuja natureza, gravidade e alcance eram similares a outros verificados que tinham permitido estabelecer intenção genocida noutros contextos; e que o segundo referia especificamente a responsabilidade de Mianmar nos termos da Convenção sobre o Genocídio, além de que nele se saúda a Gâmbia (e também o Bangladesh) pelo seu empenho em instaurar um processo contra Mianmar perante o Tribunal ao abrigo da Convenção⁴⁷, pelo que o Tribunal conclui que Mianmar não podia ignorar o que se invocava, além de que, ao rejeitar as conclusões dos referidos Relatórios, este Estado demonstrou opor-se “a quaisquer alegações de genocídio cometidas por suas forças de segurança contra as comunidades rohingyas em Mianmar, bem como às alegações da sua responsabilidade à luz da Convenção sobre o Genocídio pela prática de atos de genocídio, atendendo a que essas alegações constavam nos dois relatórios e foram publicamente aceitas pela Gâmbia”⁴⁸. E analisando em termos idênticos os demais documentos em causa, o Tribunal “conclui que existia uma disputa relacionada com a interpretação, aplicação e cumprimento da

⁴⁶ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., cit., par. 72, remetendo para *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I), p. 85, para. 30).

⁴⁷ Efetivamente, no par. 107 desse Relatório pode ler-se: “A missão felicita as iniciativas adotadas por alguns Estados, em particular Bangladesh e Gâmbia, e a Organização de Cooperação *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., cit., par. 72. A Organização Islâmica para encorajar e iniciar os processos contra Mianmar no Tribunal Internacional de Justiça, em virtude da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio” (*Report of the independent international fact-finding mission on Myanmar*, A/HRC/42/50, 8 August 2019, par. 107). Recorde-se que as perseguições aos rohingyas geraram enormes vagas de refugiados, estando no Bangladesh mais de um milhão, como decorre do par. 91 deste Relatório.

⁴⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., cit., par. 72.

Convenção sobre o Genocídio entre as Partes no momento da apresentação da petição pela Gâmbia, a 11 de novembro de 2019⁴⁹.

5.3. A reserva ao artigo 8º da Convenção sobre o Genocídio

Como referimos, a terceira objeção preliminar formulada por Mianmar, que deveria, em seu entender, levar a que o Tribunal considerasse o caso inadmissível decorria da reserva aposta por esse Estado ao artigo 8º da Convenção sobre o Genocídio. A disposição em causa reza assim: “As Partes Contratantes podem recorrer aos órgãos competentes da Organização das Nações Unidas (ONU) para que estes, de acordo com a Carta das Nações Unidas (CNU), tomem as medidas que julguem apropriadas para a prevenção e repressão dos atos de genocídio ou dos outros atos enumerados no artigo 3º”.

Segundo a interpretação feita por Mianmar, a referência “aos órgãos competentes da Organização das Nações Unidas” incluía o Tribunal Internacional de Justiça, uma vez que os órgãos eram referidos sem qualquer limitação. Aliás, segundo argumenta, a inclusão do recurso ao TIJ nesta disposição faz todo o sentido, uma vez que a Carta das Nações Unidas já permite a submissão de uma matéria aos órgãos políticos, ou seja, AG e Conselho de Segurança. No seu entender, o artigo 8º destina-se a reger a ação judicial do Tribunal, enquanto o artigo 9º rege apenas a jurisdição do Tribunal. Assim, se formulou uma reserva ao artigo 8º, o Tribunal não poderia ter sido validamente chamado a pronunciar-se, considerando que qualquer interpretação diferente deixaria a sua reserva sem conteúdo jurídico⁵⁰.

A Gâmbia contesta este entendimento, considerando que o artigo 8º não se aplica à atuação do Tribunal, uma vez que se refere a órgãos competentes da ONU com capacidade para atuarem de acordo com o que entenderem adequado, o que apela a uma discricionariedade mais adequada aos órgãos políticos. São três os argumentos invocados pelo Estado demandante para recusar a interpretação do artigo 8º sustentada por Mianmar: 1) desta disposição resulta que o envolvimento dos órgãos políticos da ONU não é travado

⁴⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 77.

⁵⁰ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, pars. 80-82.

pela ideia de domínio reservados dos Estados, afirmada no artigo 2º, nº 7, da CNU; 2) o artigo 8º permite que as Partes Contratantes que não são Estados Membros das Nações Unidas convoquem os órgãos políticos da Organização para que tomem medidas, mesmo contra Estados que não são Partes Contratantes; 3) ao contrário do artigo 9º, o artigo 8º permite às Partes Contratantes solicitar aos órgãos competentes que tomem medidas mesmo sem que uma disputa tenha se cristalizado nos termos do direito internacional ou contra atores não estatais⁵¹.

Também esta objeção é rejeitada pelo Tribunal. Para tanto, socorre-se das regras de interpretação dos tratados plasmadas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados, de 1969. Nesse sentido, considera que, atendendo ao “sentido comum a atribuir aos termos” (como se lê no nº 1 do artigo 31º desta Convenção), a referência aos órgãos competentes da ONU poderia incluir o TIJ; todavia, esses termos devem ser interpretados no conjunto da disposição, e o facto de a mesma se referir à possibilidade de esses órgãos decidirem discricionariamente as ações que consideram adequadas para a “prevenção e repressão dos atos de genocídio ou de qualquer dos demais atos enumerados no art. 3º” remete para órgãos com funções diferentes das do Tribunal a quem cabe “decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe são submetidas”, como afirmado no artigo 38º, nº 1, do seu Estatuto (para além de poder emitir pareceres jurídicos, nos termos do artigo 96º da CNU e artigos 65º e seguintes daquele documento). Assim, cita uma sua decisão anterior em que afirmara que “o art. 8º pode ser visto como abordando a prevenção e repressão do genocídio “ao nível político e não como uma questão de responsabilidade jurídica”⁵².

Ainda tendo em conta as regras de interpretação, os termos do artigo 8º devem ser interpretados “no seu contexto”, onde se inclui o “texto, preâmbulo e anexos” que a convenção em causa possa comportar⁵³. Nessa interpretação sistemática, o Tribunal entende particularmente relevante anteder à articulação

⁵¹ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., cit., par. 85.

⁵² *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., cit., par. 88, citando *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I), p. 109, para. 159).

⁵³ Veja-se artigo 31º, nº 1, e corpo do nº 2 da referida Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados.

entre os artigos 8º e 9º da Convenção sobre o Genocídio, que considera terem áreas de aplicação distintas, definindo o artigo 9º as condições para o recurso ao TIJ no âmbito de uma controvérsia entre as Partes Contratantes; e permitindo o artigo 8º a qualquer Parte Contratante apelar a outros órgãos competentes das Nações Unidas, mesmo na ausência de um diferendo com outra Parte Contratante⁵⁴.

5.4. A falta de legitimidade da Gâmbia para levar o caso ao Tribunal

Apesar de esta ter sido a segunda causa de inadmissibilidade invocada por Mianmar, o Tribunal optou por abordá-la em último lugar.

Segundo sustentado pelo Estado demandado, a falta de legitimidade da Gâmbia para litigar perante o Tribunal decorria do seu entendimento de só os “Estados lesados”, ou seja, os Estados “afetados adversamente por um ato internacionalmente ilícito” têm legitimidade para demandar o Tribunal. Ora, não sendo a Gâmbia um Estado especialmente afetado pelos alegados ilícitos imputáveis a Mianmar nem tendo demonstrado um interesse jurídico individual, não teria legitimidade para levar o caso ao Tribunal, nos termos do artigo 9º da Convenção sobre o Genocídio. No seu entender, deve distinguir-se entre o direito de invocar a responsabilidade à luz do direito internacional geral e o direito de invocar essa responsabilidade perante o Tribunal; isto porque, segundo alega, é diferente o interesse comum na realização dos objetivos da Convenção sobre o Genocídio e um bem jurídico individual do Estado. Só quando este último está em causa poderia haver lugar à submissão do diferendo ao Tribunal por um Estado “especialmente afetados” por um ato internacionalmente ilícito⁵⁵.

Além disso, à luz do artigo 6º da Convenção, só é afirmada uma obrigação de exercer jurisdição territorial, não prevendo qualquer forma de

⁵⁴ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 86.

⁵⁵ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 94.

imposição por outros Estados partes⁵⁶. E considera que esta interpretação é a mais compatível com o texto do artigo 9º, que refere “os diferendos” e não *quaisquer* diferendos; e esses diferendos são “entre as partes contratantes” (divergindo da redação do artigo anterior, na versão inglesa, que se refere a “[a]ny Contracting Party”), devendo ser submetidos ao TIJ “a pedido de uma das partes do diferendo”, o que, segundo sustenta, implicava uma referência aos Estados especialmente afetados pelas alegadas violações da Convenção⁵⁷.

Argumenta depois com base na regra da nacionalidade das queixas, prevista no artigo 44º, a), dos Artigos sobre a Responsabilidade do Estado por Factos Internacionalmente Ilícitos, da autoria da Comissão de Direito Internacional, que, no seu entender “se aplica à invocação de responsabilidade por ambos os Estados “lesados” e “não lesados” e independentemente de a obrigação violada ser uma obrigação *erga omnes partes* ou *erga omnes*”. Não sendo os membros do grupo rohingya nacionais da Gâmbia, este Estado não tinha legitimidade para invocar a responsabilidade de Mianmar. Aliás, este raciocínio conduz a que considere que o Bangladesh seria mais adequado a apresentar o caso ao Tribunal por ser um estado especialmente afetado pelos alegados ilícitos imputáveis a Mianmar, uma vez que um elevado número de rohingyas tinha fugido para o seu território, embora não tenha base para o fazer pois apresentou reserva ao artigo 9º⁵⁸.

Todos estes argumentos são, obviamente, rejeitados pormenorizadamente pela Gâmbia. E o Tribunal, ao decidir, afirma não necessitar explicitar o sentido dos diferentes termos usados pelas partes, e apela à sua pronúncia no Parecer relativo às Reservas à Convenção sobre o Genocídio, que considera suficiente para esclarecer as relações entre os Estados partes na Convenção. Então afirmara: “Nessa convenção, os Estados contratantes não têm interesses próprios; eles têm apenas, todos e cada um, um interesse comum, a saber,

⁵⁶ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 95. Recorde-se que a disposição em causa prevê: “As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no artigo 3º serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território o ato foi cometido ou pelo tribunal criminal internacional que tiver competência quanto às Partes Contratantes que tenham reconhecido a sua jurisdição”.

⁵⁷ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, pars. 96-97.

⁵⁸ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, pars. 98-99.

a realização daqueles altos propósitos que são a razão de ser da convenção. Consequentemente, numa convenção deste tipo não se pode falar de vantagens ou desvantagens individuais para os Estados, ou da manutenção de um perfeito equilíbrio contratual entre direitos e deveres. Os altos ideais que inspiraram a Convenção fornecem, em virtude da vontade comum das partes, o fundamento e a medida de todas as suas disposições”⁵⁹.

Rejeitando claramente a distinção proposta por Mianmar entre Estados espacialmente lesados e os demais Estados partes, o Tribunal afirma: “O interesse comum no cumprimento das obrigações pertinentes nos termos da Convenção sobre o Genocídio implica que qualquer Estado Parte, indistintamente, tem o direito de invocar a responsabilidade de outro Estado Parte por uma alegada violação de suas obrigações *erga omnes partes*. A responsabilidade por uma alegada violação das obrigações *erga omnes partes* da Convenção sobre o Genocídio pode ser invocada através da instauração de um processo perante o Tribunal, independentemente da demonstração de interesse especial. Se um interesse especial fosse exigido para esse fim, em muitas situações nenhum Estado estaria em condições de fazer uma reclamação. Por essas razões, a suposta distinção, feita por Mianmar entre o direito de invocar a responsabilidade nos termos da Convenção do Genocídio e a legitimidade para apresentar uma reclamação para esse fim perante o Tribunal não tem base jurídica”⁶⁰. E, a propósito, sublinha a diferença entre a legitimidade para exercer a proteção diplomática e para submeter um caso ao TIJ, sendo que, no primeiro caso, é o Estado da nacionalidade da pessoa que sofreu os danos que pode agir, enquanto no segundo, e em relação à Convenção sobre o Genocídio, essa legitimidade decorre do interesse de todos os Estados Partes no cumprimento dessas obrigações nela palmadas⁶¹.

O Tribunal esclarece ainda o sentido da expressão que afirma que um caso pode ser levado ao Tribunal “a pedido de uma das partes do diferendo”, afastando a interpretação torpe proposta por Mianmar, sustentando que

⁵⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 100, citando Advisory Opinion on *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, I.C.J. Reports 1951, p. 23.

⁶⁰ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 108.

⁶¹ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., *cit.*, par. 109.

apenas esclarece que o Estado que submete o caso tem de ser parte no diferendo em causa, sendo abusivo retirar dessa expressão que o mesmo tem de ter sido “especialmente afetado” pela violação alegada⁶². Portanto, também esta alegação de inadmissibilidade do caso foi rejeitada.

Em consequência, o Tribunal declarou o caso admissível por 15 votos a favor e um único voto contra, do juiz Xue⁶³.

6. O entendimento do TIJ quanto à possibilidade de um Estado cometer genocídio ainda que nenhum indivíduo tenha sido julgado por esse crime

Recorde-se que, no caso relativo à aplicação da Convenção sobre o Genocídio, opôs a Bósnia-Herzegovina à Sérvia e Montenegro, tinha sido suscitada a questão de saber se um Estado poderia ser condenado pela prática de genocídio sem ter havido ainda a condenação de qualquer indivíduo por esse crime, ao que o Tribunal respondera que se algum dos atos proibidos pelo artigo 3º da Convenção sobre o Genocídio fosse cometido por um órgão ou uma pessoa em termos de ser imputável ao Estado, este seria responsável⁶⁴. No caso em análise, e apesar ainda não estarmos perante a sentença sobre o fundo da questão, o Tribunal parece orientar-se – e bem, a nosso ver – no mesmo sentido.

Esta questão decorre de, a nível internacional, a jurisdição criminal estar afirmada em relação aos indivíduos, embora possa recordar-se que o Projeto de Artigos sobre Responsabilidade do Estado por Factos Internacionalmente Ilícitos chegou a conter uma disposição em que a ilicitude era graduada levando à distinção entre crimes (entendido como “um facto internacionalmente ilícito

⁶² Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar), Judgment..., cit., par. 112.

⁶³ Este número de 16 juízes decorre do falecimento, verificado a 29 de maio de 2022, do juiz brasileiro Cançado Trindade. Sendo o Tribunal constituído por 15 juízes, de acordo com o artigo 3º, nº 1, do seu Estatuto e tendo cada uma das Partes designado um juiz *ad hoc* (a Gâmbia indicou Navanethem Pillay e o Mianmar indicou Claus Kress), como é permitido nos termos do artigo 31º do mesmo documento, o número de juízes seria de 17, como aliás aconteceu nem relação ao despacho que determinou as medidas provisórias, pelo que apenas o infortúnio referido explica que só 16 juízes tenham intervindo na sentença.

⁶⁴ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, 26 February 2007, par. 179.

que resulte da violação, por um Estado, de uma obrigação internacional tão essencial para a proteção de interesses fundamentais da comunidade internacional no seu conjunto que a sua violação seja reconhecida como crime por esse comunidade internacional no seu conjunto” e delitos, enunciando-se, como exemplo dos primeiros, o genocídio⁶⁵. Só a feroz oposição dos Estados impediu a sua consagração.

De todo o modo, se, nos termos do artigo 1º da Convenção sobre o Genocídio, os Estados se comprometem a prevenir e a punir esse crime, não parece haver dúvidas acerca da sua responsabilidade por esse crime se não cumprem essa obrigação. Aliás, como bem explicou o Tribunal naquele outro caso referido, um entendimento diferente poderia conduzir à não existência de recurso jurídico disponível por violação da Convenção em circunstâncias facilmente concebíveis, como aconteceria se o genocídio fosse cometido num Estado pelos seus líderes, que não foram levados julgamento porque controlavam os poderes nesse Estado, incluindo a polícia, o Ministério Público e os tribunais, não havendo qualquer tribunal internacional penal em condições de exercer jurisdição sobre os alegados criminosos⁶⁶.

Cremos, portanto, que o TIJ se orienta no bom sentido a este propósito, havendo, todavia, que aguardar pelo julgamento sobre o mérito.

⁶⁵ Acerca desta questão, veja-se Joaquim da Silva CUNHA e Maria de Assunção do Vale PEREIRA, *Manual de Direito Internacional Público*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2004, pp 732-738.

⁶⁶ Cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, *cit.*, par. 182.

LE DICHIARAZIONI DEGLI STATI PRODUTTIVE DI EFFETTI GIURIDICI VINCOLANTI NEI LAVORI DI CODIFICAZIONE DALLA COMMISSIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE DELLE NAZIONI UNITE SUGLI ATTI UNILATERALI

Maria Irene Papa*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.8>

1. Nonostante la familiarità della prassi e della giurisprudenza internazionale con gli atti unilaterali degli Stati¹, l'esistenza del fenomeno e, a

* Professore associato di Diritto internazionale, Sapienza Università di Roma (mariairene.papa@uniroma1.it).

¹ Quanto alla giurisprudenza internazionale, sia la Corte permanente di giustizia internazionale sia la Corte internazionale di giustizia hanno riconosciuto in una serie di pronunce che gli atti unilaterali possono, a determinate condizioni, produrre effetti giuridici: basti pensare, per riferirsi ai precedenti più noti, alla presa di posizione della Corte permanente di giustizia internazionale in ordine agli effetti della c.d. dichiarazione Ihlen nella sentenza del 5 aprile 1933 nel caso dello *statuto giuridico della Groenlandia orientale* (*Danimarca c. Norvegia*), in *C.I.J.*, *Publications*, series A/B, n. 53, p. 71 ss., 22 ss., e soprattutto alle sentenze gemelle della Corte internazionale di giustizia del 20 dicembre 1974 nei casi degli *esperimenti nucleari* (*Australia c. Francia e Nuova Zelanda c. Francia*), in *I.C.J. Reports*, 1974, rispettivamente, pp. 253 ss. e 457 ss. (di seguito, per mera comodità espositiva, data la sostanziale identità del contenuto delle due sentenze, si citerà la sentenza resa nella controversia tra Australia e Francia). Anche nella giurisprudenza recente, la Corte ha più volte riconosciuto che i rapporti giuridici internazionali possono essere regolati da atti unilaterali capaci di produrre effetti obbligatori. V., in particolare, Corte internazionale di giustizia, sentenza del 22 dicembre 1986, *controversia di frontiera* (*Burkina Faso c. Mali*), *ibidem*, 1986, p. 554 ss., spec. p. 573 ss.;

maggior ragione, la sua stessa definizione e il relativo regime applicabile, sono ancora circondati da notevoli incertezze. Eppure, l'importanza di tali atti è destinata ad accrescersi, favorita anche dai mutamenti tecnologici in atto, in particolare, dai grandi progressi che interessano gli strumenti attraverso i quali le dichiarazioni e le condotte unilaterali vengono manifestate e comunicate ai soggetti a cui sono rivolte.

Come è noto, la Commissione del diritto internazionale (di seguito: CDI o Commissione) ha dedicato a questa materia dieci anni di studio e riflessione, senza riuscire, almeno a detta della maggior parte della dottrina, a produrre dei risultati pienamente convincenti con l'adozione, nel 2006, dei *Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations*². Ampiamente condivisa è l'opinione che la Commissione abbia fallito l'obiettivo che si era prefissata, vale a dire "to clarify the functioning of [unilateral legal acts] and what the legal consequences are, with a clear statement of the applicable law"³. Ma, in generale, non sembra che i Principi-guida abbiano lasciato una traccia realmente significativa: i riferimenti a tale strumento nella prassi e nella giurisprudenza internazionale risultano infatti del tutto sporadici e generici.

È un dato di fatto che il tema si è rivelato tra i più ostici tra quelli affrontati dalla Commissione⁴. Oltre alla sua complessità, testimoniata anche dai toni a volte molto accesi che hanno caratterizzato il dibattito tra i

sentenza del 3 febbraio 2006, competenza e ricevibilità, *attività armate sul territorio del Congo* (nuovo ricorso: 2002) (*Repubblica Democratica del Congo c. Ruanda*), *ibidem*, 2006, 6 ss., spec. p. 27 ss., e sentenza del 1° ottobre 2018, *obbligo di negoziare l'accesso all'Oceano Pacifico (Bolivia c. Cile)*, *ibidem*, 2018, p. 507 ss., spec. p. 552 ss., par. 140 ss.

² I *Guiding Principles* sono contenuti nel *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-eighth session, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006* (di seguito: *ILC Report 2006*), in *Yearbook of the International Law Commission* (di seguito: *YILC*), 2006, vol. II, n. 2, p. 161 ss. V., per alcuni commenti critici, Jean d'Aspremont LYNDEN, "Les travaux de la Commission du droit international relatifs aux actes unilatéraux des États", *Revue générale de droit international public*, vol. 109, n. 1, 2005, pp. 163 ss.; Raphaële RIVIER, Philippe LAGRANGE, "Travaux de la Commission du droit international et de la sixième commission", *Annuaire français de droit international*, vol. 52, 2006, pp. 305 ss.; Christian TOMUSCHAT, "Unilateral Acts under International Law", in Kalthoum Meziou *et al.* (dirs.), *Droits et culture. Mélanges en l'honneur du Doyen Yadh Ben Achour*, Tunis, Centre de Publication Universitaire, 2008, pp. 1487 ss.; Christian ECKART, *Promises of States under International Law*, Oxford-Portland, Hart, 2012, pp. 183 ss.; Eva KASSOTI, "Unilateral Legal Acts Revisited: Common Law v. Civil Law Approaches and Lessons from the International Law Commission's (Failed) Attempt to Codify Unilateral Acts of States", *Hague Yearbook of International Law*, vol. 26, 2013, pp. 168 ss.

³ Cf. *Report of the Working Group on unilateral acts of States* (di seguito: *Report of the Working Group 1997*), UN Doc. A/CN.4/L.543 dell'8 luglio 1997, par. 5, *in fine*.

⁴ Secondo Dugard, "the topic of unilateral acts was unlike any other the Commission had dealt with in the past" (UN Doc. A/CN.4/SR.2722 del 21 maggio 2002, in *YILC*, 2002, vol. I, p. 69 ss., p. 76, par. 57). L'argomento della intrinseca difficoltà del tema è stato spesso sollevato nel corso della codificazione. Emblematiche le parole

membri⁵, nonché dal continuo ricorso all'istituzione di gruppi di lavoro⁶, un ostacolo notevole ad un proficuo avanzamento nello studio della materia è stato rappresentato dal generale disinteresse mostrato dagli Stati nei confronti della codificazione del diritto degli atti unilaterali, che si è tradotto in una scarsa disponibilità di dati della prassi⁷.

Nonostante l'esito deludente della codificazione, un esame critico dei lavori della CDI può comunque costituire un valido punto di partenza per una necessaria valutazione del fenomeno, anche alla luce degli sviluppi più recenti della prassi. Ciò a maggior ragione in quanto il testo dei principi-guida approvato della Commissione, malgrado le sue mancanze, fornisce una autorevole conferma della capacità degli atti unilaterali, in presenza di determinate condizioni, di produrre effetti vincolanti per gli Stati: sebbene la questione, come si vedrà, sia stata oggetto di ampio dibattito, alla fine dei lavori di codificazione si è coagulato un diffuso consenso circa l'esistenza nel diritto internazionale di atti unilaterali capaci di imporre obblighi a carico degli Stati che ne sono autori. Si tratta, del resto, di una conclusione emersa anche nel quadro delle attività condotte dalla Commissione in altri ambiti di studio. Gli atti unilaterali erano già venuti in rilievo, benché il punto non fosse stato specificamente discusso, nel contesto della codificazione della responsabilità degli Stati, quando, nel commentare l'art. 12 (concernente la definizione dell'elemento oggettivo dell'illecito) dell'articolato adottato nel 2001, l'antigiuridicità della condotta statale era stata riferita alla violazione di *qualsiasi* norma primaria indipendentemente dalla fonte, *inclusi gli atti unilaterali*⁸. Dopo l'adozione dei Principi-guida, la categoria è stata nuovamente

di Brownlie, secondo cui "the topic was colossally difficult" (UN Doc. A/CN.4/SR.2726 del 28 maggio 2002, *ibidem*, p. 98 ss., p. 103, par. 41).

⁵ Particolarmente intenso è stato lo "scontro" tra Koskeniemi e Pellet: v. ad esempio UN Doc. A/CN.4/SR.2726, cit., p. 100 ss., par. 17 ss., nonché UN Doc. A/CN.4/SR.2818 del 16 luglio 2004, in *YILC*, 2004, vol. I, p. 181 ss., par. 1 ss. e UN Doc. A/CN.4/2853, cit., p. 154, par. 7 ss.

⁶ V. *infra*, la nota 18 e il testo corrispondente.

⁷ Ne è prova la generale assenza di risposte significative fornite dagli Stati ai questionari somministrati nel corso della codificazione (un primo questionario nel 1999 e un secondo nel 2001). Le rare risposte ricevute (dodici Stati hanno risposto al primo: UN Doc. A/CN.4/511 del 6 luglio 2000, in *YILC*, 2000, vol. II, n. 1, p. 266 ss.; solo tre al secondo: UN Doc. A/CN.4/524 del 18 aprile 2002, in *YILC*, 2002, vol. II, n. 1, p. 85 ss.) si caratterizzano per la notevole genericità e vaghezza dei contenuti. Anche i successivi inviti rivolti agli Stati a collaborare, fornendo informazioni sulla prassi relativa agli atti unilaterali sono rimasti inascoltati.

⁸ V. *Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts, with commentaries*, in *YILC*, 2001, vol. II, n. 2, p. 30 ss., paragrafi 3 ("States may assume international obligations by a unilateral act") e 4 del commento

presa in considerazione e, ancora una volta, data per assodata in occasione dello studio, attualmente ancora in corso, sulle norme imperative del diritto internazionale. Le conclusioni approvate in prima lettura su questo tema nel 2019 dedicano, infatti, una apposita disposizione agli effetti del contrasto con le norme imperative degli atti unilaterali produttivi di impegni vincolanti⁹.

2. L'opportunità di avviare in seno alla CDI uno studio in materia di atti unilaterali, tema inizialmente escluso dal programma a lungo termine stabilito nel 1949, cominciò ad essere presa in considerazione solo a seguito della conclusione della codificazione del diritto dei trattati, come una sorta di ideale proseguimento della Convenzione di Vienna del 1969¹⁰. Fu però necessario attendere ancora vent'anni prima che il diritto degli atti unilaterali venisse formalmente iscritto nell'agenda della Commissione: nel 1996, esso fu indicato dalla Commissione stessa all'Assemblea generale come "a proper subject for immediate consideration"¹¹. L'Assemblea accolse la proposta e invitò la Commissione ad intraprendere uno studio preliminare per definire la portata e l'oggetto di possibili lavori di codificazione¹². A tal fine, l'anno successivo, la Commissione istituì un *working group*, incaricandolo di verificare la fattibilità del progetto¹³. Questo individuò le seguenti motivazioni

all'art. 12. *Adde*, per ulteriori riferimenti all'idoneità degli atti unilaterali a creare obblighi per gli Stati, il par. 2 del commento introduttivo al capitolo V della prima parte del progetto, relativo alle cause di esclusione dell'illecito, a p. 71, e il par. 7 del commento all'art. 42, a p. 117.

⁹ V. *Text of the draft conclusions and draft annex provisionally adopted by the Drafting Committee on first reading*, UN Doc. A/CN.4/L.936 del 29 maggio 2019, in particolare la *Draft conclusion 15* intitolata "Obligations created by unilateral acts of States conflicting with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*)" (reperibile nel sito della Commissione, alla pagina legal.un.org/ilc/sessions/71/docs.shtml).

¹⁰ Il collegamento tra la conclusione dei lavori di codificazione sul diritto dei trattati e l'interesse per il diritto degli atti unilaterali è messo ad esempio in risalto nella proposta avanzata nel 1971 dal Segretario generale delle Nazioni Unite di inserire il diritto degli atti unilaterali nel programma di lavoro a lungo termine della Commissione (*Survey of international law: Working paper prepared by the Secretary-General*, UN Doc. A/CN.4/245 del 23 aprile 1971, in *YILC*, 1971, vol. II, n. 2, p. 1 ss., p. 60 ss., par. 279 ss.).

¹¹ V. *Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May-26 July 1996* (di seguito: *ILC Report 1996*), in *YILC*, 1996, vol. II, n. 2, pp. 97-98, par. 248 e l'*Addendum 3*, *ibidem*, p. 141 ss. (par. 3 per la citazione nel testo). Il tema era inquadrato nell'ambito dello studio delle fonti del diritto internazionale, che la Commissione considerava ancora incompleto (*ibidem*, par. 2). Il fatto che nelle intenzioni iniziali della Commissione la codificazione degli atti unilaterali avrebbe dovuto limitarsi a considerare gli atti qualificabili alla stregua di fonti del diritto internazionale risulta anche dal piano di lavoro provvisorio che accompagnava la proposta di iscrivere il tema nella sua agenda (*ibidem*, p. 141 ss., par. 4 ss.).

¹² V. risoluzione 51/160 del 30 gennaio 1997, par. 13.

¹³ *Report of the Commission to the General Assembly on the work of its forty-ninth session* (di seguito: *ILC Report 1997*), in *YILC*, 1997, vol. II, n. 2, p. 8, par. 8.

a supporto dell'opportunità di codificare il diritto internazionale rilevante nella materia: l'importanza via via maggiore assunta nella prassi internazionale dagli atti unilaterali, che si sarebbe tradotta nella disponibilità di una consistente mole di materiale da sistemare ed analizzare; nonché la necessità di garantire la sicurezza giuridica, favorendo la certezza, la prevedibilità e la stabilità delle relazioni internazionali attraverso l'individuazione delle regole applicabili in questo ambito¹⁴. Ragioni che furono ampiamente condivise dalla Commissione, la quale, approvato il rapporto del gruppo di lavoro¹⁵, decise di dare formalmente avvio alla codificazione, nominando come relatore speciale il venezuelano Rodríguez Cedeño¹⁶. Nella risoluzione 52/156 del 26 gennaio 1999 l'Assemblea generale ratificò quindi la decisione della Commissione di includere il tema nella sua agenda¹⁷.

Lo studio del diritto degli atti unilaterali ha impegnato la CDI per poco meno di un decennio. Dal 1998 al 2006 sono stati in tutto nove i rapporti elaborati dal relatore speciale e discussi dalla Commissione. Più volte, nel corso di questo periodo, la Commissione ha deciso di condurre le sue attività nell'ambito di gruppi di lavori ristretti¹⁸: il ricorso sistematico allo strumento del *working group* costituisce in effetti un tratto peculiare ed inedito dei lavori della Commissione sul diritto degli atti unilaterali, dal punto di vista non solo quantitativo ma anche qualitativo. I vari gruppi di lavoro che si sono occupati del tema non si sono limitati all'approfondimento di profili

¹⁴ Cf. *Report of the Working Group* 1997, cit., par. 5.

¹⁵ *ILC Report* 1997, cit., p. 64, par. 194.

¹⁶ *Ibidem*, p. 66, par. 212 e p. 71, par. 234.

¹⁷ Cf. il par. 8 della risoluzione.

¹⁸ V. *Report of the International Law Commission on the work of its fiftieth session, 20 April-12 June and 27 July-14 August 1998*, in *YILC*, 1998, vol. II, n. 2, p. 58 ss., par. 192; *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-first session, 3 May-23 July 1999* (di seguito: *ILC Report* 1999), *ibidem*, 1999, vol. II, n. 2, p. 133 ss., par. 577 ss.; *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-second session, 1 May-9 June and 10 July-18 August 2000*, *ibidem*, 2000, vol. II, n. 2, pp. 99-98, par. 620 ss.; *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April-1 June and 2 July-10 August 2001*, *ibidem*, 2001, vol. II, n. 2, p. 205, par. 254; *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-fifth session, 5 May-6 June and 7 July-8 August 2003* (di seguito: *ILC Report* 2003), *ibidem*, 2003, vol. II, n. 2, pp. 57-58, par. 303 ss.; *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-sixth session, 3 May-4 June and 5 July-6 August 2004*, *ibidem*, 2004, vol. II, n. 2, p. 96, par. 245 ss.; *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-seventh session, 2 May-3 June and 11 July-5 August 2005* (di seguito: *ILC Report* 2005), *ibidem*, 2005, vol. II, n. 2, p. 62, par. 327 ss.

specifici, ma hanno svolto un ruolo cruciale nella definizione dell'orientamento generale e degli stessi esiti della codificazione¹⁹.

Nonostante gli sforzi profusi, i lavori sugli atti unilaterali non sono però mai veramente decollati, e sono stati segnati sin dall'inizio da visioni spesso antitetiche espresse dai membri della Commissione²⁰. Le distanze tra tali visioni, già su aspetti per così dire preliminari, come la definizione dell'oggetto dei lavori, della loro finalità, nonché dell'approccio da utilizzare, si sono di fatto rivelate incolmabili ed hanno alimentato lunghe e talvolta sterili discussioni, con il risultato di impedire progressi significativi nello studio della materia.

Dal primo punto di vista, come meglio si vedrà in seguito, la Commissione è rimasta spaccata al suo interno tra posizioni estremamente variegata, che spaziano dall'opzione più restrittiva, inizialmente suggerita dal relatore speciale, favorevole a concentrare l'attenzione sui soli *atti formali autonomi* in grado di creare *obblighi* per gli Stati a quella più ampia, volta a prendere in considerazione *tutte le condotte unilaterali* statali in grado di produrre *effetti giuridici*²¹. Inoltre, già nel corso del dibattito relativo al primo rapporto presentato dallo *special rapporteur* era emersa una ulteriore divisione tra i membri circa la veste da dare ai risultati dei lavori ("a doctrinal study, draft articles, a set of guidelines or recommendations or a combination of the above")²². L'incertezza su tali aspetti si è riverberata inevitabilmente sulla definizione dell'approccio da seguire. Al riguardo, l'impostazione metodologica scelta dal relatore speciale è originariamente consistita nella ricerca di una serie di regole applicabili a tutti gli atti unilaterali presi in considerazione²³.

¹⁹ V., al riguardo, i rilievi critici di Jean D'ASPREMONT LYNDEN, "Les travaux...", *op. cit.*, p. 174 ss. Cf. anche Christian TOMUSCHAT, "Unilateral Acts under International Law", *op. cit.*, p. 1505, secondo il quale "[w]hat eventually saved the project was the establishment of a working group at each session".

²⁰ Queste divisioni sono da ascrivere almeno in parte ai diversi approcci allo studio della materia proposti a seconda dell'appartenenza dei membri della Commissione alla tradizione giuridica di *common law* o a quella di *civil law*: v. sul punto Eva KASSOTI, "Unilateral Legal Acts Revisited...", *op. cit.* L'A. mette in rilievo come i primi tendano a collegare gli effetti degli atti unilaterali alla figura dell'*estoppel*, mentre i secondi abbiano meno difficoltà ad ammettere l'esistenza di una categoria autonoma di atti giuridici unilaterali, data la familiarità dei loro sistemi giuridici di riferimento con questa tipologia di atti. Il punto è stato messo in rilievo durante i lavori della CDI anche da Crawford (UN Doc. A/CN.4/SR.2596 del 2 luglio 1999, in *YILC*, 1999, vol. I, p. 208 ss., p. 210, par. 28).

²¹ V. *infra*, par. 3.

²² V. *ILC Report* 1997, *cit.*, pp. 66-67, par. 214.

²³ Victor RODRÍGUEZ CEDEÑO, *Fourth report on unilateral acts of States*, UN Doc. A/CN.4/519 del 30 maggio 2001, *YILC*, 2001, vol. II, n. 1, p. 115 ss., p. 115, par. 2.

Nondimeno, la profonda diversità di tali atti è parsa da subito un ostacolo insormontabile all'individuazione di un regime, sia pure minimo, applicabile a ciascuna delle ipotesi rilevanti²⁴. Non sorprende, dunque, che di fronte a simili perplessità nessuno dei *draft articles* proposti da Rodríguez Cedeño secondo questo *all-encompassing approach* sia stato mai approvato, di talché nel 2003 si decise di intraprendere una strada diversa, procedendo separatamente all'analisi dei tipi di atti unilaterali maggiormente diffusi nella prassi internazionale, a partire dal riconoscimento, a cui il relatore speciale dedicò il suo sesto rapporto²⁵. Il mutamento di approccio scontentò, tuttavia, quei membri della Commissione che avrebbero preferito insistere nella ricerca di un minimo comune denominatore riferibile all'intera categoria, malgrado le difficoltà di identificazione e definizione della medesima²⁶.

Parallelamente, anche in conseguenza del rinnovo, nel 2002, della composizione della Commissione, cominciò a consolidarsi un certo scetticismo circa l'opportunità di proseguire i lavori sul diritto degli atti unilaterali²⁷. Non erano solo la complessità del tema e la difficoltà di individuare un concetto unitario significativo di atti unilaterali a destare perplessità²⁸. La stessa esistenza degli atti unilaterali come autonoma categoria del diritto internazionale iniziò ad essere messa in discussione²⁹. A nulla servì l'ennesima convocazione del gruppo di lavoro ristretto chiamato a sbloccare l'*impasse* componendo i dissidi interni alla Commissione³⁰. Alla fine, seguendo il suggerimento avanzato da alcuni membri³¹, la Commissione decise di rinunciare ad ogni velleità di codificazione della materia, optando per l'adozione

²⁴ *Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-fourth session* (di seguito: *ILC Report* 2002), in *YILC*, 2002, vol. II, n. 2, p. 83, par. 369.

²⁵ Victor RODRÍGUEZ CEDEÑO, *Sixth report on unilateral acts of States*, UN Doc. A/CN.4/534 del 30 maggio 2003, in *YILC*, 2003, vol. II, n. 1, p. 53 ss.

²⁶ Cf. *ILC Report* 2003, cit., p. 55, par. 278.

²⁷ V. ad esempio gli interventi di Brownlie, in UN Doc. A/CN.4/SR.2772 del 9 luglio 2003, in *YILC*, 2003, vol. I, par. 4, e l'anno successivo di Addo in UN Doc. A/CN.4/SR.2818, cit., pp. 183-184, par. 28.

²⁸ V. *supra*, nota 4.

²⁹ È questa la posizione strenuamente difesa, fin dalla sua nomina nella CDI, da Koskenniemi: "the Commission was trying to codify something which did not exist as a legal institution and was at a loss as to how to define it so as to make it a legal institution" (UN Doc. A/CN.4/SR.2772, cit., p. 74, par. 42). V. anche gli interventi dello stesso Koskenniemi in UN Doc. A/CN.4/SR.2818, cit., p. 181, par. 2; UN Doc. A/CN.4/2854, cit., p. 153, par. 7.

³⁰ Cf. UN Doc. A/CN.4/SR.2818, cit., p. 186, par. 56.

³¹ V. ad esempio, l'intervento di Candioti in UN Doc. A/CN.4/SR.2854, cit., p. 162, par. 23.

di una serie di principi-guida applicabili alle dichiarazioni unilaterali, “which could help and guide States while providing for greater certainty in the matter”³². Il relatore speciale, nel suo nono e ultimo rapporto, sottopose pertanto alla Commissione dieci “guiding principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations”³³, che hanno rappresentato la base per l’elaborazione, da parte del *working group* sugli atti unilaterali presieduto da Alain Pellet, del testo finale approvato *per consensus* dalla Commissione nel 2006³⁴ e trasmesso nello stesso anno all’Assemblea generale³⁵.

3. Il progetto, originariamente concepito, come si è visto, come un tentativo di integrare lo studio delle fonti del diritto internazionale, intrapreso con le codificazioni relative al diritto dei trattati³⁶, era stato esteso dal *working group* istituito nel 1997 agli atti “intended to produce ‘legal’ effects, creating, recognizing, safeguarding or modifying rights, obligations or legal situations”³⁷. Si tratta di una impostazione all’inizio non condivisa da Rodríguez Cedeño, il quale nel suo primo rapporto aveva manifestato l’intenzione di circoscrivere il campo dell’indagine agli atti unilaterali formali (*rectius*: dichiarazioni unilaterali) posti in essere dagli Stati allo scopo di creare degli obblighi giuridici³⁸, sulla base della considerazione che “the most important legal act is the strictly unilateral declaration embodying unilateral obligations”³⁹. Nel secondo rapporto, egli prendeva una posizione ancora più

³² *ILC Report* 2005, *cit.*, p. 61, par. 314.

³³ V. Victor RODRÍGUEZ CEDEÑO, *Ninth report on unilateral acts of States*, UN Doc. A/CN.4/569 and Add.1 del 6 aprile 2006, in *YILC*, 2006, vol. II, n. 1, p. 147 ss., p. 173 ss., par. 125 ss.

³⁴ *ILC Report* 2006, *cit.*, p. 161 ss.

³⁵ V. il par. 3 della risoluzione dell’Assemblea generale 61/34 del 18 dicembre 2006, in cui l’Assemblea “[t]akes note of the Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations under the topic ‘Unilateral acts of States’ [and] commends their dissemination”.

³⁶ V. l’addendum n. 3 all’*ILC Report* 1996, *cit.*, p. 141 ss.

³⁷ V. *Report of the Working Group* 1997, *cit.*, par. 9.

³⁸ V. Victor RODRÍGUEZ CEDEÑO, *First report on unilateral acts of States*, UN Doc. A/CN.4/486 del 5 marzo 1998, in *YILC*, 1998, vol. II, n. 1, p. 320 ss., 323, par. 14. Egli proponeva, ai fini della codificazione, la seguente definizione di dichiarazione unilaterale: “an autonomous expression of clear and unequivocal will, explicitly and publicly issued by a State, for the purpose of creating a juridical relationship in particular, to create international obligations between itself and a third State which did not participate in its elaboration, without it being necessary for this third State to accept it or subsequently behave in such a way as to signify such acceptance” (*ibidem*, p. 338, par. 170).

³⁹ *Ibidem*, p. 327, par. 63. L’importanza della promessa era sottolineata nel corso del successivo dibattito anche da Simma, UN Doc. A/CN.4/SR.2525 del 6 maggio 1998, *YILC*, 1998, vol. I, p. 42 ss., p. 43, par. 8 ss.

chiara sul punto, proponendo ai fini della codificazione una definizione di atti unilaterali limitata alle espressioni di volontà formulate dagli Stati “with the intention of acquiring international legal obligations”⁴⁰. Il gruppo di lavoro, nuovamente convocato nel 1999, suggerì una revisione di tale definizione con la sostituzione della locuzione “with the intention of acquiring international legal obligations”, considerata troppo restrittiva, con “[with the intention] to produce legal effects on the international plane”, in modo da tenere conto anche degli atti adottati al fine di acquisire o mantenere dei diritti⁴¹. Di conseguenza, il relatore speciale si è adeguato a questa prospettiva⁴².

Di fatto, però, la questione non si è mai veramente chiusa e la Commissione è rimasta nettamente divisa in due schieramenti: il primo favorevole a circoscrivere il campo di indagine agli atti formali idonei a creare in via autonoma diritti e obblighi a livello internazionale; il secondo propenso ad estendere i lavori di codificazione a tutte le condotte unilaterali (quindi, non solo le dichiarazioni) capaci di produrre effetti giuridici, inclusi il silenzio e l’acquiescenza.

Il testo adottato segna un ritorno alla concezione restrittiva proposta inizialmente dal relatore speciale. Nel preambolo è infatti specificato che i *Guiding Principles* riguardano unicamente gli atti unilaterali *stricto sensu*, vale a dire “those taking the form of formal declarations formulated by a State with the intent to produce obligations under international law”⁴³. In questo modo, l’ambito di applicazione sembra comprendere, almeno in via preponderante, quella speciale categoria di atti unilaterali costituita dalle dichiarazioni

⁴⁰ V. il progetto di art. 1, in Victor RODRÍGUEZ CEDEÑO, *Second report on unilateral acts of States*, UN Doc. A/CN.4/500 and Add.1 del 14 aprile e 10 maggio 1999, *YILC*, 1999, vol. II, n. 1, p. 195 ss., p. 200, par. 38. Il punto è ribadito nel commento alla disposizione, laddove si specifica che “[t]he author of the act must express unequivocally the will to create a juridical norm comprising an obligation for the author and rights for other subjects” (*ibidem*, 201, par. 51, corsivo aggiunto).

⁴¹ *ILC Report* 1999, *cit.*, p. 138, par. 587.

⁴² Nel terzo rapporto, la nuova proposta di art. 1 avanzata dal relatore speciale era infatti così formulata: “[f]or the purposes of the present articles, ‘unilateral act of a State’ means an unequivocal expression of will which is formulated by a State with the intention of producing legal effects in relation to one or more other States or international organizations, and which is known to that State or international organization”. Cf. Victor RODRÍGUEZ CEDEÑO, *Third report on unilateral acts of States*, UN Doc. A/CN.4/505 del 17 febbraio 2000, *YILC*, 2000, vol. II, n. 1, p. 247 ss., p. 256, par. 80, corsivo aggiunto).

⁴³ *ILC Report* 2006, *cit.*, p. 161, par. 176.

promissorie⁴⁴. In effetti, molte delle riflessioni che hanno alimentato il dibattito nella Commissione sembrano attagliarsi quasi esclusivamente a tale tipo di atto unilaterale; ad esso, d'altronde, si riferisce prevalentemente la giurisprudenza internazionale citata nel corso dell'intero processo di codificazione.

La nota introduttiva ai principi-guida precisa, inoltre, che il testo finale riguarda solo gli atti formulati dagli Stati "in exercise of their freedom to act on the international plane", con la conseguente esclusione degli atti mediante i quali essi esercitano poteri attribuiti da altre norme di diritto internazionale⁴⁵. Sulla questione, tuttavia, la Commissione non aveva mostrato un atteggiamento sempre univoco⁴⁶. Nel suo studio preliminare del 1997, il *working group* si era espresso nel senso che occorresse lasciare fuori dall'ambito dell'indagine le dichiarazioni di accettazione della giurisdizione obbligatoria della Corte internazionale di giustizia, in considerazione del fondamento pattizio di tali atti⁴⁷; mentre una soluzione diversa era stata prospettata con riguardo alle dichiarazioni relative all'estensione del mare territoriale o all'istituzione della zona economica esclusiva. La ragione dell'interesse per questa seconda categoria di atti era individuata nella loro idoneità a creare "legal situations which are opposable to other States and are permitted by international law"⁴⁸, senza che venisse attribuito alcun peso alla circostanza che anche gli effetti di tali dichiarazioni sono definiti da uno strumento di natura convenzionale – la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare –, tra l'altro sul punto largamente riproduttivo del diritto internazionale consuetudinario.

⁴⁴ V. in tal senso anche Raphaële RIVIER e Philippe LAGRANGE, "Travaux de la Commission du droit international...", *op. cit.*, p. 305 e *passim*; Christian ECKART, *Promises of States under International Law*, *op. cit.*, p. 184. È significativo, da questo punto di vista, che la Commissione ammetta nel commentario che la formulazione del *guiding principle* 1, "which seeks [to] define unilateral acts in the strict sense", sia direttamente ispirata ai *dicta* contenuti nelle sentenze della Corte internazionale di giustizia nei casi degli *esperimenti nucleari* e della *controversia di frontiera*, che riguardavano chiaramente la sola promessa (v. il par. 1 del commento al *guiding principle* 1, *ILC Report* 2006, *cit.*, p. 162). *Contra* Christian TOMUSCHAT, "Unilateral Acts under International Law", *op. cit.*, p. 1497, secondo il quale anche la rinuncia e il riconoscimento rientrerebbero tra gli atti unilaterali a cui si riferisce il testo finale, in quanto lo Stato che rinunci a determinati diritti e/o pretese o che riconosca una certa situazione di fatto assumerebbe per ciò stesso l'obbligo di non adottare condotte incompatibili con la propria determinazione unilaterale.

⁴⁵ V. *ILC Report* 2006, *cit.*, pp. 160-161, par. 174.

⁴⁶ Mentre è sempre stato pacifico che non dovessero rientrare nell'oggetto dello studio quegli atti unilaterali che non producono effetti di per sé, ma costituiscono segmenti di una relazione convenzionale (come l'offerta e l'accettazione di un'offerta, che combinati tra loro danno vita ad un accordo, la ratifica, la denuncia, ma anche le riserve e le dichiarazioni interpretative).

⁴⁷ *Report of the Working Group* 1997, *cit.*, par. 13.

⁴⁸ *Ibidem*, par. 14.

Nel suo primo rapporto, il relatore speciale aveva invece insistito sull'esigenza che l'atto espressivo della volontà dello Stato producesse gli effetti ricercati indipendentemente da qualsiasi legame con una preesistente e specifica norma (materiale) di diritto internazionale. Di conseguenza, egli aveva escluso il rilievo di tutti gli atti "which constitute the exercise of a power granted by the provisions of a treaty or by a rule of customary law"⁴⁹. La sua posizione sul punto sembrava essersi nel tempo attenuata con riguardo alle dichiarazioni concernenti la creazione e/o estensione di zone marine,⁵⁰ per poi tornare ad una *generale* esclusione degli atti non autonomi⁵¹.

Le ragioni di tale esclusione, sulla cui opportunità, a dire il vero, la dottrina maggioritaria concorda, non appaiono però totalmente convincenti nel momento in cui si tratti di definire il regime applicabile a questi strumenti. Occorre infatti distinguere la questione del fondamento giuridico dell'obbligo da quella del relativo regime applicabile⁵². La circostanza che la fonte dell'obbligo non sia in senso stretto unilaterale, in effetti, non necessariamente impedisce di applicare a degli atti che hanno una forma unilaterale le stesse regole in tema ad esempio di validità, revisione e interpretazione, previste per gli atti puramente unilaterali⁵³. L'importanza assunta nella prassi almeno da alcuni di tali strumenti e i problemi che sono emersi con frequenza via via maggiore in merito alla determinazione del regime loro applicabile imponevano di ponderare e giustificare con maggiore attenzione questa scelta.

4. Il principio-guida n. 1, nel circoscrivere l'ambito di applicazione dei *Guiding Principles*, stabilisce che le dichiarazioni rese pubblicamente dagli Stati e con cui questi manifestino la volontà di vincolarsi possono avere l'effetto di creare dei nuovi obblighi giuridici. Quando le condizioni richieste a

⁴⁹ Victor RODRÍGUEZ CEDEÑO, *First report, cit.*, p. 332, par. 105. V. anche ID., *Second report, cit.*, pp. 197, par. 8, e 202, par. 62.

⁵⁰ Victor RODRÍGUEZ CEDEÑO, *Third report, cit.*, p. 254, par. 54.

⁵¹ V. Victor RODRÍGUEZ CEDEÑO, *Ninth report, cit.*, p. 173, paragrafi 129 e 130.

⁵² La stessa Commissione si contraddice quando nel commentario richiama la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia relativa alle dichiarazioni di accettazione *ex art.* 36, par. 2, dello Statuto al fine di ricostruire il regime applicabile alle dichiarazioni unilaterali oggetto dei *Guiding Principles*, in particolare in tema di interpretazione e di invalidità per contrasto con lo *jus cogens*. V., al riguardo, il par. 3 del commento al *guiding principle 7* e quello al *guiding principle 8*, *ILC Report 2006, cit.*, p. 165.

⁵³ Un analogo ragionamento è fatto da Christian TOMUSCHAT, "Unilateral Acts under International Law", *op. cit.*, p. 1490, limitatamente agli atti unilaterali previsti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare.

tal fine sono soddisfatte, il carattere vincolante delle dichiarazioni si fonda sulla buona fede, per cui gli Stati interessati possono prenderle in considerazione e farvi affidamento, con la conseguenza che tali Stati hanno il diritto di esigere che gli obblighi in questione siano rispettati⁵⁴.

Per determinare gli effetti giuridici delle dichiarazioni unilaterali, secondo il testo approvato dalla Commissione, è necessario prendere in considerazione il loro contenuto e tutte le circostanze di fatto in cui sono state assunte, nonché le reazioni che esse hanno originato⁵⁵. Il principio-guida n. 7 specifica che una dichiarazione unilaterale può comportare obblighi per lo Stato che la formula solo se è espressa in termini chiari e precisi. In caso di dubbio sulla portata degli obblighi derivanti da tale dichiarazione, va adottata un'interpretazione restrittiva. Il contenuto degli obblighi derivanti dalla dichiarazione deve essere ricostruito dando rilievo, in primo luogo, al testo della dichiarazione, insieme al contesto e alle circostanze in cui la dichiarazione stessa è maturata⁵⁶.

Ai sensi del *guiding principle 2*, tutti gli Stati hanno la capacità di assumere obblighi mediante dichiarazioni unilaterali. Ciò può avvenire attraverso sia dichiarazioni rese in forma scritta sia dichiarazioni formulate oralmente⁵⁷. Anche rispetto all'identificazione del destinatario, il testo finale accoglie una soluzione ampia: secondo il principio-guida n. 6, infatti, le dichiarazioni unilaterali possono essere dirette nei confronti di uno o più Stati oppure della Comunità internazionale nel suo insieme⁵⁸ oppure ancora di

⁵⁴ Sul punto v. più ampiamente *infra*, il testo successivo alla nota 72.

⁵⁵ V. il *guiding principle 3*, *ILC Report 2006*, cit., p. 161.

⁵⁶ Il commento, al par. 2, sottolinea l'esigenza di "great caution in determining the legal effects of unilateral declarations, in particular when the unilateral declaration has no specific addressee": *ibidem*, p. 165.

⁵⁷ Così il *guiding principle 5*, *ibidem*. Sul punto v. anche Corte internazionale di giustizia, *esperimenti nucleari*, cit., pp. 276-268, par. 45.

⁵⁸ Come esempi di dichiarazioni indirizzate ad un destinatario specifico, la Commissione cita nel commento il caso della nota diplomatica del 22 novembre 1952 rivolta dalla Colombia al Venezuela in ordine alla sovranità di quest'ultimo sull'Arcipelago di Los Monjes; le dichiarazioni di Cuba del 2002 in merito alla fornitura di vaccini all'Uruguay e la dichiarazione del 1919, fatta alla Danimarca dal Ministro degli esteri norvegese Ihlen relativamente alla Groenlandia orientale. Quanto, invece, alle dichiarazioni nei confronti della Comunità internazionale nel suo insieme, il precedente più significativo è fornito dalle dichiarazioni delle autorità francesi sui test nucleari nell'Oceano Pacifico, valorizzate dalla Corte internazionale di giustizia nelle sentenze del 1974 sugli *esperimenti nucleari*. La Commissione ricorda, in aggiunta, la dichiarazione egiziana del 1957 riguardante il canale di Suez e la rinuncia espressa dalla Giordania nel 1988 alle sue rivendicazioni sulla West Bank. La Commissione si riferisce anche alle proteste della Federazione Russa, rispettivamente del 1994 e del 1995, contro Turkmenistan e Azerbaijan in merito alla natura giuridica delle acque del Mar Caspio (per la prima categoria di ipotesi) e alla dichiarazione del Presidente statunitense Truman del 1945 sulla piattaforma continentale (per la seconda): si tratta, però, di esempi che non appaiono pertinenti, visto che

altri enti⁵⁹. In base al principio-guida n. 9, dalla dichiarazione non possono derivare obblighi a carico di Stati diversi dal/i dichiarante/i, a meno che tali Stati non abbiano chiaramente accettato la dichiarazione medesima.

Rispetto alle cause di invalidità delle dichiarazioni unilaterali, le soluzioni accolte nel testo finale sono meno articolate rispetto alle proposte avanzate dal relatore speciale, il quale, ispirandosi alla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, aveva suggerito l'inclusione di disposizioni piuttosto dettagliate in tema di vizi della volontà e rapporti con il diritto interno⁶⁰. I Principi-guida si limitano invece a prendere in considerazione, rispettivamente al n. 8 e al n. 4, le sole ipotesi del contrasto con le norme imperative del diritto internazionale (in analogia con quanto previsto dall'art. 53 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati)⁶¹ e dell'incompetenza dell'organo che ha formulato la dichiarazione. In particolare, con riguardo a questo secondo aspetto, il principio-guida n. 4 chiarisce che la dichiarazione unilaterale vincola lo Stato solo se proviene da un'autorità competente, precisando che i capi di Stato, i capi di governo e i ministri degli esteri sono competenti *ipso facto* ad assumere tali dichiarazioni "by virtue of their functions"⁶². Altri

si tratta di dichiarazioni unilaterali che, diversamente da quelle prese in considerazione dai *Guiding Principles*, non sono idonee a creare obblighi a carico dell'autore. Tutti questi episodi della prassi erano stati esaminati dal relatore speciale nel suo ottavo rapporto: cfr. Victor RODRÍGUEZ CEDEÑO, *Eighth report on unilateral acts of States*, UN Doc. A/CN.4/557 del 26 maggio 2005, *YILC*, 2005, vol. II, n. 1, p. 119 ss.

⁵⁹ Rispetto a questa ipotesi, la Commissione omette di fornire esempi. Si noti, però, che la formula scelta ("other entities") è meno precisa di quella suggerita dal relatore speciale nel suo nono rapporto ("one or more international organizations or any other entity subject to international law"). Non è chiaro in particolare se debba trattarsi di enti dotati di soggettività internazionale. Probabilmente per aggirare la questione, lo stesso relatore speciale aveva proposto anche una opzione *b*, che ometteva qualsiasi indicazione, anche solo esemplificativa, dei destinatari (v. Victor RODRÍGUEZ CEDEÑO, *Ninth report, cit.*, p. 174, paragrafi 138-139).

⁶⁰ *Ibidem*, 154 ss., par. 152 ss.

⁶¹ Si tratta di una soluzione che, pur non trovando conferme esplicite nella giurisprudenza internazionale, può considerarsi pacifica (ma v. i rilievi critici di Christian TOMUSCHAT, "Unilateral Acts under International Law", *op. cit.*, p. 1504).

⁶² È evidente che anche in questo caso la Convenzione di Vienna, nello specifico l'art. 7, par. 2, lett. *a*), costituisce la fonte di ispirazione della formulazione della disposizione in esame. La stessa Corte internazionale di giustizia aveva riconosciuto lo *ius representationis omnimodae* degli organi indicati "merely by virtue of exercising their functions" anche "for the performance [of] unilateral acts having the force of international commitments" (Corte internazionale di giustizia, *attività armate sul territorio del Congo*, sentenza, *cit.*, p. 26, par. 46). Tuttavia, come è stato osservato, la disposizione in esame non tiene conto dell'ipotesi, considerata invece dall'art. 46 della Convenzione di Vienna, in cui il diritto interno limiti il potere di tali organi di vertice di manifestare la volontà dello Stato v. Raphaële RIVIER e Philippe LAGRANGE, "Travaux de la Commission du droit international...", *op. cit.*, p. 311.

organi possono essere autorizzati a impegnare lo Stato con le loro dichiarazioni, ma esclusivamente nelle aree di loro rispettiva competenza⁶³.

L'ultimo principio-guida è dedicato alla durata dell'obbligo e alla sua estinzione. Così come nei trattati la volontà comune che ha dato vita all'obbligo di natura convenzionale può mutare nel tempo e determinare la modifica o l'estinzione dello stesso, anche la volontà espressa da un atto unilaterale che ha impegnato lo Stato a tenere una certa condotta può subire dei cambiamenti o venire meno. Peraltro, nel caso degli atti unilaterali tale volontà non è l'unico fattore rilevante, ma occorre tenere conto anche delle legittime aspettative dei terzi. Il contemperamento tra questi fattori è individuato dai Principi-guida nel divieto di revoche/modifiche arbitrarie⁶⁴. Al fine di valutare il carattere arbitrario della revoca/modifica, secondo la Commissione, devono essere presi in considerazione i seguenti elementi: la circostanza che la dichiarazione ammetta specificamente la possibilità di una revoca/modifica successiva; la misura dell'affidamento prestato dai beneficiari e la sussistenza di un cambiamento radicale delle circostanze⁶⁵.

⁶³ La Commissione ha valorizzato in tale direzione la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia, in particolare un brano della sentenza nel caso delle *attività armate sul territorio del Congo*, in cui la Corte, riferendosi all'argomento avanzato dal Ruanda secondo cui nessun obbligo a suo carico poteva derivare da una dichiarazione – nello specifico relativa al futuro ritiro delle riserve apposte alle clausole giurisdizionali contenute in trattati sui diritti umani – fatta dal Ministro della giustizia davanti alla Commissione delle Nazioni Unite sui diritti umani, in quanto assunta da un organo diverso da quelli dotati della “automatic authority to bind the State in matters of international relations”, osservava che nel sistema contemporaneo delle relazioni internazionali con sempre maggiore frequenza altri soggetti “representing a State in specific fields” possono essere autorizzati a vincolare lo Stato attraverso proprie dichiarazioni “in respect of matters falling within their purview”. La Corte portava ad esempio il caso dei titolari “of technical ministerial portfolios exercising powers in their field of competence in the area of foreign relations”. V. Corte internazionale di giustizia, *attività armate sul territorio del Congo*, sentenza, *cit.*, p. 26, par. 47.

⁶⁴ Il fatto che la disposizione, pur menzionando solo la revoca, vada intesa nel senso di coprire anche la modifica si può dedurre dal commento, il quale, al par. 1, specifica che non è escluso il potere di revocare l'impegno unilaterale, ma soltanto “its arbitrary withdrawal (or amendment)” (*ILC Report 2006, cit.*, p. 166, corsivo aggiunto). La sospensione non è invece presa in considerazione. Anche la lettera del *guiding principle 10* è chiaramente ispirata dalla giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia. V. la sentenza sugli *esperimenti nucleari, cit.*, p. 270, par. 51: “the unilateral undertaking from [the French] statements cannot be interpreted as having been made in implicit reliance on an arbitrary power of reconsideration”.

⁶⁵ Benché il testo della disposizione sembri deporre diversamente, il commento definisce l'elenco dei parametri da considerare al fine del giudizio di arbitrarietà della revoca “an open-ended list” (par. 2 del commento al *guiding principle 10, ILC Report 2006, cit.*, p. 166). La proposta del relatore speciale subordinava invece il diritto di revoca al verificarsi di circostanze più stringenti: l'avverarsi di un termine o una condizione risolutiva prevista dalla dichiarazione in causa o un successivo mutamento fondamentale delle circostanze che avesse reso impossibile l'adempimento dell'impegno. Il gruppo di lavoro ha optato per una formulazione ampia, che evidentemente garantisce allo Stato dichiarante una maggiore flessibilità. Tra l'altro, non è chiaro se l'affidamento dei terzi privi del tutto il dichiarante del diritto di modificare il suo impegno unilaterale, né come tale affidamento vada provato (se cioè questo debba essere espresso in qualche modo o se anche il silenzio possa eventualmente rilevare ai fini indicati). Abbastanza problematico risulta anche il riferimento, nella disposizione in esame, al mutamento radicale delle circostanze.

5. Non è possibile evidentemente in questa sede procedere ad una disamina critica di tutte le disposizioni contenute nel testo finale adottato dalla CDI sugli atti unilaterali, né di tutte le sue lacune. Le considerazioni che seguono si limiteranno pertanto ad un unico aspetto, rispetto al quale l'esito della codificazione appare particolarmente problematico: le condizioni la cui presenza consenta di attribuire effetti vincolanti alla dichiarazione.

Tali condizioni non sembrano potersi ricavare, almeno in via esclusiva, dal principio-guida n. 1. Gli elementi della pubblicità e dell'intenzione di vincolarsi menzionati in questa disposizione non vengono invero identificati come requisiti *sufficienti* ai fini della produzione degli effetti obbligatori. È testualmente previsto, infatti, che le dichiarazioni che presentino i suddetti elementi *possono* ("may") avere l'effetto di creare obblighi giuridici. Il *guiding principle 7* apparentemente sembrerebbe individuare un requisito ulteriore ai fini della vincolatività dell'atto: "[a] unilateral declaration entails obligations for the formulating State only if it is stated in clear and specific terms". Ma la collocazione di tale elemento in una disposizione che attiene all'interpretazione dell'atto unilaterale solleva perplessità circa il suo preciso inquadramento e significato. Tra l'altro, la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia citata nel commentario a supporto del rilievo sia della pubblicità dell'atto sia della sua formulazione chiara e specifica non appare del tutto congruente, visto che in alcuni casi la Corte sembrerebbe aver trattato questi elementi come indicatori dell'esistenza dell'intenzione dell'autore di vincolarsi e *non* come autonomi requisiti del carattere vincolante dell'impegno⁶⁶. Ad ogni modo, si tratterebbe di requisiti assai difficili da accertare in mancanza dell'indicazione, nei Principi-guida, di parametri più stringenti per determinare, da una parte, il grado di notorietà richiesto e, dall'altra, il livello di chiarezza e specificità dell'impegno.

Al riguardo, va segnalato ancora una volta un certo scollamento tra il testo dei principi e il commento, in cui invece il mutamento delle circostanze sembra essere configurato – più correttamente – come un'*autonoma* causa di estinzione e non come *uno dei* fattori da considerare nel giudizio di arbitrarietà. V. par. 3 del commento al *guiding principle 10*, in *fine* (ILC Report 2006, cit., p. 166).

⁶⁶ La stessa Commissione nel par. 2 del commento al *guiding principle 1* sembra cadere in contraddizione, quando afferma che "the public nature" della dichiarazione egiziana sul canale di Suez del 1957 e della rinuncia giordana alle rivendicazioni sui territori della West Bank "represent[s] an important indication of their authors' intention to commit" (ILC Report 2006, cit., p. 162).

Quanto alla volontà di vincolarsi, a tacer d'altro⁶⁷, i dati ricavabili dai *Guiding Principles* sono ancora una volta poco coerenti. Di fatto, essi risentono di una certa confusione tra due operazioni che dovrebbero restare distinte, e rispetto alle quali i criteri rilevanti non necessariamente sono coincidenti: l'accertamento della sussistenza di una *reale* volontà di obbligarsi e l'interpretazione del contenuto dell'impegno assunto⁶⁸.

Invero, il testo finale sembra attribuire una notevole discrezionalità all'interprete, il quale, stando a quanto prevede il *guiding principle 3*, dovrà determinare gli effetti giuridici delle dichiarazioni rese pubblicamente e che manifestino una volontà di obbligarsi (*rectius*: la loro capacità di vincolare il dichiarante), tenendo conto del contenuto delle dichiarazioni, di tutte le circostanze di fatto in cui sono maturate e delle reazioni che esse hanno determinato⁶⁹. In mancanza di più puntuali indicazioni sugli aspetti da valorizzare, l'enfasi posta sulle circostanze del caso concreto e sulle reazioni suscitate non consente di raggiungere un adeguato grado di prevedibilità. I fattori richiamati sono infatti individuati in modo assolutamente vago e generico, senza che integrazioni significative siano ricavabili dal commento, il quale anzi aggiunge ulteriori elementi di ambiguità. È questo soprattutto il caso della parte in cui la Commissione si sofferma sulle reazioni causate dall'atto unilaterale negli altri Stati⁷⁰. La giurisprudenza richiamata nel

⁶⁷ Come rilevato da Eva KASSOTI, "The Juridical Nature of Unilateral Acts of States in International Law", *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 23, 2012-2013, pp. 411 ss., soprattutto p. 428 ss., la Commissione avrebbe dovuto innanzitutto chiarire se la volontà da accertare sia la volontà *reale* o quella *dichiarata* dall'autore dell'atto.

⁶⁸ Questa confusione emerge con tutta evidenza dalle altre indicazioni fornite all'interprete dal *guiding principle 7*, il quale chiarisce che la portata degli obblighi che derivano dalla dichiarazione (sul presupposto, quindi, che la natura vincolante della dichiarazione sia stata già accertata) va ricostruita attribuendo rilievo "first and foremost" al testo della medesima, insieme al contesto e alle circostanze in cui è stata formulata, specificando che, in caso di dubbio, i suddetti obblighi devono essere interpretati restrittivamente. La Commissione dichiara ancora una volta di rifarsi, rispetto a quest'ultima precisazione, alle sentenze della Corte internazionale di giustizia nell'*affaire* degli *esperimenti nucleari* (ILC Report 2006, *cit.*, p. 165). Ma, ad una attenta lettura, il senso delle parole della Corte sembra essere stato travisato o quanto meno decontestualizzato, visto che il brano rilevante riguardava l'accertamento della volontà della Francia di obbligarsi, non il contenuto dell'impegno assunto (sentenza, *cit.*, p. 267, par. 44).

⁶⁹ V. *supra*, il testo corrispondente alla nota 55. Anche il riferimento al *contenuto* della dichiarazione (piuttosto che al suo *testo*) desta perplessità, visto che il contenuto può essere ricostruito solo all'esito di un'operazione di interpretazione della dichiarazione medesima, che già richiede la presa in considerazione del contesto in cui è maturata la formulazione dell'atto. Così anche Christian TOMUSCHAT, "Unilateral Acts under International Law", *op. cit.*, p. 1502.

⁷⁰ La Commissione, riferendosi ad alcuni episodi della prassi, distingue le varie ipotesi a seconda che tali Stati abbiano preso atto degli impegni assunti dal dichiarante o vi si siano opposti o ne abbiano contestato la natura vincolante, senza chiarire quale impatto ciascuna delle suddette reazioni abbia prodotto sulla qualificazione dei casi citati. V. per questa condivisibile osservazione critica Christian ECKART, *Promises of States under International Law*, *op. cit.*, pp. 189-190.

commento non contiene alcun dato a supporto del rilievo di tali reazioni, visto che in nessuno dei casi citati la Corte internazionale di giustizia si era preoccupata di esaminarle. Anzi, le conclusioni raggiunte dalla Corte circa gli effetti prodotti dall'atto in causa in ciascuno di questi precedenti erano sempre state opposte a quelle sostenute dal destinatario dell'atto medesimo⁷¹.

6. In conclusione, è possibile evidenziare alcune scelte di fondo che hanno fortemente influenzato la redazione dei Principi-guida e che in una qualche misura possono essere considerate all'origine delle rilevate carenze dei risultati dell'attività condotta dalla Commissione in questo ambito. Effettivamente, di alcuni temi, pur ampiamente discussi sia dalla formazione plenaria sia dai *working groups* sugli atti unilaterali, non è rimasta traccia nel testo finale: è il caso, ad esempio, dell'esistenza di atti unilaterali collettivi, dei rapporti tra i *Guiding Principles* e le dichiarazioni unilaterali vincolanti coperte da specifici regimi, delle conseguenze dei vizi della volontà (violenza, errore, dolo), dell'identificazione del momento a partire dal quale l'atto comincia a produrre effetti, del regime applicabile in caso di successione tra Stati o di conflitti armati, del rilievo in questo ambito dell'*estoppel*. Altri aspetti, come l'idoneità del silenzio o delle condotte informali tenute dagli Stati a produrre effetti obbligatori, sono solo menzionati nel preambolo, in modo per giunta del tutto generico⁷².

Sostanzialmente aperta resta poi la questione – assolutamente centrale – del fondamento giuridico degli effetti vincolanti delle dichiarazioni promissorie. Sempre nel preambolo la Commissione sottolinea che “it is often difficult to establish whether the legal effects stemming from the unilateral behaviour of a State are the consequence of the intent that it has expressed or depend on the expectations that its conduct has raised among other subjects of international law”⁷³. Questa precisazione finisce evidentemente con lo sminuire il valore dell'affermazione contenuta nel *guiding principle n. 1*, per

⁷¹ V. per tale notazione anche Eva KASSOTI, *Unilateral Legal Acts Revisited...*, op. cit., p. 457. La stessa A. osserva come questo elemento sia stato incluso nel testo finale, senza che la Commissione avesse mai affrontato la questione della sua rilevanza (*ibidem*, nota 239).

⁷² Nel preambolo, la Commissione nota che “behaviours capable of legally binding States may take the form of formal declarations or mere informal conduct including, in certain situations, silence, on which other States may reasonably rely” (*ILC Report 2006, cit.*, p. 161).

⁷³ *ILC Report 2006, cit.*, p. 162.

cui “[w]hen the conditions for this are met, the binding character of such declarations is based on good faith”. Il rilievo attribuito al principio della buona fede è da ricollegare essenzialmente ad un celebre brano contenuto nella sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso degli *esperimenti nucleari*⁷⁴, oggetto peraltro in dottrina di letture contrastanti e di non poche critiche⁷⁵. Ad ogni modo, in mancanza di indicazioni utili nel relativo commento e in considerazione delle posizioni contrastanti espresse sul punto durante i lavori di codificazione, è difficile ritenere che la formula adottata sintetizzi una visione realmente condivisa dai membri della Commissione. Originariamente, sia la Commissione sia il relatore speciale avevano ritenuto opportuno affrontare specificamente la questione dell’eventuale esistenza di un principio *acta sunt servanda* ispirato al principio di buona fede⁷⁶. Tale prospettiva era stata però presto abbandonata in considerazione delle notevoli difficoltà teoriche che essa avrebbe implicato⁷⁷. Solo *in extremis*, nel suo nono rapporto, il relatore speciale aveva nuovamente sollevato la questione del fondamento giuridico della natura vincolante degli atti unilaterali degli Stati, con una proposta di principio-guida n. 10, che individuava tale fondamento, cumulativamente, nel principio di buona fede e nell’intenzione di vincolarsi espressa dall’autore dell’atto⁷⁸. I lavori di codificazione erano ormai in fase di conclusione e non c’era più spazio per riprendere la discussione su questo profilo. Di conseguenza, nel corso del dibattito nella formazione plenaria fu semplicemente suggerita la cancellazione del progetto di principio-guida

⁷⁴ “One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confidence are inherent in international co-operation, in particular in an age when this co-operation in many fields is becoming increasingly essential. Just as the very rule of *pacta sunt servanda* in the law of treaties is based on good faith, so also is the binding character of an international obligation assumed by unilateral declaration. Thus interested States may take cognizance of unilateral declarations and place confidence in them, and are entitled to require that the obligation thus created be respected”: sentenza, *cit.*, p. 268, par. 46.

⁷⁵ Tanto più che in un altro passaggio della stessa sentenza la vincolatività delle dichiarazioni in causa sembra essere invece ricondotta alla volontà del dichiarante: “[w]hen it is the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking, the State being thenceforth legally required to follow a course of conduct consistent with the declaration” (*ibidem*, 267, par. 43).

⁷⁶ V., rispettivamente, *addendum* n. 3 all’*ILC Report* 1996, *cit.*, 142, par. 8 e Victor RODRÍGUEZ CEDEÑO, *First report*, *cit.*, p. 337, par. 157.

⁷⁷ *ILC Report* 2002, *cit.*, p. 82, par. 354.

⁷⁸ Cf. Victor RODRÍGUEZ CEDEÑO, *Ninth report*, *cit.*, p. 177, par. 156.

n. 10, di cui non è rimasta alcuna traccia nel testo finale approvato della Commissione⁷⁹.

Più in generale, la codificazione è stata fortemente condizionata dalla scelta del relatore speciale di seguire, in conformità alle indicazioni fornite dalla stessa Commissione nel programma a lungo termine definito nel 1996⁸⁰, il modello della codificazione del diritto dei trattati, sul presupposto, motivato alla luce della riconducibilità tanto degli accordi quanto degli atti unilaterali a manifestazioni di volontà degli Stati, della (almeno tendenziale) identità delle questioni da affrontare nell'ambito delle due codificazioni⁸¹. Si tratta di una scelta che ha incontrato durissime opposizioni all'interno della Commissione⁸², ma sulla quale Rodríguez Cedeño ha continuato nella sostanza a insistere. Difatti, benché, anche probabilmente per rispondere alle critiche che gli venivano mosse su questo piano, egli sembrasse aver voluto ridimensionare il rilievo del riferimento alla Convenzione di Vienna del 1969, qualificando i rapporti tra la codificazione del diritto dei trattati e quella del diritto degli atti unilaterali in termini di "flexible parallelism"⁸³, appare innegabile che la Convenzione ha rappresentato "an essential source of inspiration" per la redazione dei *draft articles* sottoposti alla Commissione⁸⁴. Il relatore non se ne è discostato significativamente neanche per l'elaborazione delle proposte relative ai Principi-guida⁸⁵.

In effetti, la scelta di adottare la Convenzione di Vienna come modello ha avuto un impatto che va ben oltre la redazione delle singole disposizioni. In particolare, la conseguenza più deleteria è stata quella di attribuire importanza ad aspetti che non hanno una reale rilevanza nella prassi delle dichiarazioni unilaterali, e rispetto ai quali l'elaborazione di regole specifiche appariva sin dall'inizio velleitaria in mancanza di dati di una certa

⁷⁹ V. l'intervento di Economides, UN Doc. A/CN.4/2887 del 4 luglio 2006, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. I, 120 ss., p. 124, par. 23.

⁸⁰ V. l'*addendum 3* all'*ILC Report 1996*, cit., p. 141, par. 3, lett. d).

⁸¹ V. ad esempio Victor RODRÍGUEZ CEDEÑO, *Second report*, cit., p. 198, paragrafi 19 e 21, e p. 200, par. 41.

⁸² V. *ILC Report 1999*, cit., pp. 133-134, par. 534.

⁸³ Victor RODRÍGUEZ CEDEÑO, *Third report*, cit., p. 251, par. 22.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 250, par. 12.

⁸⁵ Il nono rapporto, infatti, ancora si rifaceva ampiamente alla Convenzione di Vienna, soprattutto per la definizione delle cause di invalidità, di estinzione e di sospensione degli atti unilaterali. Cfr. Victor RODRÍGUEZ CEDEÑO, *Ninth report*, cit., p. 153, par. 12 e *passim*.

consistenza e coerenza⁸⁶. Al tempo stesso, essa ha portato a trascurare alcuni problemi specifici degli atti unilaterali, che sono stati completamente ignorati dal testo finale.

Va segnalato infine che la formulazione dei Principi-guida risulta basata quasi esclusivamente sulla giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia⁸⁷, sebbene all'interno della Commissione alcuni membri avessero osservato che i precedenti più significativi "presented a confusing picture"⁸⁸. La deferenza mostrata nei confronti della Corte ha condotto così ad accogliere piuttosto acriticamente delle soluzioni che in dottrina hanno dato luogo a letture divergenti. Al tempo stesso, la mancanza di pronunce su certi aspetti specifici può essere considerata tra le cause di alcune delle lacune prima segnalate⁸⁹.

⁸⁶ V. Christian TOMUSCHAT, *Unilateral Acts under International Law*, op. cit., p. 1492.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 1492-1493. Il punto è sottolineato anche da Christian ECKART, *Promises of States under International Law*, op. cit., p. 184.

⁸⁸ V. le osservazioni di Dugard, in UN Doc. A/CN.4/SR.2526 del 7 maggio 1998, *YILC*, 1998, vol. I, p. 49, par. 5.

⁸⁹ Così Christian ECKART, *Promises of States under International Law*, op. cit., p. 184.

REFLEXÕES EM TORNO DAS DIFICULDADES PROBATÓRIAS NO CRIME DE ABUSO SEXUAL DE PESSOA INCAPAZ DE RESISTÊNCIA PRATICADO CONTRA INDIVÍDUOS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL

Maria João Lourenço*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.9>

1. Notas introdutórias

De acordo com a American Psychiatric Association (APA) cerca de 1% da população sofre de transtorno do desenvolvimento intelectual (*vulgo* deficiência intelectual) e a prevalência de deficiência intelectual grave é de 0,006%¹. Os censos de 2011 aferiram que em Portugal, à data, 1.088.412

* Doutoranda em Ciências Jurídicas na Escola de Direito da Universidade do Minho e Assistente Convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho. Contacto de email: mjlourenco@direito.uminho.pt. Nos anos letivos de 2007/2008 e 2010/2011 teve o privilégio de ser aluna da Professora Doutora Benedita Mac Crorie, por quem sempre nutriu a maior estima e admiração e em quem vê um exemplo notável de excelência pessoal e profissional, e que sempre a inspirou no exercício das suas atividades académicas. Em sua memória escreveu este artigo.

¹ Cf. American Psychiatric Association, *DSM-5: Manual de Diagnóstico e Estatístico das Perturbações Mentais*, 5ª ed., Lisboa, Climepsi Editores, 2014. Para não entrarmos em discussões que extravasariam o objeto e objetivo do nosso estudo (mormente a respeito do respeito da terminologia e do respetivo quadro cognitivo), acompanhamos

mulheres e 704.307 homens (num total de 1.792.719 pessoas) sofriam de, pelo menos uma incapacidade. Destas, quase meio milhão não conseguia executar algum tipo de ação como ver, ouvir, andar, memorizar, tomar banho, vestir-se sozinho, compreender os outros ou fazer-se compreender². Esta é a realidade.

Do relatório anual de 2021 elaborado pela Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV) constam como tendo sido registados no sistema judicial treze crimes de abuso sexual de pessoa incapaz (praticados contra adultos) e seis crimes de abuso sexual de pessoa incapaz (praticados contra crianças e jovens)³. Mas esta não é a realidade.

Ainda que parcos, os estudos já desenvolvidos mostraram de forma reiterada e consistente que os indivíduos com deficiência intelectual são mais propensos a serem vítimas de violência sexual do que os não portadores dessa deficiência⁴. Algumas das conclusões a que chegaram são inquietantes: 49% das pessoas com deficiência intelectual vive dez ou mais episódios de abuso sexual durante a sua vida, mais de 90% das pessoas com deficiência de desenvolvimento sofre de abuso físico ou sexual pelo menos uma vez na sua vida e 70% das mulheres internadas em estabelecimentos de psiquiatria sofre de abuso físico ou sexual⁵. Esta é a realidade.

Contudo, estes números não têm eco na comunidade científica. Com efeito, são dispersos e escassos os trabalhos de investigação desenvolvidos sobre o abuso sexual de pessoas com transtornos do desenvolvimento

de perto a moldura desenvolvida pela APA nesta referência e, nessa linha, usaremos indistintamente, os termos “transtorno do desenvolvimento intelectual” e “deficiência intelectual”.

² Cf. Instituto Nacional de Estatística, *Censos 2011 Resultados Definitivos – Portugal*, disponível em https://censos.ine.pt/xportal/xmain?xpid=CENSOS&xpgid=ine_censos_publicacao_det&contexto=pu&PUBLICACOESpub_bo ui=73212469&PUBLICACOESmodo=2&selTab=tab1&pcensos=61969554. ISBN 0872-6493 [20.07.2022]. À data não se encontravam disponíveis os resultados consolidados dos censos de 2021, pelo que não foi possível apresentar os dados mais recentes.

³ Cf. APAV, *Estatísticas APAV: relatório anual 2021*, disponível em https://apav.pt/apav_v3/images/press/Relatorio_Anual_2021.pdf [20.07.2022].

⁴ Cf. Rebecca S. CHAVE-COX, “Forensic examination of the mentally disabled sexual abuse complainant”, *Journal of Forensic and Legal Medicine*, nº 25, 2014, pp. 71-75, p. 71, disponível em <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/24931867/> [02.07.2022]; Glynis H. MURPHY, “Capacity to consent to sexual relationships in adults with learning disabilities”, *Journal of Family Planning and Reproductive Health Care*, nº 29, 2003, pp. 148-149, disponível em <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/12885309/> [23.06.2022]; e Jamie P. MORANO, “Sexual abuse of the mentally retarded patient: medical and legal analysis for the primary care physician”, *Primary care companion to the Journal of clinical psychiatry*, nº 3, 2001, pp. 126-135, disponível em <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/15014610> [23.06.2022].

⁵ *Apud* Rebecca S. CHAVE-COX, “Forensic examination ...”, *op. cit.*, p. 71.

intelectual⁶. Na literatura, a relação entre a deficiência intelectual e o abuso sexual foi uma das problemáticas que mais tarde começou a ser trabalhada e ainda hoje a maioria dos autores que se dedica a estudar o fenómeno sublinha a insuficiência de trabalhos e a escassez de conhecimento sobre o tema⁷. Pese embora nem sempre os seus resultados se mostrem satisfatórios ou coincidentes, os ensaios já desenvolvidos espelham uma particular preocupação com a perceção dos fatores que aumentam a vulnerabilidade da vítima e com a compreensão dos danos decorrentes do abuso⁸.

No presente artigo adiantamos algumas explicações para a falta de estudos sobre esta realidade. Mas esse não é o nosso objetivo principal. Para lá de chamar atenção para o desfasamento entre a realidade e os números oficiais, pretendemos refletir sobre as acutilantes dificuldades probatórias no crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência praticado contra pessoa com transtorno do desenvolvimento intelectual. Depois de traçarmos considerações iniciais sobre o quadro cognitivo destas vítimas e de melhor compreender os fatores que aumentam a sua vulnerabilidade, debatemos então essas dificuldades probatórias e chamaremos atenção para o longo caminho a percorrer.

2. Brevíssimas considerações sobre o transtorno do desenvolvimento intelectual

A APA define o transtorno do desenvolvimento intelectual, que insere capítulo das perturbações do neurodesenvolvimento, como um transtorno que se inicia no período de desenvolvimento e que se caracteriza por um funcionamento intelectual significativamente inferior à média dos indivíduos, acompanhado de défices funcionais (tanto intelectuais como adaptativos) com impacto manifesto em várias áreas da vida pessoal, profissional e social⁹. Um diagnóstico deste tipo exige que se ateste não só a existência de défices

⁶ Cf. Miguel Ángel VERDUGO *et al.*, “El abuso sexual ...”, *Psicothema*, vol. 14, 2002, pp. 124-129, p. 124.

⁷ Cf. Miguel Ángel VERDUGO *et al.*, “El abuso sexual ...”, *op. cit.*, p. 124.

⁸ Cf. Miguel Ángel VERDUGO *et al.*, “El abuso sexual ...”, *op. cit.*, p. 124.

⁹ Seguimos de perto, nestas breves notas, American Psychiatric Association, *DSM-5: Manual de Diagnóstico e Estatístico das Perturbações Mentais*, *op. cit.*

em capacidades mentais genéricas (como raciocínio, resolução de problemas, planejamento, pensamento abstrato, aprendizagem acadêmica e aprendizagem por experiência), como ainda que tais perturbações afetem o funcionamento adaptativo do indivíduo, não lhe permitindo atingir padrões de desenvolvimento socioculturais em relação à sua independência e responsabilidade pessoal em um ou mais domínios (como sejam os relacionados com a vida diária, dificuldades na comunicação, aptidões sociais, aptidões acadêmicas, aptidões profissionais, saúde e segurança) e cujo início se tenha verificado antes do período de desenvolvimento.

O transtorno do desenvolvimento intelectual pode ser classificado em quatro tipos de gravidade (leve, moderada, grave e profunda) tendo por referência o funcionamento adaptativo do indivíduo, aferido em função das dificuldades nos domínios conceitual, social e prático.

Nos casos de transtorno de gravidade leve, as diferenças no domínio social são mais acentuadas nos adultos que apresentam, relativamente aos indivíduos sem deficiência intelectual, um pensamento mais abstrato, memória de curto prazo e maiores dificuldades no uso funcional de capacidades acadêmicas. No domínio funcional, mostram-se mais imaturos do que as demais pessoas da mesma idade (seja ao nível da comunicação, como de compreensão e/ou linguagem), podendo verificar-se por vezes até dificuldades de regulação da emoção e do comportamento de uma forma adequada à idade e/ou compreensão limitada do risco em situações sociais, o que os torna mais propensos a manipulação. No domínio prático, na idade adulta, estes indivíduos podem necessitar de algum apoio para realizar as tarefas complexas da vida diária e para tomar decisões de cuidados de saúde e decisões legais, bem como para aprender a desempenhar uma profissão de forma competente.

A classificação do transtorno como moderado ocorre quando, no domínio conceitual, se denota um défice das aptidões conceituais individuais comparativamente com os indivíduos sem deficiência intelectual, mostrando-se necessário apoio e assistência contínua diária para a realização de tarefas quotidianas. No domínio social, a linguagem mostra-se muito pouco complexa, mas a capacidade de relacionamento é evidente e o indivíduo pode manter amizades bem-sucedidas na vida e, por vezes, relacionamentos românticos na vida adulta. Mantém-se no domínio social uma limitada capacidade de tomar decisões, com necessidade de apoio social e de comunicação para o

sucesso nos locais de trabalho. Apesar disso, no domínio prático os indivíduos são capazes de satisfazer necessidades pessoais, ainda que necessitem de um período prolongado de ensino e de tempo para que se tornem independente nessas áreas.

Os casos de transtorno grave caracterizam-se por os indivíduos apresentarem um alcance limitado de capacidades conceituais, tendo pouca compreensão da linguagem escrita ou de conceitos que envolvam números, quantidade, tempo e dinheiro. No domínio social, a linguagem falada é bastante limitada em termos de vocabulário e gramática, sendo composta de palavras ou expressões isoladas, com possível suplementação por meios alternativos. A fala centra-se sobretudo para comunicação social e não em explicações, entendendo apenas discursos e comunicação gestual simples. Em termos de competências práticas, necessitam de apoio para todas as atividades quotidianas (inclusivamente relacionadas com alimentação e higiene pessoal), assim carecendo de supervisão em todos os momentos.

Num nível profundo de transtorno, as competências conceituais costumam envolver mais o mundo físico do que os processos simbólicos e a ocorrência concomitante de prejuízos motores e sensoriais pode impedir o uso funcional de objetos. No domínio social, os indivíduos apresentam compreensão muito limitada da comunicação simbólica na fala ou nos gestos, havendo expressão dos próprios desejos e emoções pela comunicação não verbal. São sobretudo apreciados e valorizados os relacionamentos com os cuidadores e membros bem conhecidos da família. Também a ocorrência de prejuízos sensoriais e físicos pode impedir muitas atividades sociais. Em termos práticos, os indivíduos dependem de outros para todos os aspetos do seu quotidiano e a existência dos referidos prejuízos físicos e sensoriais mostra-se uma frequente barreira à participação (além da observação) em atividades domésticas, recreativas e profissionais.

3. A especial vulnerabilidade das pessoas com deficiência intelectual ao abuso sexual

A deficiência intelectual é, pois, uma condição heterogénea com múltiplas causas e diferentes quadros, podendo estar relacionada com dificuldades

associadas ao juízo social, à avaliação de riscos, ao autocontrolo do comportamento, das emoções ou das relações interpessoais ou à motivação na escola ou nos ambientes de trabalho. Sobretudo nos casos de transtornos de nível grave, moderado e profundo, as dificuldades de comunicação podem predispor a adoção de comportamentos disruptivos ou agressivos e a credulidade costuma ser uma característica, envolvendo ingenuidade em situações sociais e tendência a ser facilmente conduzido pelos outros.

O senso comum diz-nos que a credulidade e falta de consciência sobre os riscos podem resultar no abuso e exploração por outros indivíduos. Também a realidade assim nos parece permitir concluir. Estima-se que a prevalência do crime de abuso sexual sobre portadores de deficiência intelectual seja de quatro a dez vezes superior à da população em geral¹⁰.

As razões para que assim seja são de diversa natureza. Os estudos já desenvolvidos justificam esta discrepância com o facto de muitas destas vítimas viverem socialmente isoladas e estarem dependentes de terceiros. A sua vulnerabilidade é, por isso, particularmente agravada quando o agressor é a pessoa que lhes presta cuidados (o que sucede em elevada percentagem de casos¹¹). Também por terem maior dificuldade na avaliação dos riscos são mais facilmente manipuladas e quando o abusador se apresenta como alguém que fará algo para as beneficiar, acreditam que todos os seus atos serão praticados em seu benefício¹². O facto de apresentarem défices de assertividade e dificuldades no uso da negação e de o seu estilo de vida ser baseado na obediência a ordens de outros poderá ainda promover a sua submissão e obediência e, pois, a consentir ou permitir atos abusivos¹³. Outro dos fatores para a sua vulnerabilidade apontado na literatura prende-se com o estado emocional destes indivíduos, que não raras vezes se mostram mais carentes e mais propensos a dar e receber afeto e, em certas situações, tais manifestações poderem ser falsamente interpretadas como incentivo sexual¹⁴. Igualmente, a

¹⁰ Cf. Jamie P. MORANO, "Sexual abuse...", *op. cit.*, p. 130.

¹¹ Cf. Jamie P. MORANO, "Sexual abuse...", *op. cit.*, p. 130.

¹² Cf. Darja ZAVIRSEK, "Pictures and silences: memories of sexual abuse of disabled people", *International journal of social welfare*, vol. 11, nº 4, 2002, pp. 270-285, pp. 276 e 277, disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1468-2397.00237> [05.06.2022].

¹³ Cf. Darja ZAVIRSEK, "Pictures and silences...", *op. cit.*, pp. 276 e 277.

¹⁴ Cf. Rebecca S. CHAVE-COX, "Forensic examination ...", *op. cit.*, p. 72.

sua vontade de terem o mesmo tratamento que os indivíduos sem deficiência intelectual pode manifestar-se numa maior dificuldade em recusar uma atenção afetuosa, mesmo que abusiva, e por isso levá-los a consentir a prática de tais atos¹⁵. Noutras situações, quando estes indivíduos sofrem de deficiências intelectuais mais severas, podem até nem se aperceber do abuso sexual. E em muitas situações, mesmo que dele se apercebam, desconhecem as temáticas da sexualidade e do abuso e por isso não têm consciência da sua ilicitude¹⁶. A acrescer, as frequentes dificuldades de comunicação podem dificultar ou impedir o relato dos atos e revelam-se assim como uma importante fonte de vulnerabilidade. Por fim, contribui para este aumento de vulnerabilidade a ideia generalizada – mas errónea – de que as pessoas com deficiência intelectual são sexualmente inativas, desprovidas de sentimentos e impulsos sexuais¹⁷ e que por essa razão não será necessária uma atenção especial a estes indivíduos em matéria de abuso sexual.

Este ponto de partida, que esmorece a educação e a formação destes indivíduos sobre a sexualidade, aliado a todas as condições descritas, torna-as assim vítimas particularmente vulneráveis. E vítimas esquecidas.

Esta vulnerabilidade e o esquecimento são ainda potenciados pela menor credibilidade que lhes é atribuída pelo sistema judicial, que tende a desconfiar da fiabilidade do seu testemunho. Tudo isto contribui não apenas para a sensação de desamparo por parte das pessoas portadoras de transtorno do desenvolvimento intelectual vítimas de abuso sexual, como para o desincentivo à denúncia destas situações. Estima-se que apenas 3% dos casos de abuso sexual contra pessoas com deficiência intelectual são reportados¹⁸.

¹⁵ Cf. Carla MACHADO, “Avaliação de alegações de abuso sexual de pessoas com deficiência mental”, *Psychologica*, nº 48, 2008, pp. 293-315, p. 295; Glynis H. MURPHY, “Capacity to consent ...”, *op. cit.*

¹⁶ Numa entrevista realizada a 28 cuidadores de pessoas com deficiência intelectual estes assumiram sentirem-se desconfortáveis a abordar este tema com os indivíduos e por vezes até algum desencorajamento - G. EASTGATE *et al.*, “Intellectual disability, sexuality and sexual abuse prevention: a study of family members and support workers”, *Australian family physician*, nº 41, 2012, pp. 135-138, disponível em https://www.researchgate.net/publication/221683681_Intellectual_disability_sexuality_and_sexual_abuse_prevention_A_study_of_family_members_and_support_workers [20.06.2022]; e Jamie. P. MORANO, “Sexual abuse...”, *op. cit.*, p. 131.

¹⁷ Cf. L. PLATT *et al.*, “The role of gender in violence experienced by adults with developmental disabilities”, *Journal of interpersonal violence*, nº 32, 2015, pp. 101-129, disponível em <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0886260515585534> [06.07.2022]. O reconhecimento do direito à sexualidade não é hoje questão controversa. De facto, quando, na década de 70 do século passado os direitos das pessoas portadoras de deficiência intelectual foram consagrados pela ONU, ficou expressamente reconhecido o seu direito e necessidade de educação sexual.

¹⁸ D. Valenti-Hein e L. Schwartz *apud* Rebecca S. CHAVE-COX, “Forensic examination ...”, *op. cit.*, p. 72.

Para isto concorrem alguns dos motivos que atrás referenciamos a respeito da especial vulnerabilidade destas vítimas, como sejam a falta de percepção de abuso e as dificuldades de comunicação. Mas concorrem outros mais, como as dificuldades logísticas na deslocação de casa às instituições em que se desenrola o processo judicial e o receio de que as instâncias não acreditem no seu depoimento por não o considerarem credível. Além de tudo isto, não deve ser desconsiderado que em muitas destas situações de abuso sexual a vítima está dependente do seu representante legal para apresentação da respetiva queixa. Ora, se lembramos que muitas vezes ele será o próprio agressor, rapidamente somos levados a concluir que este será um dos principais motivos pelos quais é reportado um número tão insignificante de casos de abuso sexual contra pessoa com deficiência intelectual.

Tudo isto rivaliza para a prevalência do fenómeno numa escala global. Estamos em crer que são estes fatores que justificam os parcos e dispersos estudos desenvolvidos¹⁹. E, simultaneamente, tudo conflui para que estes indivíduos continuem à margem do sistema judicial: não são só vítimas mais vulneráveis aos abusos, como são vítimas que têm mais dificuldades em revelá-los. Este é um ciclo que dificilmente se quebrará e só esmorecerá quando prestarmos mais atenção a estas vítimas²⁰.

4. A complexidade e dificuldade probatória: exigências de uma análise multi e interdisciplinar

Mesmo quando haja apresentação de queixa, a prova do crime mostra-se particularmente difícil e complexa porque é necessário aferir se: i) foi praticado algum ato sexual de relvo ii) com pessoa inconsciente ou incapaz,

¹⁹ Além desses, o facto de o número de ocorrências denunciadas não assumir reflexo nas estatísticas oficiais e de ser difícil encetar estudos empíricos quando muitas das vezes as entrevistas com as vítimas têm que ser realizadas nos locais dos abusos ou na presença do abusador. Os estudos empíricos também se mostram complexos porque muitas destas vítimas têm dificuldade em se expressar e/ou compreender, desconhecendo até que os atos contra si praticados constituem atos abusivos.

²⁰ Muitos dos estudos desenvolvidos defendem que apenas a educação dos indivíduos portadores de deficiência intelectual sobre a temática da sexualidade e do abuso pode contrariar a realidade vivida – entre outros, Glynis H. MURPHY, “Capacity to consent ...”, *op. cit.*

por outro motivo, de opor resistência e iii) com aproveitamento deste estado de incapacidade (artigo 165º do Código Penal).

Encontramos a primeira dificuldade na operacionalização do conceito de “ato sexual de relevo”. Sem pretendermos densificá-lo, importa deixar claro que hoje é pacífico que o “ato sexual de relevo” não se deve cingir exclusivamente ao ato sexual com penetração vaginal ou anal ou quando há sexo oral, assentando antes “numa base relacional e afectiva bastante complexa, que inclui a intimidade, o respeito por si próprio e pelo outro, bem como o respeito pelo corpo e pela personalidade”²¹. Podemos então estar até perante comportamentos que não envolvam contacto físico e, sendo este um crime contra a autodeterminação sexual, nele se incluem a cópula e coito anal ou oral, mas também a prática de qualquer ato exibicionista, ato de importunação sexual ou atuação por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objeto pornográfico²². Em qualquer uma destas situações a prova não é simples, mas mostra-se ainda mais difícil quando os atos imputados ao suspeito não envolvem contacto físico porque aí a perícia de sexologia (tão relevante quando há esse contacto) pode ser inconcludente. Nestes casos, a prova cingir-se-á, no mais das vezes, às declarações da vítima que apenas podem ser valoradas após avaliação da sua capacidade de testemunhar e da credibilidade do seu relato.

As outras dificuldades surgem da exigência de o ato ter sido praticado contra pessoa inconsciente ou incapaz de lhe opor resistência e com aproveitamento desse estado. Dito de outro modo, mostra-se crucial apurar se a vítima se encontrava incapaz de formar e/ou exprimir a sua vontade relativamente ao ato sexual de relevo e se essa sua incapacidade facilitou ou possibilitou esse ato. Centrando-nos no nosso objeto de estudo, diremos então que para preenchimento do tipo objetivo do ilícito será necessário resultar provado que a vítima não dispunha de capacidade intelectual para se autodeterminar sexualmente ou que, dispondo dessa capacidade, não consentiu o ato sexual contra si perpetrado.

²¹ Cf. Isabel Marques ALBERTO, “Abuso sexual de crianças: o psicólogo na encruzilhada da ciência com a justiça”, in António Castro Fonseca *et al.* (coord.), *Psicologia Forense*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 437-470, p. 438.

²² É vasta a literatura que procura densificar este conceito. Porque não é o objeto central deste texto, julgamos ser suficiente para elucidar o leitor a leitura de Jorge de Figueiredo DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 444 e ss. O problema na operacionalização deste conceito não é exclusivamente português. Sobre as dificuldades sentidas numa interpretação interdisciplinar nos EUA, vide Jamie P. MORANO, “Sexual abuse...”, *op. cit.*, p. 131.

Como é bom de ver, qualquer resposta que se pretenda dar a cada um destes requisitos exige especiais conhecimentos de diferentes áreas do saber que os tribunais não dispõem. Por isso, para ultrapassar – ou mitigar – estas dificuldades, deve ser ordenada a realização de prova pericial. Prova esta que, cremos, deve ter natureza interdisciplinar porque, como decorre do que afirmamos, a averiguação de qualquer um dos requisitos do tipo objetivo do ilícito implica o cruzamento de diferentes saberes e competências.

4.1. Particularidades da perícia de sexologia forense: da necessária articulação com a perícia de Psicologia forense

A propósito da verificação de ato sexual de relevo não se suscitam dúvidas de que deve ser realizada perícia de sexologia e eventualmente de biologia forense não apenas para verificar e analisar a existência de sinais médico-legais identificadores ou indicadores da prática de determinado facto subsumível num tipo legal de crime sexual, mas também para, quando possível, recolha e análise de produtos biológicos (e.g. sangue, exsudates corporais) ou tecidos (e.g. cabelos, pelos) indicadores da prática do facto e possibilitadores da identificação do suspeito (p. ex., através de estudo comparativo do ADN)²³. A perícia de sexologia forense mostra-se então um meio adequado para verificar e analisar o estado de desenvolvimento sexual e quaisquer vestígios que possam indiciar violência física e/ou mero contacto físico (p. ex. manchas de esperma na roupa), bem assim como os que permitam aferir ter havido coito vaginal ou anal. Tais vestígios constituem elementos que permitirão confirmar medico-legalmente a prática de ato sexual (de natureza física praticado contra a vítima) e/ou violência e podem ser valorados como indícios quanto ao (não) consentimento da vítima.

Acontece que a realização desta perícia pressupõe, num momento inicial, a realização de uma espécie de entrevista à vítima para que esta descreva o ato, os instrumentos utilizados na sua prática e identifique o seu autor. Este momento inicial da perícia mostra-se relevante para que o perito possa

²³ Seguimos neste ponto, de perto, Diogo Paulo Lobo Machado Pinto da COSTA, *A perícia médico-legal nos crimes sexuais*, Porto, Universidade do Porto, 2000, pp. 119 e ss., disponível em https://sigarra.up.pt/fmup/pt/ucurr_geral.ficha_uc_view?pv_ocorrencia_id=400542 [22.06.2022].

posteriormente confrontar as conclusões da perícia com as declarações da pessoa examinada e conclua pela sua (in)consistência e (in)coerência. Ocorre que, no caso das vítimas portadoras de deficiência intelectual, particulares cuidados devem ser tidos aquando da realização desta entrevista porque se mostra essencial fazer uma prévia avaliação da sua capacidade de prestar declarações e da credibilidade do seu relato. Ora, esta avaliação não será da competência do perito médico forense que realiza esta perícia, mas de um psicólogo forense. Por isso mesmo dizíamos que esta perícia deve ser interdisciplinar.

Mas a intervenção do psicólogo nas perícias de sexologia pode ainda relevar-se de suma importância nas situações em que a realização deste ato se mostra dependente do consentimento do visado²⁴ porque para tal será necessário que a vítima seja capaz não só de (i) compreender as informações relevantes para a decisão, (ii) como de as reter, (iii) de as usar ou ponderar na tomada de decisão e (iv) seja por último capaz de comunicar a sua decisão (verbal ou gestualmente). Como se depreenderá, dependendo do tipo de deficiência de que padece, a vítima pode não ser capaz de prestar tal consentimento. Como sanar esta incapacidade tem sido uma das questões mais debatidas na doutrina internacional a respeito das dificuldades probatórias de que aqui nos ocupamos²⁵.

Apesar de tudo quanto foi dito, não podemos deixar de notar que a perícia de sexologia pode mostrar-se insuficiente, inconclusiva ou até mesmo negativa²⁶. De facto, nas situações em que a perícia é realizada depois de decorridas vinte e quatro horas da prática do alegado facto ou quando de discute um ato sexual que não tenha deixado ou não seja suscetível de deixar vestígios, a perícia não será por si meio de prova suficiente ou adequado.

²⁴ É o caso, p. ex., do Reino Unido. Em Portugal não se coloca esta dificuldade porque o legislador determinou a obrigatoriedade de sujeição a exame (*vide* nº 2 do artigo 172º do Código Penal e nº 1 do artigo 43º do Decreto-Lei nº 11/98, este especificamente relativo aos exames médico-legais).

²⁵ Veja-se, a título meramente sugestivo, Rebecca S. CHAVE-COX, “Forensic examination ...”, *op. cit.*, p. 73 e Jamie. P. MORANO, “Sexual abuse...”, *op. cit.*, pp. 130 e ss. Como forma de assegurar a colaboração da alegada vítima, tem sido sugerido que o perito estabeleça previamente uma relação de proximidade e confiança, salientando os principais aspetos do procedimento que vai adotar e sublinhando a importância da realização da perícia. Tudo isto, naturalmente, de forma cuidada, com linguagem que seja simples e clara e adaptada às idiosincrasias do visado e se necessário até com recurso a diferentes meios de comunicação (p. ex., desenhos, bonecos anatómicos,...)

²⁶ Cf. Teresa MAGALHÃES e Catarina RIBEIRO, “A colheita de informação a vítimas de crimes sexuais”, *Acta Médica Portuguesa*, nº 20, 2007, pp. 439-445, p. 440, disponível em http://www.eas.pt/wp-content/uploads/2014/01/A-colheita-de-informa%C3%A7%C3%A3o-ABS_tmagalhaes-e-cribeiro1.pdf [06.07.2022].

Porém, tal não significará que não tenha sido praticado o ato denunciado ou sequer que a vítima o tenha consentido: bastará pensar nas situações em que o ato não envolve contacto físico ou naquelas em que a vítima padece de uma deficiência intelectual profunda que a impeça de ter consciência do ato contra si encetado. Em nenhuma destas situações se pode considerar que o ato sexual não ocorreu ou que tenha merecido o consentimento da vítima. Precisamente por isso resulta evidente que a audição da vítima se mostra relevante não apenas para avaliar o tipo de ato alegadamente praticado, como para conhecer a forma como terá sido o mesmo perpetrado e qual o seu agente, mas também para aferir se a mesma prestou o seu consentimento aos factos denunciados e para conhecer a dimensão dos danos sofridos. Relevante será, então, complementar as conclusões desta perícia com uma perícia que atente no quadro cognitivo e emocional destas vítimas.

4.2. Particularidades da perícia de Psicologia forense: da necessária articulação com a perícia de Sexologia forense

A última afirmação parece não trazer nada de novo. E na verdade nada acrescenta se interpretada no sentido de dever-se reconhecer à vítima o direito a uma participação ativa no processo. Acontece que com essa afirmação pretendemos chamar atenção para as particularidades e dificuldades sentidas na concretização dessa participação.

Lembramos novamente que estamos perante vítimas que apresentam um quadro com perturbações ao nível do funcionamento intelectual acompanhado de défices funcionais, que se manifesta habitualmente em dificuldades associadas à avaliação de riscos, de autocontrolo do comportamento, de emoções ou de relações interpessoais. Vítimas que podem ver afetadas as suas capacidades de comunicação e compreensão. Vítimas que por vezes sofrem de uma predisposição à adoção de comportamentos disruptivos ou agressivos. Vítimas que não raras vezes apresentam dificuldades de memória, de concentração, de distinção entre verdade e falsidade e de realidade e fantasia. Vítimas que, por tudo isto, são consideradas pouco credíveis.

Este é um lugar comum que merece ser revisitado. Não é em virtude da deficiência intelectual que estas vítimas podem ser esquecidas ou sequer que lhes pode ser negado ou prejudicado um direito reconhecido aos demais.

A ser assim, estaríamos perante uma *capitis diminutio*. Julgamos que o seu direito à participação deve ser reconhecido, permitido e incentivado, ainda que adstrito ao respetivo quadro cognitivo. Porque o conhecimento deste quadro extravasa já o conhecimento de que o tribunal dispõe, esta participação deve ser decidida após realização de perícia de psicologia forense. Esta perícia permitirá ao tribunal conhecer este quadro cognitivo e aferir da capacidade de testemunho e da credibilidade das declarações da vítima. Mas não só. A par da perícia de sexologia forense, esta perícia pode mostrar-se um meio de prova particularmente relevante para a avaliação das alegações de abuso (i.e. para averiguar se a vítima terá ou não prestado o seu consentimento ou se estava em condições de formar e/ou exprimir a sua vontade relativamente ao ato) e para avaliação dos danos sofridos em virtude do abuso sexual. Nestas duas situações, as declarações da vítima podem e (devem) ser complementadas e confrontadas com as conclusões da perícia de sexologia forense, que assim constitui um importante elemento de que o psicólogo poderá lançar mão aquando da avaliação da credibilidade das declarações da vítima. Reiteramos, assim, a necessidade de uma análise multi e interdisciplinar destas situações.

Pese embora os reconhecidos méritos desta articulação, temos que sublinhar que estas avaliações não revestem simplicidade e que os seus resultados não devem ser cristalizados. Efetivamente, os psicólogos forenses que atuam na qualidade de peritos em situações deste tipo chamam reiteradamente atenção para a complexidade destas avaliações e para a necessidade de uma valoração cuidada das mesmas, que não deve desconsiderar as suas especificidades. Para melhor compreendermos estas preocupações passamos a apresentar, brevemente, algumas considerações sobre cada uma das avaliações e contributos que mencionamos.

4.2.1. Da avaliação da capacidade de testemunho e da validade e veracidade das alegações

Como descrevemos já, a admissibilidade de participação ativa de uma vítima de abuso sexual que seja portadora de deficiência intelectual mostra-se dependente de um conhecimento do seu quadro cognitivo. A perícia de psicologia mostra-se o meio adequado para realização de tal avaliação, mas também um meio essencial para avaliação da capacidade de testemunho destas vítimas sobre o alegado abuso e para aferição da sua validade e credibilidade.

Este é outro ponto que se tem mostrado problemático. Se tal não está (nunca, diríamos) isenta de dificuldades²⁷, estas assumem particular natureza nessas situações porque os procedimentos para a avaliação já desenvolvidos para vítimas não portadoras de deficiência intelectual devem ser adaptados às idiossincrasias destes indivíduos. Estas adaptações são particularmente relevantes na construção da relação e da pré-avaliação desenvolvimental²⁸. Não podemos esquecer que nestes casos são recorrentes as limitações comunicacionais e as dificuldades em significar as experiências, bem assim como em compreender os comportamentos sociais e identificar determinadas atuações como abusivas²⁹. Como forma de as contornar, os psicólogos forenses têm procurado aplicar um formato de avaliação que não se afaste qualitativamente das metodologias tipicamente usadas na avaliação do abuso sexual, com a particularidade de se ajustar às capacidades cognitivas que o sujeito apresente³⁰. O ponto de partida tem sido seguir os protocolos usados especificamente na avaliação de credibilidade de crianças mais novas nos casos de abuso sexual – assim seguindo protocolos estruturados para potenciar as informações fornecidas – mas com algumas adaptações³¹.

Uma proposta para avaliação das alegações de abuso sexual e do seu impacto por portadores de deficiência intelectual foi desenvolvida pela Unidade de Consulta em Psicologia da Justiça da Universidade do Minho (UCPJUM)³². De acordo com esta, quando o tribunal solicita a avaliação das alegações de abuso de uma alegada vítima de abuso sexual portadora de transtorno do desenvolvimento intelectual, o perito que vier a ser desig-

²⁷ Considerando a vastidão sobre a matéria, é-nos inviável apresentar aqui uma lista de referências que seja representativa da literatura desenvolvida pela psicologia do testemunho. Em todo o caso, sugerimos a leitura dos vários textos publicados na obra Marlene MATOS *et al.* (coords.), *Manual de Psicologia Forense: contextos, desafios e práticas*, Braga, Psiquilíbrios Edições, 2011.

²⁸ Cf. Olga CRUZ e Carla MACHADO, “Avaliação psicológica das alegações de abuso em pessoas com deficiência mental”, in Marlene Matos *et al.* (coords.), *Manual de Psicologia Forense...*, *op. cit.*, pp. 123-142, p. 123.

²⁹ Cf. Olga CRUZ e Carla MACHADO, “Avaliação psicológica ...”, *op. cit.*, p. 123.

³⁰ Cf. Carla MACHADO, “Avaliação de alegações de abuso sexual ...”, *op. cit.*, p. 298; Olga CRUZ e Carla MACHADO, “Avaliação psicológica ...”, *op. cit.*, p. 123.

³¹ Cf. Carla MACHADO, “Avaliação de alegações de abuso sexual ...”, *op. cit.*, p. 298.

³² Maiores detalhes sobre o protocolo, objetivos de cada fase e exemplos de questões a colocar, podem ser encontrados em Olga CRUZ e Carla MACHADO, “Avaliação psicológica ...”, *op. cit.*; Carla MACHADO *et al.*, “Avaliação psicológica de vítimas de abuso sexual”, in Marlene Matos *et al.* (coords.), *Manual de Psicologia Forense: contextos, práticas e desafios*, Braga, Psiquilíbrios Edições, 2011, pp. 91-122. Seguindo de perto estes autores, traremos para este artigo os principais pontos que nos permitirão apontar caminhos para futuro.

nado para realizar essa avaliação deverá orientá-la em cinco fases, assim estruturadas:

Fase 1: estabelecimento de relação. Nesta fase inicial, o psicólogo deve procurar criar laços de confiança com a pessoa a avaliar e assegurar que presta todas as orientações sobre a forma como decorrerá o processo de avaliação, de molde a que a vítima se sinta confiante e confortável para cooperar no processo avaliativo.

Fase 2: pré-avaliação desenvolvimental. Após, deve o psicólogo começar por perceber se o indivíduo é capaz de produzir relatos credíveis sobre as suas experiências. Esta fase tem como principal objetivo avaliar o nível de funcionamento cognitivo, emocional e comportamental do avaliado. Tal mostra-se possível mediante aplicação de um conjunto de metodologias que permitam conhecer o seu nível de inteligência e de conhecimento sobre o seu corpo e sexualidade e analisar a sua capacidade para discriminar comportamentos positivos de abusivos. Pode também ser nesta fase, quando solicitada a avaliação dos danos, explorado o ajustamento do indivíduo antes e depois dos factos alegados para valoração do respetivo impacto.

Fase 3: avaliação dos alegados factos, da sua validade e veracidade. Depois de estabelecida a relação de confiança e da análise do nível de funcionamento cognitivo, emocional e comportamental do indivíduo, deverá o psicólogo fazer uso do roteiro de avaliação das alegações de abuso produzidas por crianças³³, devidamente adaptado e adequado ao quadro apresentado pela vítima em avaliação. O indivíduo apresenta-se nesta fase sozinho com o psicólogo, que deve preferir um diálogo livre, orientado pelo próprio avaliado. Quando este apresente maiores dificuldades de comunicação ou compreensão, pode ser a entrevista completada com metodologias representativas (p. ex., Touch Survey ou recurso a bonecos anatómicos). Deverá ser introduzido o tópico do abuso sexual e questionado o indivíduo sobre alguns factos com o mesmo relacionado (p. ex., para descrever o sucedido, o local, a quem contou, quantas vezes ocorreram situações idênticas, qual a sua reação na altura, se foi ameaçado para não contar um segredo, se alguma vez foi tocado de forma que não quisesse,...). Esta fase deve desenvolver-se em várias sessões.

³³ Cf. Olga CRUZ e Carla MACHADO, “Avaliação psicológica ...”, *op. cit.*, p. 132.

Num primeira sessão, deve ser feita a avaliação da validade das declarações do avaliado, i. e., se as suas alegações se mostram suficientemente “robustas e amplas”³⁴ para que possam ser submetidas a uma análise de veracidade. Nesta apreciação deverá o psicólogo ponderar a (in)existência de consistência interna, a (in)consistência externa, a (in)consistência entre relatos, a (im)persistência dessas declarações e a (in)consistência do que é relatado com as leis científicas e da natureza (e, acrescentamos nós, com as demais informações constantes dos autos, como p. ex., relatório da perícia de sexologia). A consistência pode ser aferida numa segunda entrevista em que se solicita ao avaliado que discorra sobre os mesmos factos e aspetos aludidos na entrevista anterior.

Caso na avaliação se conclua que as declarações não preenchem estes critérios, a avaliação deve findar. Mas neste caso deve notar-se que isso não significa que as declarações prestadas sejam falsas, competindo ao perito comunicar e explicar as suas conclusões decorrentes da avaliação ao tribunal e elucidando-o sobre este mesmo aspeto. Nesta situação mostra-se importante que seja ordenada a produção de outros tipos de prova.

Nas demais situações, i. e., quando o psicólogo conclua pela validade das alegações, deve iniciar-se posteriormente a avaliação da sua veracidade. Esta avaliação não é, como reconhecido pelos psicólogos forenses, alicerçada num algoritmo infalível, mas orientada por um conjunto de critérios e estratégias que procuram orientar o perito forense nesta tarefa. A UCPJUM agregou como indicadores a compatibilidade do relato com a sintomatologia apresentada e com os indicadores de veracidade que resultem da investigação, sem deixar de se poder ainda ponderar hipóteses alternativas (procurando perceber se o indivíduo consegue distinguir a realidade da mentira e fantasia e se as alegações não decorrem de erros interpretativos ou introduzidas por outrem)³⁵. Também a quantidade de detalhes e descrição do pensamento, sentimentos e motivações do avaliado e do agressor podem mostrar-se relevantes para este juízo. Conforme se disse, nestas entrevistas deve preferir-se o relato livre, mediado por questões de forma aberta e diretas. Para além destes cuidados, não devem ser esquecidas as preocupações habituais que decorrem

³⁴ Cf. Carla MACHADO *et al.*, “Avaliação psicológica de vítimas de abuso sexual...”, *op. cit.*, p. 102.

³⁵ Cf. Carla MACHADO *et al.*, “Avaliação psicológica de vítimas de abuso sexual...”, *op. cit.*, pp. 102 e ss.

da necessidade de adequação da linguagem e da forma como as questões diretas são colocadas, não devendo ser apresentadas de forma sugestiva, nem numa dimensão abstrata ou com vista a uma resposta monossilábica ou de escolha múltipla ou que possam ser interpretadas como juízos de valor (p. ex., se o psicólogo questionar “porquê?” o avaliado pode julgar que a resposta anterior estava errada e tende a responder de outra forma). Sucede que, na avaliação de pessoas portadoras de deficiência intelectual, nem sempre se mostra possível seguir estas orientações muito por força das dificuldades de comunicação e compreensão apresentadas pelo avaliado, mas também pelas maiores dificuldades de memória ou de expressar e conhecer sentimentos e comportamentos abusivos. Pode por isso mostrar-se pertinente recorrer a bonecos anatomicamente corretos ou ao levantamento daquele tipo de questões, com as devidas reservas e esclarecimentos adicionais.

Fase 4: avaliação do impacto dos alegados factos. Nesta fase as preocupações centram-se no apuramento de eventuais danos que tenham sido sofridos pela vítima. As limitações apresentadas pelos sujeitos avaliados dificultam a aplicação dos parâmetros gerais de avaliação do dano e dificultam a sua compreensão. Deve ser, porém, procurado conhecer o ajustamento global do sujeito, a prevalência de medo, de sintomatologia ansiosa e de sintomas depressivos. Esta avaliação por vezes mostra-se dependente não apenas do que é mencionado e manifestado pela vítima, mas por diligências encetadas junto de informadores privilegiados (como cuidador primário, educador e demais responsáveis). Como se compreenderá, esta fase mostra-se relevante não apenas para avaliação das alegações do abuso, mas também para em momento posterior o tribunal conhecer a extensão das consequências do abuso, designadamente para efeitos indemnizatórios.

Fase 5: avaliação dos fatores protetores e de risco. Numa fase final o psicólogo deve procurar conhecer os fatores de proteção e risco do avaliado. Esta não é uma nota de somenos importância porque os indivíduos com deficiência intelectual tendem a ser mais vulneráveis a atos abusivos e a ter mais dificuldades na perceção do risco. Para se aferir o risco de vitimização³⁶ importa então conhecer as características do indivíduo (p. ex., qualidade do

³⁶ Cf. Olga CRUZ e Carla MACHADO, “Avaliação psicológica ...”, *op. cit.*, p. 123; e Carla MACHADO, “Avaliação de alegações de abuso sexual ...”, *op. cit.*, pp. 305-307.

ajustamento em diversas áreas, capacidades comunicacionais, percepção de situações de risco e redes de apoio), mas também da sua família (p. ex., precedentes de situações abusivas, carências económicas e/ou habitacionais, crença na assexualidade do indivíduo, capacidade de proteger o sujeito) e meio que o rodeia (p. ex. suporte social, formal e informal e proximidade e/ou facilidade de contacto do alegado agressor com o indivíduo)³⁷.

Mais uma vez deve sublinhar-se que a avaliação não permite uma resposta cristalina. Este é um protocolo que exige uma aplicação adaptada a cada sujeito. Não podemos esquecer que dentro do quadro de deficiência intelectual encontramos sempre pessoas com um funcionamento global inferior à média, acompanhado de défices no funcionamento adaptativo em pelo menos uma das seguintes áreas: comunicação, cuidados próprios, vida doméstica, aptidões sociais, autocontrolo, aptidões académicas funcionais, saúde e segurança. Tudo isto permite compreender o prejuízo para a avaliação forense³⁸ e a sua necessidade de adaptação casuística. Precisamente por isso, alguns dos trabalhos desenvolvidos sobre a temática procuram tecer orientações para a realização destas avaliações.

De entre estas, o alerta de que as avaliações devem ser conduzidas por psicólogos especializados na avaliação forense e nas temáticas de abuso sexual, deficiência intelectual e sexualidade e, na sua ausência, por psicólogos forenses com experiência na avaliação de abuso sexual de crianças mais novas por serem mais capazes de se adaptar às especificidades do sujeito, assim melhor adequando a sua abordagem. Ainda a respeito do profissional forense que deve conduzir a entrevista foi avançado – mesmo que não de forma consensual – que o sexo do perito deve corresponder ao género da vítima por habitualmente ser mais fácil descrever os factos a pessoas do mesmo sexo³⁹. Foi também sublinhada a importância de ser prestada atenção aos comportamentos não verbais, já que através destes perpassam mais espontaneamente os fatores de maior

³⁷ Não deve ser, contudo, contactada a pessoa que é suspeita de ter perpetrado contra a vítima os abusos sexuais – cf. H. SEQUEIRA *et al.*, “Psychological disturbance associated with sexual abuse in people with learning disabilities case-control study”, *The British Journal of Psychiatry*, nº 183, 2003, pp. 451-456, disponível em <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/14594922/> [20.07.2022].

³⁸ Cf. Jamie P. MORANO, “Sexual abuse...”, *op. cit.*, pp. 130 e ss.; e Olga CRUZ e Carla MACHADO, “Avaliação psicológica ...”, *op. cit.*, p. 123.

³⁹ Cf. Carla MACHADO, “Avaliação de alegações de abuso sexual ...”, *op. cit.*, p. 299.

tristeza e angústia⁴⁰. Deverá ainda procurar-se conhecer o funcionamento real da vítima nos diferentes contextos de vida, comparando as suas dificuldades com padrões de pessoas sem deficiência intelectual⁴¹ e procedendo à recolha de provas das limitações do funcionamento adaptativo do sujeito através de diferentes procedimentos (como observação direta, entrevistas com avaliado e terceiros). A entrevista à vítima deve também procurar apurar o seu grau de autonomia, as suas competências sociais, os seus desejos de agradar⁴² e o seu nível de conhecimento sobre a sexualidade e abuso sexual. Tal pode ser conhecido através de conversas informais e apresentação de dilemas morais ou de imagens que elucidem determinados temas nos casos de maiores dificuldades de comunicação e de compreensão da linguagem⁴³. Também se mostrará essencial determinar a capacidade de o sujeito identificar toques positivos e toques negativos e abusivos e pedir para exemplificar o sucedido, com recurso a bonecos anatómicos. Precisamente atendendo às suas dificuldades, numa fase inicial do processo pode ser permitida a presença de alguém da confiança do avaliado, sendo depois da fase introdutória convidada a sair⁴⁴ e se se verificarem dificuldades de comunicação, pode ser utilizado um intérprete para facilitar a comunicação e compreensão do avaliado e do avaliador⁴⁵.

Estas têm sido estratégias apontadas como as mais eficazes para aferir as competências das alegadas vítimas quando utilizadas conjuntamente pois permitem obter uma informação descritiva do seu comportamento⁴⁶. A par destas, também devem nortear a entrevista as preocupações gerais aplicáveis a qualquer quadro de avaliação, como sejam a ausência de juízos de valor e promoção de uma relação de confiança, neutralidade e objetividade, a compreensão pelo avaliado da importância da avaliação e do detalhe e

⁴⁰ Cf. Olga CRUZ e Carla MACHADO, “Avaliação psicológica ...”, *op. cit.*, p. 131.

⁴¹ Cf. Carla MACHADO, “Avaliação de alegações de abuso sexual ...”, *op. cit.*, p. 299; Cláudia MAIA e Paulo RIBEIRO, “Desfazendo mitos para minimizar o preconceito sobre a sexualidade de pessoas com deficiências”, *Revista Brasileira de Educação Especial*, vol. 16, n.º 2, 2010, pp. 159-176, disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-65382010000200002 [10.07.2022].

⁴² Cf. Carla MACHADO, “Avaliação de alegações de abuso sexual ...”, *op. cit.*, p. 300.

⁴³ Cf. Carla MACHADO, “Avaliação de alegações de abuso sexual ...”, *op. cit.*, p. 300.

⁴⁴ Cf. Carla MACHADO, “Avaliação de alegações de abuso sexual ...”, *op. cit.*, p. 301.

⁴⁵ Cf. Carla MACHADO, “Avaliação de alegações de abuso sexual ...”, *op. cit.*, p. 301. Este intérprete deve ser dispensado se ao longo das sessões o profissional forense for capaz de desenvolver competências para estabelecer contacto direto com o avaliado.

⁴⁶ Cf. Olga CRUZ e Carla MACHADO, “Avaliação psicológica ...”, *op. cit.*

espontaneidade dos factos, a adaptação do espaço onde decorrerá a entrevista ao quadro cognitivo da vítima para facilitar a revelação, a preocupação com a aferição da capacidade distinguir verdade e mentira e realidade e fantasia e evitar apresentar questões sugestionáveis, conduzindo a entrevista de forma clara, adequando a linguagem, focando em aspetos factuais e começando por questões abertas e de natureza geral, centrando depois em questões mais focalizadas relacionadas com o suposto abuso⁴⁷.

4.2.2. Da avaliação das alegações de abuso

Vimos em momento anterior que o tipo objetivo do crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência exige não apenas a prova da prática de um ato sexual de relevo, mas também que a vítima se encontrasse incapaz de formar e/ou exprimir a sua vontade. Por isso, a par da perícia médico forense para recolha de vestígios biológicos, resulta patente que também uma perícia psicológica deverá ser realizada tendo em vista uma melhor compreensão do quadro cognitivo da vítima para apurar se, no momento da prática do ato, se encontrava incapaz de formar e/ou expressar a sua vontade. O apuramento desta (in)capacidade é, assim, um dos factos essenciais e decisivos para preenchimento deste ilícito. Mas é também um dos pontos probatórios mais complexos, e por isso exige um diálogo próximo entre o tribunal e os peritos forenses. Tal decorre precisamente do facto de o determinante não ser que a vítima padeça de uma doença, deficiência ou incapacidade em termos abstratos, mas que essa doença, deficiência ou incapacidade a impedisse de, no caso concreto, formar e/ou exprimir a sua vontade relativamente aos atos praticados pelo agente⁴⁸. Daí que a capacidade de consentir relações sexuais por parte destes indivíduos com deficiência intelectual seja um aspeto crucial na avaliação forense, determinando todo o enquadramento conceptual e legal do fenómeno. Se a resposta a este requisito do tipo objetivo deve ser dada pelo tribunal, certo é que apenas uma análise interdisciplinar do quadro

⁴⁷ Cf. Carla MACHADO, "Avaliação de alegações de abuso sexual ...", *op. cit.*, p. 301.

⁴⁸ Neste sentido Jorge de Figueiredo DIAS, *Comentário Conimbricense...*, *op. cit.*, pp. 477 e ss. e ainda Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção europeia dos Direitos do Homem*, 2ª ed. atual., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, p. 517.

cognitivo da vítima o poderá auxiliar. Mas novamente sublinhamos que a avaliação desta (in)capacidade não reveste simplicidade.

Hoje é amplamente reconhecido que os indivíduos com deficiência intelectual podem ser sexualmente ativos, variando o grau dos seus impulsos e desejos sexuais consoante o tipo e nível de gravidade da patologia⁴⁹. Porém, também se reconhece que a deficiência intelectual pode prejudicar a capacidade destes indivíduos avaliarem os estímulos e interações, de compreenderem a dinâmica e o significado do ato sexual e, pois, de formarem o seu consentimento para a prática de atos deste cariz⁵⁰. No plano judicial, importa então apurar se a deficiência intelectual prejudicou essa capacidade. A resposta a esta questão convoca necessariamente a definição de capacidade, que não se mostra consensual. De facto, uma das maiores dificuldades com que os profissionais se deparam na avaliação destes indivíduos é precisamente na avaliação da capacidade de consentir relações sexuais.

Procurando apresentar alguns critérios norteadores para aferir a capacidade de consentir relações sexuais, foi pela British Medical Association e pela Law Society publicado um guia prático que procura avançar com algumas orientações para guiar os profissionais de variadas áreas nesta árdua tarefa. Nesse guia é referido que para ser considerado capaz de exercer consentimento para relações sexuais, o indivíduo: (a) deve ser capaz de compreender o que é proposto e as suas implicações; e (b) deve ser capaz de exercer capacidade de escolha (importa considerar se uma das partes está numa posição de poder que irá influenciar a capacidade da outra de exercer consentimento)⁵¹. Explorando também estes aspetos, a literatura propõe que a avaliação da (in) capacidade de desenrole à luz da existência de um mínimo de conhecimento social exigido para o envolvimento neste tipo de relações (procurando apurar, p. ex., se o individuo tem consciência que todos têm liberdade para decidir se querem ou não manter relações sexuais; que as relações sexuais se

⁴⁹ Cf. Jamie P. MORANO, "Sexual abuse...", *op. cit.*, pp. 129 e ss.; e Carla MACHADO, "Avaliação de alegações de abuso sexual ...", *op. cit.*, pp. 296 e 297.

⁵⁰ Um estudo desenvolvido com uma amostra de 60 adultos com transtorno de desenvolvimento e 60 jovens sem limitações concluiu que os primeiros apresentam diversas dificuldades em compreender situações de consentimento e não consentimento. Frequentemente estes consideraram como incorreta uma situação consentida e, por vezes, situações de não consentimento não são entendidas como abusivas. Cf. Glynis H. MURPHY, "Capacity to consent...", *op. cit.*, p. 149.

⁵¹ Cf. Carla MACHADO, "Avaliação de alegações de abuso sexual ...", *op. cit.*, p. 296.

diferem dos cuidados pessoais; que a penetração vaginal pode originar uma gravidez)⁵². Considerando que os interesses e desejos sexuais dos indivíduos com deficiência intelectual variam em função do seu quadro cognitivo, esta avaliação mostra-se, portanto, crucial e complexa⁵³ e deve ser aferida em perícia psicológica e só pode ter resposta casuísta em função da avaliação que vier a ser realizada à vítima.

4.2.3. Do impacto do alegado abuso

As dificuldades probatórias manifestam-se ainda na avaliação do dano decorrente do abuso sexual. Esta avaliação pode assumir importância não apenas para aferir do abuso sexual, mas também para o arbitramento de uma compensação por danos morais sofridos pela vítima.

A este respeito não florescem estudos. Contudo, parece evidente que também neste ponto apenas uma análise casuística e especializada permitirá auxiliar o tribunal na sua tomada de decisão.

Na literatura encontramos estudos que revelam que a sintomatologia experienciada em consequência dos abusos e demais prejuízos por eles causados tendem a ser idênticos ao quadro que resulta para indivíduos sem deficiência intelectual que tiveram a mesma experiência⁵⁴, ainda que no caso das vítimas portadores de deficiência intelectual se tenda a partir do pressuposto que o seu impacto será mediado pela sua perturbação desenvolvimental e enquadramento social⁵⁵.

Mostra-se então aqui particularmente relevante a realização de perícia psicológica para aferir a sintomatologia e os danos causados pelos factos. Em detalhe, assume relevo apurar qual a natureza desses danos (p. ex., a nível emocional, comportamental, familiar, escolar e/ou social), quais as circunstâncias de tempo, modo e lugar em que os mesmos ocorrem e qual a sua

⁵² Cf. Glynis H. MURPHY, "Capacity to consent ...", *op. cit.*, p. 149 e ainda Jamie P. MORANO, "Sexual abuse...", *op. cit.*, pp. 131 e 132 apresenta uma síntese dos testes aplicados nos diferentes Estados dos EUA e apela ainda à realização dos testes de QI.

⁵³ Cf. Carla MACHADO, "Avaliação de alegações de abuso sexual ...", *op. cit.*, p. 298.

⁵⁴ Cf. Olga CRUZ e Carla MACHADO, "Avaliação psicológica ...", *op. cit.*, p. 135.

⁵⁵ Cf. Olga CRUZ e Carla MACHADO, "Avaliação psicológica ...", *op. cit.*, p. 135.

evolução⁵⁶. A perícia deve ser desenvolvida não apenas tendo por figura central a vítima, mas também os informadores privilegiados (como educadores, familiares e amigos) porque por vezes só os esclarecimentos e informação por estes prestada permitirá compreender, avaliar e assentar o quadro de alterações e prejuízos.

Algumas notas devemos, contudo, tecer a este respeito.

A primeira, relacionada com o facto de não existir um conjunto de comportamentos patognómicos de abuso sexual nem de diagnóstico de abuso sexual⁵⁷ e de também não existir um padrão para a sua valoração e quantificação para efeitos indemnizatórios. A decisão deve ser, pois, tomada casuisticamente em função do quadro experienciado pela vítima. Tal determinação, como certamente se compreenderá, não se afigura fácil na maioria dos casos em que as vítimas têm dificuldades de comunicação, menos consciência do risco e desconhecem a temática da sexualidade e do abuso.

Depois, devemos estar cientes que, mesmo sendo constatada a existência de um quadro de sintomatologia (como depressão, ansiedade, pesadelos), tal pode não significar por si só a prova do abuso. Mas também devemos estar cientes de que o contrário pode suceder, i. e., pode não ser manifestada sintomatologia mas ter-se efetivamente verificado o abuso⁵⁸.

A acrescentar a tudo isto, o facto de se mostrar ainda essencial estabelecer uma distinção entre o quadro de sintomatologia existente à data dos factos e aquela que deles decorra ou que seja por eles agravada. Tal decorre da exigência de nexo de causalidade entre o abuso e os prejuízos verificados porque estes podem decorrer de outros fatores externos.

Também por estes motivos a entrevista para avaliação dos danos reveste grande importância. Novamente esta avaliação deve ser solicitada a quem tenha competência especializada para a fazer. Ou seja, em quem melhor conheça o quadro cognitivo, as dificuldades e as alterações típicas de comportamentos em casos de abuso sexual de pessoas portadoras de deficiência mental (ou de abuso sexual de crianças mais jovens). Por isso, o tribunal deve solicitar auxílio

⁵⁶ Cf. Olga CRUZ e Carla MACHADO, “Avaliação psicológica ...”, *op. cit.*, p. p. 135.

⁵⁷ Cf. Isabel Marques ALBERTO, “Abuso sexual de crianças...”, *op. cit.*, p. 446.

⁵⁸ Cf. Isabel Marques ALBERTO, “Abuso sexual de crianças...”, *op. cit.*, p. 446. A autora aponta como exemplo a intervenção nos processos judiciais que pode, por si só, desencadear ou intensificar sintomas (ansiedade, depressão, agressividade) ou sugerir erroneamente a existência de abuso sexual.

de um psicólogo forense para fazer esta avaliação. Todavia, a avaliação dos danos não deverá ser o único elemento de prova para averiguação do abuso nem deverá ser o único elemento de prova para determinação do montante de indemnização.

5. A incompreensão (ou desproteção?) pelo sistema judicial: a recusa de indemnização por falta de consciência do dano

Julgamos que a análise de um caso concreto permitirá elucidar melhor o leitor⁵⁹.

Em processo comum com intervenção de tribunal coletivo, o Ministério Público acusou um funcionário de uma clínica de saúde de ter perpetrado relações sexuais – com penetração vaginal e anal – contra uma senhora sexagenária que sofria de “doença grave e incurável, com síndrome demencial, normalmente apática só reagindo esporadicamente verbalizando palavras sem nexos e dependência total de terceiros, sendo, no entanto, sensível à dor”. Deduzida acusação, a ofendida, constituída assistente através da sua filha e sua representante legal, deduziu pedido de indemnização civil, requerendo a condenação do arguido a pagar-lhe, a título de danos não patrimoniais, uma compensação no valor de € 50.000,00.

Produzida a prova, deu o tribunal por provado, entre o mais, o ato sexual de relevo e tal estado cognitivo da assistente, mas deu por não provado, para o que qui importa, que a vítima tivesse memória afetiva e reconhecesse alguns familiares; que durante os momentos em que o arguido a penetrou “tenha vivido momentos de pânico, medo, angústia e desespero”; que nos dias seguintes tivesse “reagido mal à presença de um homem, ainda que se tratasse do seu filho, ficando exaltada, a chorar e a dizer ‘não’, ao mesmo tempo que contraía as pernas, tentando mantê-las sempre” e que depois dos factos se tenha recusado “a receber alimentos, tendo por isso perdido muito peso”.

Tendo por base tal factualidade, o tribunal de primeira instância julgou procedente o pedido de indemnização por danos não patrimoniais deduzido pela

⁵⁹ Cf. acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça em 14.03.2018 no processo que correu os seus termos sob o nº 191/09.5PEPDL.L4.S1.

assistente, por considerar que os danos decorreriam diretamente da atuação ilícita do arguido e traduziram-se “na violação dolosa de um feixe de direitos de personalidade da ofendida, onde pontifica a sua dignidade, mas também a sua liberdade, a honra, a privacidade, a intimidade, a saúde e a integridade física. A circunstância demente em que se encontra não a destitui desses direitos, pelo contrário, torna a sua tutela ainda mais necessária”.

Inconformado, o arguido recorreu desta decisão. Em suma alegou não se mostrar assente qualquer facto que pudesse justificar a sua condenação no pagamento de indemnização por danos não patrimoniais - circunstância que, na sua ótica, sempre seria pressuposto necessário para o arbitramento de qualquer indemnização.

O Tribunal da Relação de Lisboa acolheu este argumento, sublinhando que o legislador não adotou uma conceção objetiva dos danos e, por força disso, decidiu que, não tendo ficado provado um prejuízo sofrido pela vítima, o pedido de indemnização teria necessariamente que ser improcedente.

Esta decisão viria a ser revogada pelo Supremo Tribunal de Justiça numa decisão com forte pendor axiológico. Convocando o princípio da igualdade, reforçou esta instância que as pessoas portadoras de deficiência intelectual não podem ser vítimas de *capitis diminutio*. O tribunal firmou que com a conduta encetada pelo arguido, a vítima “sofreu objectivamente um prejuízo, uma lesão na sua integridade física e moral, uma diminuição de bens jurídicos essenciais da sua personalidade, independentemente da sua percepção subjectiva pela mesma ofendida”. Concluiu referindo que se não se admitisse o direito o direito à indemnização pelo dano não patrimonial, as vítimas incapazes de exprimirem inteligivelmente sensações ou sem capacidade de reação perante agressões contra si praticadas não mereciam total proteção do ordenamento jurídico, ficando expostas a ofensas e abusos como os que foram levados a cabo pelo arguido. Lembrou ainda que a compensação por danos não patrimoniais reveste não apenas natureza reparadora, mas também preventiva e sublinhou que, tendo resultado provado o abuso sexual, sempre se deveria reconhecer que o arguido havia atacado, nas palavras da primeira instância, “um feixe de direitos de personalidade da ofendida”. E concluiu

então que, resultando provada a ilicitude do ato, deveria ficar assente, nesta situação, a verificação do dano⁶⁰.

Pensamos que o caso que aqui descrevemos permite bem evidenciar as dificuldades com as quais os tribunais se deparam aquando da apreciação de casos de abuso sexual contra pessoas portadoras de deficiência intelectual. É certo que dele não resultaram dúvidas a respeito da prática do abuso sexual em si mesmo porque além de prova testemunhal foram deixados vestígios biológicos cuja análise realizada em sede de perícia médico legal permitiu sedimentar tal convicção. As dificuldades sentiram-se sobretudo na determinação dos danos sofridos pela vítima por se revelar muito difícil (se não impossível) conhecer a sua extensão em virtude do quadro em que a mesma se encontrava.

Julgamos infeliz a posição da segunda instância, que parece ter sido tomada em total desarmonia com as preocupações que aqui trouxemos. O tribunal desconsiderou o quadro cognitivo da vítima e que tal circunstância a impediria de manifestar qualquer sentimento relativamente aos atos contra si comprovadamente encetados. E que, por essa razão, a extensão dos danos nem sequer poderia ser provada de forma indireta. De facto, a vítima não dispunha de tinha capacidade para formar a sua vontade e prestar consentimento aos atos perpetrados. Mas também não dispunha de capacidade intelectual para descrever os factos praticados ou sequer para manifestar ou verbalizar o sofrimento sofrido pela sua ocorrência. Por isso, não seria possível obter dela prova quanto à extensão desses danos, mas também não o seria possível obter de terceiros porque o seu quadro de demência e apatia não permitiria que estes tivessem tal conhecimento. O tribunal em sede de recurso parece ter

⁶⁰ Para assim decidir, o Supremo Tribunal de Justiça apelou à posição firmada nessa instância em 28.03.2013, no proc. n.º 4072/04.0TVLSB.C1.S1 que decidiu fixar uma “indenização compensatória dos danos sofridos objectivamente no bem da personalidade do lesado, num caso cuja especificidade [radica] na circunstância de não ter ficado demonstrada a consciência por parte do lesado do seu estado de total incapacidade, pelo que não teria tido este uma efectiva percepção subjectiva, ainda que mínima, da extrema e irreversível degradação do seu padrão e qualidade de vida, ao longo dos quase 6 anos que precederam a morte: ou seja, não está demonstrado que tenha ocorrido o sofrimento psicológico inerente a ter de suportar, durante esse período prolongado, as sequelas absolutamente frustrantes e incapacitantes das lesões sofridas”. Nesta decisão o Tribunal bem andou, na nossa ótica, em afirmar que “é pertinente, a este propósito, distinguir, para efeitos de cômputo da indemnização, entre o plano objectivo da perda e degradação extrema do padrão de vida do sinistrado, enquanto lesão objectiva de um bem jurídico essencial da personalidade, ligado à própria dignidade da pessoa humana, que ocorre independentemente da percepção cognitiva pelo lesado do estado em que se encontra, envolvendo a drástica carência de autonomia e de eliminação das possibilidades de realização pessoal; e o plano subjectivo, decorrente de - a tal estado objectivo - se ter de adicionar o sofrimento psicológico necessariamente inerente à consciência, ainda que difusa ou mitigada, da total falta de autonomia pessoal e de qualidade de vida e da frustração irremediável de todos os projectos e satisfações alcançáveis no decurso da vida pessoal do lesado”.

desconsiderado este quadro de vulnerabilidade. E parece ter inclusivamente desconsiderado que a vítima era, apesar disso, sensível à dor.

Não podemos concordar com esta decisão e louvamos a decisão do Supremo Tribunal de Justiça que, invocando princípios arreigados na dignidade da pessoa humana, fez notar que estas vítimas, sendo especialmente vulneráveis, carecem de maior proteção. Uma proteção que deve fazer-se por princípio.

Há, pois, um longo caminho a trilhar.

6. A (falta de) participação ativa destas vítimas no processo judicial

Pelas pinceladas traçadas julgamos fazer sentido um apelo a uma maior participação destas vítimas no sistema judicial. Cremos que as dificuldades inerentes ao seu depoimento não permitem dispensar o seu testemunho no processo, bastando-se com a avaliação do psicólogo forense. Aos nossos olhos, esta participação (seja em fase de investigação e/ou de julgamento) mostra-se justificada não apenas pelas dificuldades probatórias que cercam estas situações, mas também porque só essa participação confere às vítimas uma sensação de maior controlo sobre o acontecimento, diminuindo o tão frequente sentimento de impotência⁶¹. Para além disso, a sua participação contribui significativamente para uma melhoria do sistema judicial, que deve assegurar uma participação de todos e uma justiça verdadeiramente transversal e equitativa. Ao afirmar isto, estamos cientes que esta exigência pode ser demasiada para estas vítimas e pode contribuir para uma nova vitimização. Julgamos que a solução passará por dotar o sistema de condições para reforçar a participação destes indivíduos e por conferir ferramentas aos profissionais para ouvir estas vítimas. Avançamos com algumas propostas, tendo por premissa que alguns dos pontos anteriormente referidos relativamente aos cuidados pelos quais os peritos forenses devem pautar a sua atuação podem ser também tidos em consideração pelos profissionais forenses no desempenho das suas competências.

Assim, em contexto judicial, mostra-se sobretudo relevante que a audição destas vítimas seja realizada de forma mais informal, tranquila,

⁶¹ Cf. Jamie P. MORANO, “Sexual abuse...”, *op. cit.*, pp. 131 e ss.

confortável, agradável e acolhedora, assegurando total privacidade. Nos casos em que são maiores as dificuldades comunicacionais, deve ser colocado à sua disposição material lúdico que permita ir respondendo às questões (como os já referidos bonecos anatómicos ou recurso a representação dos órgãos sexuais ou representação de relações interpessoais tendo este de ser usado e valorado com sentido crítico). Também nestas situações a participação da vítima pode ser acompanhada por perito⁶² ou por técnico. Eventualmente até por intérprete. Estas figuras podem ter um papel preponderante no auxílio e encorajamento do testemunho. Devem ser evitadas as questões apresentadas de forma sugestiva ou de resposta monossilábica, valorizando-se sobretudo narrativas abertas durante as quais podem ser colocadas, alternadamente, questões abertas e fechadas. A linguagem não verbal merece especial atenção por parte da entidade que está a ouvir a vítima. Esta pessoa deve dispor de ferramentas e conhecimentos para conseguir interpretar, p. ex., sinais de cansaço ou de fragilidade emocional provocados pela abordagem de algum assunto⁶³. Também deve haver uma preocupação na adaptação da linguagem ao funcionamento cognitivo do indivíduo e no conhecimento do seu funcionamento real nos vários contextos da vida. Tudo isto será mais fácil e mais seguramente logrado mediante análise prévia da perícia psicológica caso já se mostre junta aos autos. Igualmente devem ser considerados e avaliados os fatores de risco para uma atuação preventiva.

Atualmente as formalidades dos procedimentos legais nem sempre se mostram consentâneas com as linhas que aqui apresentamos. A morosidade dos processos judiciais, a necessidade de audição da vítima por diversas vezes e por diferentes entidades, a falta de preparação destas para adaptar as diligências ao estado da vítima, a desadequação dos espaços, o formalismo exigido e a natureza das medidas de proteção são problemas apontados como fontes de ansiedade e desconforto⁶⁴. É lugar comum afirmar-se que os formalismos e a

⁶² Na literatura há autores que defendem que, a ser designado perito para acompanhar o depoimento em sede judicial, deve ser designado o perito que realizou a avaliação da vítima por se tratar de um profissional familiarizado com o sujeito, com o caso, com vocabulário utilizado e até mesmo para evitar o relato do episódio a uma nova pessoa. Cf. Mafalda João Soares MADEIRA, *Dificuldades na abordagem forense em indivíduos portadores de incapacidade intelectual alegadamente vítimas de abuso sexual*, Porto, Faculdade de Medicina Universidade do Porto, 2015, p. 23, disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/81957> [20.07.2022].

⁶³ Cf. Olga CRUZ e Carla MACHADO, “Avaliação psicológica ...”, *op. cit.*, p. 131.

⁶⁴ Cf. Mafalda João Soares MADEIRA, “Dificuldades na abordagem forense ...”, *op. cit.*, p. 22.

falta de preparação dos atores judiciais podem dificultar e inibir a participação ativa da vítima e que tudo contribui para uma revitimização.

A literatura sobre esta participação ativa é escassa e a que existe é sobretudo desenvolvida por psicólogos forenses preocupados com a falta de estudos sobre o tema e a inadaptação do sistema. Para os juristas estas preocupações parecem desconhecidas.

7. Reflexões finais

A realidade sobre a qual aqui nos debruçamos mostra-se praticamente silenciada. A ideia de que a vulnerabilidade das pessoas com transtorno do desenvolvimento intelectual funcionaria como um manto de proteção face ao abuso sexual apresenta-se ilusória. A realidade prova exatamente o contrário. Apesar disso, muito pouco parece ter sido feito para proteção destas vítimas. Se há razões para que assim seja, muitas mais razões haverá para que assim não seja.

A Constituição da República Portuguesa impõe ao Estado a realização de uma “política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias [e o desenvolvimento de] uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles e a assumir o encargo da efetiva realização dos seus direitos”. Também a Convenção sobre Direitos de Pessoas com Deficiências sublinha o direito à igualdade e, em concreto, determina que os Estados devem assegurar “o acesso efectivo à justiça para pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais, incluindo através do fornecimento de adaptações processuais e adequadas à idade, de modo a facilitar o seu papel efectivo enquanto participantes directos e indirectos” e, para o efeito impõe que “[promovam] a formação apropriada para aqueles que trabalhem no campo da administração da justiça, incluindo a polícia e o pessoal dos estabelecimentos prisionais”.

Há ainda um longo caminho a percorrer para concretizar tais objetivos. Um caminho que deve ser percorrido por uma visão interdisciplinar. Um primeiro passo passaria sempre, parece-nos, pela promoção da educação das pessoas portadoras de deficiência intelectual e dos seus educadores e

familiares para a temática da sexualidade e do abuso. Um segundo teria necessariamente que se centrar na formação de todos aqueles que trabalham na administração da justiça para possibilitar o acesso efetivo destas vítimas em condições de igualdade material à justiça. Também os psicólogos e os médicos devem ser sensibilizados para estas situações. É que se os órgãos de polícia criminal podem deter um importante papel após os factos, os médicos e os psicólogos podem assumir também um papel preponderante na prevenção e no reporte de casos de abuso sexual de pessoas com transtornos do desenvolvimento intelectual. Eles são os agentes mais próximos destes indivíduos e a sua informação clínica pode constituir importante elemento probatório para desencadear uma investigação. E quando atuam nos processos judiciais são agentes de prova. Neles se deposita a expectativa de sanarem todas as dificuldades e dúvidas com as quais o tribunal se depara no momento de julgar. Porém, como vimos, a sua atuação não permite firmar certezas absolutas. E é muito importante que, como agentes de prova nos quais se deposita essa esperança, transmitam os limites da avaliação que desenvolveram. Para que as conclusões constantes dos seus relatórios periciais sejam adequadamente valoradas, mostra-se importante que as mesmas sejam escritas de forma clara, objetiva, concisa e com linguagem que seja perceptível a juristas. Igual relevância assume a fundamentação dessas conclusões, que não só devem ter suporte em princípios sujeitos a verificação e validação pela comunidade científica, como devem resultar de uma ponderada e adequada análise e cruzamento da informação recolhida durante o processo de avaliação e também daquela que consta do processo judicial.

Enquanto se percorre o caminho, apelamos a um diálogo mais próximo entre o tribunal e os profissionais forenses para avaliação das alegações de abuso e do impacto desses factos. Diálogo esse que nem sempre é encetado ou compreendido nos nossos tribunais. Mas que se mostra vital para a realização da justiça em todo o seu esplendor.

ALGUMAS QUESTÕES E PERSPETIVAS EM TORNO DA EUTANÁSIA

Maria João Vasconcelos*
Margarida Santos**

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.10>

1. Introdução

As questões atinentes ao fim da vida e, em particular, a questão da Eutanásia, suscitam uma enorme controvérsia¹. Com efeito, está em causa

* Professoras da Escola de Direito da Universidade do Minho, Membros Integrados do Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov). Email: mjs@direito.uminho.pt e msantos@direito.uminho.pt.

** Este trabalho corresponde, com pequenas atualizações bibliográficas e sobre o *status quo* da (eventual) alteração legislativa, ao nosso texto já publicado “Algumas questões e perspetivas em torno da eutanásia”, in Benedita Mac Crorie *et al.* (coords.), *Temas de Direito e Bioética – Vol. I, Novas questões do Direito da Saúde*, Braga, DH-CII – Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018, pp. 125-134, disponível em <http://bit.ly/direito-bioetica-ebook>, assente, com ligeiras alterações de estilo, na comunicação apresentada na I Conferência Internacional de Direito e Bioética, subordinada ao tema “Novas Questões do Direito da Saúde”, organizada pelo Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov), na Escola de Direito da Universidade do Minho, no dia 23 de novembro de 2018. Nesta medida, as notas de rodapé e as indicações bibliográficas afiguram-se reduzidas. Este trabalho muito beneficiou do saber e da generosidade da grande Jurista, Colega e Amiga Benedita Mac Crorie. Foram inúmeros os diálogos abertos e a partilha constante. Nessa medida, entendemos que este texto seria a forma de homenagear a Benedita, com quem *sempre* pudemos contar e aprender. Muito obrigada querida Benedita!

¹ Sobre o tema, ver, *inter alia*: Jorge de Figueiredo DIAS, “O Problema da Ortotanásia: introdução à sua consideração jurídica”, in AAVV, *As técnicas modernas de reanimação; conceito de morte; aspectos médicos, teológico-morais e jurídicos*,

uma questão transversal – que envolve e convoca diversas áreas do saber (ética, filosófica, médica, jurídica, entre outras). Embora a nossa abordagem seja sobretudo jurídica não podemos, pois, deixar de reconhecer o carácter interdisciplinar desta delicada questão.

A resolução dos problemas práticos relacionados com o fim da vida pressupõe sempre uma ponderação valorativa que é feita dentro de um determinado quadro legislativo. No que toca, em particular, ao problema da eutanásia, a questão que se coloca prende-se, desde logo, com a relativização do bem ou valor da vida por força da sua ponderação com o bem ou valor da autonomia ou da qualidade de vida dos pacientes.

O conceito de eutanásia revela-se um conceito ambíguo, o que, desde logo, promove dúvidas e incertezas ao debate atual sobre o tema.

No âmbito desta breve comunicação, pretendemos, num primeiro momento, tecer algumas considerações de forma a clarificar o conceito de eutanásia, compreendendo que atos enformam a problemática em debate, já que esta explicação nos parece prioritária no âmbito do tratamento dos

Porto, 1973, pp. 29-48; Jorge de Figueiredo DIAS, “A ‘ajuda à morte’: uma consideração jurídico-penal”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 137, nº 3949, mar.-abr. 2008, pp. 202-215; Jorge de Figueiredo DIAS e Nuno BRANDÃO, “Anotação ao Artigo 133º”, in Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, parte Especial, Tomo I, Artigos 131º a 201º*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 81 e ss.; Manuel da Costa ANDRADE, “Anotação ao Artigo 134º e ao Artigo 135º”, in Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, parte Especial, Tomo I, Artigos 131º a 201º*, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 95 e ss.; António Henriques GASPAS, “Eutanásia. Não obrigado? (Caso Pretty v. reino Unido), *Sub Judge*, nº 22/23, 2001, pp. 171 e ss.; José de Faria COSTA e Inês Fernandes GODINHO (orgs.), *As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal, Uma perspectiva integrada*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010 – ver, nomeadamente Mário Ferreira MONTE, “Da relevância penal de aspectos onto-axiológico-normativos na eutanásia – análise problemática” (pp. 305 e ss.); Helena MONIZ, “Eutanásia precoce: dúvidas e interrogações” (pp. 343 e ss.); Inês Fernandes GODINHO, “Implicações jurídico-penais do critério de morte” (pp. 359 e ss), entre outros artigos da obra citada); José de Faria COSTA, “O fim da vida e o direito penal”, in AAVV, *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: Alguns Cruzamentos Reflexivos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005; Benedita MAC CRORIE, “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.; Benedita MAC CRORIE, “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*, Centro de Investigação Interdisciplinar Direitos Humanos, 2016, pp. 25-34, disponível em http://www.dh-cii.eu/0_content/Pessoa_Direito_Direitos_web.pdf; Teresa Quintela de BRITO, “Eutanásia activa direta e auxílio ao suicídio: não punibilidade?”, *Boletim da Faculdade de Direito*, nº 80, 2004, pp. 563 e ss.; Helena Pereira de MELO e Teresa Pizarro BELEZA, “Uma vida até à morte: cuidados paliativos no direito português”, in Manuel da Costa Andrade et al. (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. 4, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 665 e ss.; Inês Fernandes GODINHO, *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Participação em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015; Walter OSSWALD, *Morte a pedido – o que pensar da eutanásia*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2016; Pedro Vaz PATTO, “A vida que se discute, a brecha aberta pela eutanásia”, *Ação Médica, Eutanásia e Religiões*, ano LXXXI, nº 2, Junho 2018; Mafalda Miranda BARBOSA, “Um direito à autodeterminação sobre a morte?”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 96, tomo 1, 2020; Paulo OTERO, *Eutanásia, constituição e deontologia médica*, Lisboa, AAFDL Editora, 2020, entre outras obras.

problemas relacionados com o fim da vida. Em seguida procuraremos analisar a questão da eutanásia à luz do direito constituído e, por fim, teceremos algumas considerações no plano do direito a constituir, deixando algumas dúvidas e interrogações.

2. O conceito e os tipos de eutanásia

De acordo com um entendimento muito amplo, difundido largamente na doutrina jurídica, na eutanásia está em causa uma ação ou omissão através da qual se causa a morte de uma pessoa, a seu pedido ou, ainda que não seja a seu pedido, no seu interesse – para evitar o seu sofrimento ou, não tendo sido possível evitar o seu sofrimento, para o atenuar. Este conceito amplo abrange a eutanásia ativa e a eutanásia passiva, a eutanásia ativa direta e a eutanásia ativa indireta, a eutanásia voluntária e a eutanásia involuntária.

O termo eutanásia ativa designa os casos em que o sujeito age com intenção de provocar a morte do paciente e o termo eutanásia passiva os casos em que o sujeito não age para a prevenir. Na eutanásia passiva, o comportamento negativo por parte do sujeito pode traduzir-se na omissão ou recusa de utilização de meios técnicos idóneos a manter ou prolongar a vida de um paciente, quando já se iniciou o processo de morte. Em termos simples, a eutanásia passiva significa deixar morrer.

No que toca ao conceito de eutanásia passiva podemos ainda distinguir a omissão inicial e a omissão superveniente, por interrupção do tratamento. No primeiro caso, causa-se a morte de uma pessoa por não se adotarem as medidas que prolongariam a sua vida; deixa-se morrer a pessoa através de uma abstenção terapêutica. No segundo caso, deixa-se morrer a pessoa através de uma interrupção terapêutica, ou seja, por suspensão das medidas terapêuticas iniciadas.

O conceito de eutanásia ativa compreende a eutanásia ativa direta, em que a intenção do agente é provocar a morte (por exemplo, estão aqui em causa as situações em que o médico dá ao paciente uma injeção letal ou um copo de veneno que o paciente deve ingerir), e a eutanásia ativa indireta, em que a intenção do agente é tão só atenuar o sofrimento do doente, administrando-lhe analgésicos que visam o controlo da dor e do sofrimento do paciente e que podem conduzir, enquanto consequência lateral, ao encurtamento da vida.

Por fim, o termo eutanásia voluntária designa as hipóteses em que uma pessoa capaz de formar uma vontade livre e esclarecida e de agir em conformidade com a sua vontade livremente formada faz um pedido para que a matem ou para que a deixem morrer. O termo eutanásia involuntária pode designar duas hipóteses diferentes: pode suceder, por um lado, que a pessoa não tenha formado uma vontade livre e esclarecida ou que, tendo-a formado, não a tenha declarado; pode suceder, por outro lado, que uma pessoa capaz de formar uma vontade livre e esclarecida e de agir conforme a sua vontade (livremente formada) faça o pedido de que não a matem (ou de que não a deixem morrer).

Este conceito amplo de eutanásia abarca portanto uma pluralidade de termos que designam diferentes contextos de ponderação.

3. Poderá o direito à vida ser interpretado no sentido de atribuir a uma pessoa o direito diametralmente oposto: o direito a morrer?

A primeira questão que se coloca no que toca à eutanásia consiste em saber se o direito à vida constitucionalmente consagrado pode ser interpretado no sentido de atribuir a uma pessoa o direito diametralmente oposto: o direito a morrer.

No acórdão de 29 de julho de 2002, no caso *Pretty contra o Reino Unido*, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) pronunciou-se no sentido de que o direito à autodeterminação, enquanto direito de escolha entre a vida e a morte, estaria sempre fora do âmbito de proteção do artigo 2º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH). No entanto, considerou também que o reconhecimento de um tal direito, com o argumento de que corresponde a um aspeto fundamental da condição humana, poderia procurar-se dentro do âmbito de proteção de disposições diferentes, designadamente dentro do âmbito de proteção do direito ao respeito pela vida privada, protegido pelo artigo 8º da CEDH².

² Cf. Nuno Manuel Pinto de OLIVEIRA, “A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre o fim da vida”, *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, vol. 5, nº 3, jul-set., disponível em <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/download/334/406> [23.11.2018].

No âmbito da possibilidade de deduzir do artigo 8º da CEDH o direito de autodeterminação sobre o processo de morte, o TEDH abre a porta para o reconhecimento de um direito à eutanásia ativa voluntária. Todavia, sugere que o imperativo de tutela de um direito de autodeterminação sobre a vida e a morte, decorrente do referido artigo 8º, deve completar-se com um imperativo de tutela do direito à vida que, estando em causa pessoas vulneráveis, constitui os Estados num duplo dever de proteção destas pessoas – contra si próprias e contra terceiros - contra os perigos relacionados com a atuação ou o exercício de um direito de autodeterminação sobre a vida e a morte, deduzido do artigo 2º da CEDH³.

O dever de proteger as pessoas vulneráveis tem como corolário o dever de conformação de um procedimento adequado para que a decisão de cada pessoa seja uma decisão livre e esclarecida. Existindo um procedimento capaz de garantir que a decisão é tomada com plena liberdade e com pleno conhecimento de causa, a permissão da eutanásia ativa direta, dentro do quadro legislativo traçado, poderia corresponder a uma ponderação sustentável dos bens ou valores conflitantes.

Também entre nós é consensual a rejeição de um direito jurídico-constitucional à eutanásia, enquanto “direito de exigir de um terceiro a provocação da morte para atenuar sofrimentos (‘morte doce’)”⁴.

Ora, o que se tem discutido um pouco por toda a parte é a possibilidade de disposição da própria morte em determinadas circunstâncias, apelando-se a ponderação de direitos e valores constitucionais (vida humana, dignidade da pessoa humana, autonomia individual), com implicações, desde logo, no ordenamento jurídico-penal.

³ Para maior desenvolvimento sobre a jurisprudência do TEDH, nomeadamente a propósito do acórdão de 30 de janeiro de 2011 (*Haas contra a Suíça*), do acórdão de 8 de Novembro de 2011 (*V. C. contra a Eslováquia*), do acórdão de 4 de fevereiro de 2014 (*Oruk contra a Turquia*) e do acórdão de 23 de fevereiro de 2016 (*Cizek contra a Turquia*), ver Nuno Manuel Pinto de OLIVEIRA, “A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre o fim da vida”, *op. cit.*

⁴ Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 450.

4. O princípio do tratamento diferenciado dos casos de eutanásia ativa e de eutanásia passiva

De acordo com o Código Penal, que em caso algum refere a palavra eutanásia, provocar ativa e intencionalmente a ocorrência da morte de outrem (com base num “pedido sério, instante e expresso”) configura uma conduta objetivamente integrante do homicídio a pedido da vítima (artigo 134º do CP). Neste horizonte, assume relevância igualmente o incitamento ou ajuda ao suicídio (artigo 135º do CP).

Coloca-se a questão de saber se deve o direito penal restringir a sua intervenção, indagando-se a possibilidade de uma introdução de possíveis limitações a este princípio através de uma alteração da legislação penal, colocando-se aqui os difíceis problemas em torno da eutanásia.

Importa sublinhar que esta incriminação do homicídio a pedido da vítima, apesar de existir em diversas legislações, nunca alcançou uma “aceitação pacífica”, havendo quem advogue uma redução teleológica da factualidade típica, outros fazendo alusão a amplas formas de justificação, de desculpação ou de isenção da pena⁵. Ainda assim, poderemos dizer que para situações extremas (por ex. para doentes terminais sujeitos a sofrimentos insuportáveis), poderia equacionar-se a dispensa de pena por via do estado de necessidade desculpante, nos termos do artigo 35º, nº 2, do CP.

No nosso ordenamento jurídico, sem uma intervenção legislativa, torna-se, pois, difícil alcançar a impunidade relativamente a estes factos, porque não se vislumbra aqui qualquer causa de exclusão da ilicitude ou da culpa.

Ou seja, no quadro normativo atual, o princípio da autonomia pessoal e do direito de autodeterminação cede face à extensão da tutela que se entendeu conferir ao bem jurídico vida humana, de tal forma que a vontade não prevalece se a morte for dada por outrem em quaisquer circunstâncias, só podendo realizar-se através de suicídio e sem a colaboração de terceiro.

⁵ Manuel da Costa ANDRADE, “Anotação ao Artigo 134º e ao Artigo 135º”, in Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, parte Especial, Tomo I, Artigos 131º a 201º*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 97.

Ou seja, a cumplicidade no suicídio também é um facto criminalmente punível (artigo 135º CP), o que aumenta a limitação do princípio da autonomia pessoal.

A indisponibilidade da vida não conduz, porém, à legitimidade de intervenções ou tratamentos médicos forçados, contrários à vontade de um doente capaz de exprimir de forma atual o seu consentimento. Está em causa, neste âmbito, não a disponibilidade da vida (se assim fosse seria lícito o homicídio a pedido), mas o respeito pela integridade física e pela dignidade do doente, que seria de outro modo reduzido a objeto (já não sujeito) de uma prática médica.

Estando em causa tratamentos inúteis ou desproporcionados, que possam configurar uma exacerbação terapêutica, qualquer similitude com a eutanásia ou qualquer manifestação de um princípio de disponibilidade da vida estariam afastadas. Trata-se apenas de aceitar a inevitabilidade da morte como fenómeno natural. O doente morre por causa da doença e não por causa de alguma conduta, ativa ou omissiva, diretamente finalizada a causar a morte.

Estando em causa tratamentos úteis, necessários e proporcionados para a salvaguarda da vida também se trata apenas de respeitar a vontade do doente, a proibição de tratamentos médicos forçados, num contexto muito diferente do nosso objeto de estudo.

O Código Deontológico da Ordem dos Médicos, sem previamente se ocupar por forma afirmativa e direta sobre o que entende por eutanásia, considera no seu artigo 47º, nº 2, a prática daquela por um médico como “falta deontológica grave”, dispondo, no nº 4 do artº 47º, que “não é considerada eutanásia [a] abstenção de qualquer terapêutica não iniciada, quando tal resulte da opção livre e consciente do doente ou do seu representante legal...”⁶.

O tratamento diferenciado dos casos de eutanásia ativa e de eutanásia passiva é também acolhido pela jurisprudência do TEDH. No que toca à

⁶ Sendo que aqui merecem destaque os Pareceres do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida e pela Associação Portuguesa de Bioética. Por exemplo o Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) – Parecer sobre aspetos éticos dos cuidados de saúde relacionados com o final da vida (11/CNECV/95) também evidencia a inviolabilidade da vida humana e a inexistência de “argumentos éticos, sociais, morais ou jurídicos ou da deontologia das profissões de saúde que justifiquem a possibilidade legal da morte intencional de doentes (mesmo não declarado ou assumido como tal) por qualquer pessoa designadamente por decisão médica, ainda que a título de ‘a pedido’ e/ou de ‘compaixão’”.

eutanásia ativa voluntária o TEDH entende, como referimos, que deve haver uma ponderação: o imperativo de tutela de um direito de autodeterminação sobre a vida e a morte, decorrente do artigo 8º, deve completar-se com um imperativo de tutela de um direito à vida.

Já no que toca à eutanásia passiva o que está em causa é o princípio do consentimento livre e informado, também ele um corolário do direito ao respeito pela intimidade da vida privada garantido pelo artigo 8º da CEDH. O acórdão de 29 de julho de 2002, no caso *Pretty contra o Reino Unido* afirma-o expressamente: “A imposição de um tratamento sem o consentimento de um paciente que seja, adulto e intelectualmente capaz, interferiria na integridade física de uma pessoa, de uma tal forma que pode significar uma violação dos direitos protegidos pelo art. 8, nº 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”⁷.

Do princípio do consentimento esclarecido ou informado decorre que, nos casos em que o tratamento é adequado e necessário para prolongar a vida do paciente, a decisão da continuação do tratamento deve fazer-se atendendo à vontade, real ou presumida, do paciente. Note-se que, neste caso, o direito de escolher entre aceitar ou recusar, ou seja, entre consentir ou não consentir no tratamento proposto, é o direito de escolher entre viver ou morrer. Neste sentido, poder-se-á afirmar que o princípio do consentimento livre ou informado implica a permissão da chamada eutanásia passiva voluntária.

Note-se, porém, que nos casos em que o tratamento não é adequado ou é desproporcionado, apresentando-se como clinicamente injustificado, o consentimento livre e informado do paciente já será irrelevante pois nenhum paciente, seja ou não capaz de consentir, poderá exigir do médico um tratamento que este considere clinicamente injustificado. Nestes casos, não faz, porém, sentido falar de eutanásia. Do que se trata é aceitar a inevitabilidade na morte recorrendo aos cuidados paliativos na medida em que esse recurso seja necessário para aliviar a dor e o sofrimento do paciente.

⁷ Cf. acórdão do TEDH de 29 de julho de 2002 (*Pretty contra o Reino Unido*): “the imposition of medical treatment, without the consent of a mentally competent adult patient, would interfere with a person’s physical integrity in a manner capable of engaging the rights protected under Article 8 § 1 of the Convention” (parágrafo 63).

5. O princípio do tratamento diferenciado dos casos de eutanásia ativa direta e de eutanásia ativa indireta

No que toca a um direito à eutanásia ativa direta (voluntária) poderá questionar-se se ele deve ser reconhecido pelos Estados sob pena de violação do direito ao respeito pela vida privada garantido pelo artigo 8º, nº 1, da CEDH.

No acórdão de 29 de julho de 2002, no caso *Pretty contra o Reino Unido*, o TEDH considerou que a proibição da eutanásia ativa direta constituía uma ingerência no direito ao respeito da vida privada, garantido pelo artigo 8º, nº 1, da CEDH, e que a licitude ou ilicitude dessa ingerência deviam apreciar-se aplicando ao caso o artigo 8º da CEDH.

O TEDH concorda com o princípio de que a proibição da eutanásia ativa direta pode ser necessário para a proteção das pessoas contra si próprias ou contra terceiros. O perigo de uma perturbação importante da possibilidade fáctica de autodeterminação por causa da ingerência de terceiros é um perigo particularmente sério por causa das pressões sociais sobre pessoas com uma idade avançada ou, ainda que sem uma idade avançada, com uma doença terminal. A licitude ou ilicitude da eutanásia dependeria assim de o Estado conseguir ou não conformar um procedimento adequado para proteger as pessoas na fase final da sua vida.

O Estado deverá distinguir as pessoas que se encontram em situação de especial fragilidade e as pessoas que não se encontram em situação de especial fragilidade? Deverá distinguir as pessoas vulneráveis das pessoas não vulneráveis, para efeito de afirmar a ilicitude do suicídio assistido das pessoas vulneráveis e a licitude/não licitude da eutanásia ou do suicídio assistido não vulneráveis?

No que toca à eutanásia ativa indireta, a intenção do agente não é causar a morte mas apenas atenuar o sofrimento do doente.

Em alguns Autores, o termo eutanásia ativa indireta é substituído por ortotanásia, conceito que se encontra intimamente ligado aos cuidados paliativos. Com o recurso ao termo ortotanásia pretende-se significar que a morte ocorrida como uma consequência ou como um efeito lateral dos cuidados paliativos (e do cumprimento do dever de agir para atenuar a dor e o sofrimento), não é uma morte por eutanásia, mas sim uma “morte em tempo adequado”, nem antecipada, como acontece na eutanásia, nem retardada como acontece na distanásia.

Nesta matéria, o TEDH reconhece que o médico tem dois deveres colidentes ou conflitantes – em primeiro lugar, o dever ético e jurídico de agir para conservar a vida e, em segundo lugar, o dever ético e jurídico de agir para conservar a qualidade de vida, fazendo diminuir o sofrimento do doente. O problema da colisão ou conflito de deveres deveria resolver-se dando em regra precedência ao dever ético e jurídico de agir para conservar a qualidade de vida do doente.

6. Perspetivas futuras: o princípio da inviolabilidade da vida humana e o princípio da autodeterminação

O tempo atual é um tempo de liberdade e o debate em torno da eutanásia mostra-nos isso mesmo. Através da análise dos projetos recentemente apresentadas pelos vários partidos políticos e debatidos no Parlamento sobre a limitação da intervenção penal e a regulação da morte medicamente assistida, podemos constatar que a vida humana, que durante tanto tempo foi entendida como valor supremo na hierarquia valorativa do ordenamento jurídico, cede, nos referidos projetos, perante a invocação da autonomia, vertente da liberdade⁸.

⁸ Como se sabe, a (eventual) alteração legislativa tem estado no “estaleiro jurídico”. Para uma síntese do *status quo*, pode ver-se a informação depositada em <https://www.parlamento.pt/Paginas/2022/junho/morte-medicamente-assistida.aspx>, de que aqui faremos uso. Como aí se sintetiza, na XIV Legislatura, foram apresentadas diversas iniciativas sobre a morte medicamente assistida – Projetos de Lei nºs 4/XIV/1ª (BE), 67/XIV/1ª (PAN), 104/XIV/1ª (PS), 168/XIV/1ª (PEV) e 195/XIV/1ª (IL) - tendo, na sequência do respetivo debate e apreciação na especialidade, sido aprovado o Decreto da Assembleia da República nº 109/XIV – Regula as condições em que a morte medicamente assistida não é punível e altera o Código Penal. O Presidente da República requereu a fiscalização preventiva da constitucionalidade de diversas normas constantes deste Decreto, tendo o Tribunal Constitucional, através do acórdão nº 123/2021, decidido pronunciar-se pela inconstitucionalidade de uma das suas normas. Na sequência deste acórdão, o Presidente da República devolveu o Decreto sem o promulgar. A Assembleia da República aprovou alterações a este diploma, dando origem ao Decreto da Assembleia da República nº 199/XIV. Enviado ao Presidente da República, foi devolvido à Assembleia da República, sem promulgação. O Presidente da República solicitou à Assembleia da República que clarificasse “se é ou não exigível ‘doença fatal’ como requisito de recurso a morte medicamente assistida e se, não o sendo, a exigência de ‘doença grave’ e de ‘doença incurável’ é alternativa ou cumulativa e, ainda, que pondere, no caso de não exigência de ‘doença fatal’, se existem razões substanciais decisivas, relativamente à sociedade portuguesa, para alterar a posição assumida em fevereiro de 2021, no Decreto nº 109/XIV”. Ainda durante esta Legislatura, foi entregue na Assembleia da República uma Iniciativa Popular de Referendo “A (des)Penalização da morte a pedido”. De acordo com as disposições legais aplicáveis, a Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, depois de ouvir representantes do grupo de cidadãos eleitores, elaborou o Projeto de Resolução 679/XIV/2ª que, submetido a votação, foi rejeitado. Também na XIII Legislatura, esta questão tinha sido debatida, através da apreciação de diversas iniciativas legislativas – Projetos de Lei nºs 418/XIII/2ª (PAN) – Regula o acesso à morte medicamente assistida; 773/XIII/3ª (BE) – Define e regula

Como argumento para a permissão da eutanásia invoca-se a liberdade de escolha do sujeito. A morte, induzida ativa e intencionalmente por outrem, seria, tendo em conta a existência de consentimento do lesado, lícita porque expressão da liberdade individual, por sua vez essencial para que se possa falar de dignidade da pessoa humana.

Esta invocação da autonomia (liberdade de escolha) como fundamento para a permissão da eutanásia, suscita, a nosso ver, reflexão.

Em jeito de conclusão, terminamos com algumas dúvidas e interrogações, num tema altamente complexo e onde as incertezas são inúmeras:

- (i) Fala-se, em abono da permissão da eutanásia, no direito a uma morte digna: a eutanásia ou “morte a pedido” seria digna porque expressão da vontade do sujeito (da sua liberdade). Poderá a eutanásia ser encarada como forma de exercício da liberdade entendida em termos de autonomia do sujeito que pede para morrer?
- (ii) Esta questão remete-nos para outras mais complexas: poderá a liberdade ancorar-se na pura vontade subjetiva do sujeito que pede para morrer?
- (iii) O direito é uma ordem normativa à qual subjaz uma axiologia valorativa. (rejeitamos a conceção do Direito como pura forma na total dependência da vontade do legislador, sempre tendencialmente arbitrária). A Pessoa humana e a sua ineliminável dignidade são o pilar que sustenta toda a juridicidade. O consentimento do lesado, que pede para morrer, representa uma renúncia ao direito à vida. Será que esta renúncia não atenta diretamente contra a dignidade da pessoa?
- (iv) A isto acresce que a liberdade é sempre condicionada e, de modo especial, nas situações de sofrimento intolerável. Note-se que a limitação da intervenção penal e a regulação da morte medicamente assistida tem como destinatários, grosso modo,

as condições em que a antecipação da morte, por decisão da própria pessoa com lesão definitiva ou doença incurável e fatal e que se encontra em sofrimento duradouro e insuportável, não é punível; 832/XIII/3ª (PS) – Procede à 47ª alteração ao Código Penal e regula as condições especiais para a prática de eutanásia não punível; e 838/XIII/3ª (PEV) – Define o regime e as condições em que a morte medicamente assistida não é punível.

os pacientes em situação de sofrimento extremo, com doença incurável e fatal. A pessoa que pede para morrer está a dizer que quer morrer ou que quer que aquele sofrimento morra? É preciso lembrar que a morte pela eutanásia não mata o sofrimento, mata a Pessoa. E é a mais irreversível das decisões...

- (v) Por outro lado, a invocação da liberdade de escolha do sujeito como fundamento para a permissão da eutanásia pode abrir a porta à legalização de qualquer auxílio ao suicídio, mesmo para além das situações de doença terminal.
- (vi) Claro que seria sempre possível tentar estabelecer critérios objetivos de determinação da licitude do pedido. Mas ao fazê-lo não podemos deixar de admitir que a razão que fundamenta a permissão da eutanásia pode deixar de ser a vontade, na sua subjetividade (pois se o fosse não seria necessário qualquer critério), podendo resvalar para o reconhecimento (ainda que disfarçado) de que há vidas que não são dignas de serem vividas.

ALGUNS ASPECTOS DO REGIME DOS CONTRATOS DE CRÉDITO À HABITAÇÃO

Maria Raquel Guimarães*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.11>

1. Breve caracterização do crédito à habitação em Portugal¹

O valor total do crédito à habitação concedido em Portugal ascendeu a 15.270 milhões de euros no ano de 2021, o valor mais alto apresentado desde

* Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade do Porto; investigadora do CIJE — Centro de Investigação Jurídico-Económica (rguimaraes@direito.up.pt). Este texto serviu de base à intervenção intitulada “A protecção do consumidor financeiro em Portugal: Particularidades dos contratos de crédito à habitação” por nós realizada no dia 16 de Dezembro de 2020 no *Congreso Internacional sobre protección de los consumidores en los mercados financieros en el contexto postcrisis*, dirigido pelos Senhores Profs. Doutores Natalia Álvarez Lata e Fernando Peña Lopez e coordenado pela Senhora Prof. Doutora Noelia Collado Rodriguez, na Faculdade de Direito da Universidade da Corunha, Espanha. Foi escrito com um propósito de divulgação, destinado a integrar as actas do referido congresso, tendo sido, entretanto, actualizado. A investigação levada a cabo inseriu-se no *Proyecto de Investigación* PID2019-107296GB-I00, “Derecho transitorio, retroactividad y aplicación en el tiempo de las normas jurídicas”, financiado pelo *Ministerio de Ciencia e Innovación*, Espanha, tendo por investigador principal o Senhor Prof. Doutor Andrés Domínguez Luelmo, da Universidade de Valladolid, Espanha.

¹ Utilizamos aqui a expressão “crédito à habitação”, amplamente divulgada em Portugal e não exactamente sobreponível às expressões alternativas de “crédito imobiliário” ou “crédito hipotecário”, na medida em que permite ressaltar a especial *função* subjacente ao contrato de crédito celebrado, que é a habitação do devedor. Esta função encontra-se diluída no “crédito imobiliário” que, pondo o relevo no *objecto* (imóvel) adquirido a crédito, abrange imóveis destinados a outros usos, bem como no “crédito hipotecário”, que particulariza a garantia prestada pelo devedor e deixa de fora os créditos destinados à aquisição de imóveis, habitacionais ou não, em que não exista uma garantia hipotecária. É certo, porém, que a análise que iremos realizar não se circunscreve aos contratos de crédito destinados a habitação, uma vez que o âmbito de aplicação dos diplomas legais que serão abordados é muitas vezes mais amplo, cruzando o propósito habitacional com o objecto imobiliário e a garantia prestada.

2007. Significa isto que, grosso modo, estatisticamente a cada português corresponde um valor de mil e quinhentos euros desse crédito concedido. No ano de 2012 o crédito à habitação alcançou o valor mais baixo em muitos anos (1.935 milhões de euros), depois de, em 2007, ter chegado a quase 20.000 milhões de euros². Ainda assim, o crédito à habitação voltou a corresponder nos últimos anos à maior percentagem do crédito concedido a particulares, tendo apresentado números sempre crescentes desde o referido ano de 2012³.

Por outro lado, do número total de contratos de crédito à habitação vigentes, de acordo com os últimos dados do Banco de Portugal, relativos ao ano de 2020, 1.441.183 são contratos de crédito à habitação com garantia hipotecária, enquanto apenas 5.601 foram celebrados sem garantia hipotecária e 752 correspondem a contratos de locação financeira imobiliária⁴. Cerca de um quarto destes contratos (24,4%) foram concluídos com um prazo de 25 a 30 anos e outro quarto (24,9%) com um prazo superior, de 35 a 40 anos, dispersando-se os demais entre intervalos de prazos diferentes. Ainda assim, os contratos concluídos durante o ano de 2020 apresentaram uma tendência distinta, com quase 50% a optarem por um prazo de 35 a 40 anos⁵.

Por último, no que toca à modalidade da taxa de juro, a esmagadora maioria dos contratos vigentes (93,3%) prevê uma taxa de juro variável, 5,5% uma taxa mista e apenas 1,2% uma taxa fixa, embora esta última tenha verificado um acréscimo significativo no ano de 2020, sendo adoptada em 5,7% dos contratos celebrados⁶.

Correspondendo o crédito ao consumo ao principal encargo suportado pelos consumidores e pelas famílias em Portugal e prolongando-se por períodos de tempo muito alargados, na ordem das décadas, sujeito a taxas

² PORDATA, “Montantes de empréstimos concedidos no ano a particulares: total e por tipo de finalidade”, disponível em <https://www.pordata.pt/Portugal/Montantes+de+empréstimos+concedidos+no+ano+a+particulares+total+e+por+tipo+de+finalidade-2844-244811> [07.07.2022].

³ O valor total do crédito do crédito concedido a particulares em 2021, englobando crédito à habitação, crédito ao consumo e crédito para outros fins, ascendeu a 21.966 milhões de euros: PORDATA, “Montantes de empréstimos concedidos no ano a particulares...”, *cit.*

⁴ BANCO DE PORTUGAL, *Relatório de Acompanhamento dos Mercados Bancários de Retalho 2020*, Julho de 2021, p. 58, disponível em https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/relatorio_de_acompanhamento_dos_mercados_bancarios_de_retalho_2020.pdf [07.07.2022].

⁵ Concretamente 46,7% dos contratos celebrados em 2020 previram prazos entre 35 a 40 anos: BANCO DE PORTUGAL, *Relatório de Acompanhamento dos Mercados Bancários de Retalho 2020*, *cit.*, pp. 59-60.

⁶ BANCO DE PORTUGAL, *Relatório de Acompanhamento dos Mercados Bancários de Retalho 2020*, *cit.*, pp. 60-61.

de juro variáveis, percebe-se a importância da intervenção do legislador na regulamentação destes contratos e na introdução de medidas que possam atenuar a vulnerabilidade do devedor face à passagem do tempo e reforçar a estabilidade da sua posição contratual⁷.

2. Regime aplicável

No que respeita ao regime jurídico aplicável a estes contratos, reveste particular relevância a transposição para o direito nacional da Directiva 2014/17/UE, de 4 de Fevereiro de 2014, essencialmente através do Decreto-Lei nº 74-A/2017, de 23 de Junho⁸, que introduziu o regime do crédito imobiliário a consumidores, ainda que mantendo em vigor regras anteriores, como as contidas no Decreto-Lei nº 349/98, de 11 de Novembro⁹.

⁷ As características apontadas não foram indiferentes ao legislador português aquando da tarefa de regular os contratos de crédito para aquisição de habitação própria, consciente de que este “é tipicamente o mais importante compromisso financeiro da vida de um consumidor, atendendo aos valores mutuados, ao prazo de amortização e às consequências da execução da hipoteca”, tal como é expressamente salientado no texto preambular que introduz o Decreto-Lei nº 74-A/2017, de 23 de Junho, que aprovou o regime do crédito imobiliário a consumidores, como veremos de seguida. Salientando também esta importância social do crédito à habitação, cf. Jorge Morais CARVALHO, “Crédito ao consumo e crédito à habitação”, in Cordeiro et al. (coords.), *Estudos de direito bancário*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 2018, p. 317.

⁸ Directiva 2014/17/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Fevereiro de 2014, relativa aos contratos de crédito aos consumidores para imóveis de habitação e que altera as Directivas 2008/48/CE e 2013/36/UE e o Regulamento (UE) nº 1093/2010, JO L 60, 28.2.2014, pp. 34-85. O Decreto-Lei nº 81-C/2017, de 7 de Julho, completou a transposição da Directiva em questão, aprovando o regime jurídico que estabelece os requisitos de acesso e de exercício da actividade de intermediário de crédito e da prestação de serviços de consultoria. Para uma análise das alterações que a Directiva pressupôs face ao direito anteriormente vigente, v. Mariana Fontes da COSTA, “The impact of the mortgage credit directive 2014/17/EU. Views from Portugal”, in Miriam Anderson e Esther Arroyo Amayuelas (eds.), *The impact of the mortgage credit directive in Europe, Contrasting views from Members States*, Groningen, Europa Law Publishing, 2017, pp. 430-441.

⁹ Isabel Menéres CAMPOS e Jorge Morais CARVALHO, “Mortgage credit in Portugal”, *EuCML — Journal of European Consumer and Market Law*, nº 5, 2017, p. 219. Uma breve descrição do regime anterior à transposição da directiva de 2014 pode ser vista em Cláudia Silva CASTRO, “A proteção do consumidor nos contratos de crédito para imóveis de habitação. Confronto entre as soluções propostas pela Directiva 2014/17/UE e as consagradas pelo Regime Jurídico do Crédito ao Consumo”, *RED — Revista Electrónica de Direito*, nº 2, Junho de 2017, pp. 7-12. Para uma síntese dos diplomas revogados pelo Decreto-Lei nº 74-A/2017, v. Sandra PASSINHAS, “O novo regime do crédito aos consumidores para imóveis de habitação”, *Estudos de Direito do Consumidor*, vol. 14, nº 1, 2018, pp. 431-432. Sobre “o que resta” do Decreto-Lei nº 349/98, de 11 de Novembro, depois da transposição da directiva de 2014, v. Rui Pinto DUARTE, *O novo regime do crédito imobiliário a consumidores (Dec.-Lei 74-A/2017) — Uma apresentação*, Coimbra, Livraria Almedina, 2018, pp. 77-79. Note-se que o âmbito de aplicação deste Decreto-Lei nº 349/98, definido no seu artigo 1º, abrange os contratos de concessão de crédito à aquisição, construção e realização de obras de conservação ordinária, extraordinária e de beneficiação de habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento, e à aquisição de terreno para construção de habitação própria permanente.

Também o regime das cláusulas contratuais gerais, vertido no Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, assume um papel fundamental no controlo da inclusão das cláusulas não negociadas inseridas nos contratos, de adesão, de crédito à habitação, e no controlo do seu conteúdo, à luz do princípio da boa fé, coadjuvado com as listas de cláusulas absoluta e relativamente proibidas tipificadas de modo exemplificativo na lei. Sendo este um regime *geral* aplicável aos contratos “por adesão” ou “de adesão”, ele cobrirá todos os contratos massificados ou individualizados cujo clausulado tenha sido imposto sem negociação à contraparte, não sendo a sua aplicação afastada pelos regimes *especiais* dos contratos de crédito ao consumo, na medida em que não contenda com as suas regras.

No que toca ao seu âmbito de aplicação, o Decreto-Lei nº 74-A/2017, de 23 de Junho, inclui não só os “contratos de crédito para a aquisição ou manutenção de direitos de propriedade sobre terrenos ou edifícios já existentes ou projetados”, referidos na Directiva transposta, mas também os “contratos de crédito que, independentemente da finalidade, estejam garantidos por hipoteca ou por outra garantia equivalente habitualmente utilizada sobre imóveis, ou garantidos por um direito relativo a imóveis”, sejam estes imóveis sobre os quais recai a garantia destinados ou não a habitação. O legislador português alargou, deste modo, o âmbito de aplicação deste texto legal relativamente à Directiva transposta¹⁰. Acrescenta-se ainda na lei portuguesa os “contratos de locação financeira de bens imóveis para habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento”, ainda que excepcionando a aplicação de alguns pontos do seu regime¹¹. A estes contratos o legislador ainda sobrepõe os “contratos de crédito para a aquisição ou construção de

¹⁰ Cf. as alíneas *b)* e *c)* do nº 1 do artigo 2º do Decreto-Lei nº 74-A/2017, de 23 de Junho, e as alíneas *a)* e *b)* do nº 1 do artigo 3º da Directiva 2014/17/UE, de 4 de Fevereiro de 2014. No sentido da ampliação do âmbito de aplicação do diploma nacional relativamente à directiva transposta, v. Rui Pinto DUARTE, *O novo regime do crédito imobiliário a consumidores (Dec.-Lei 74-A/2017)*..., *op. cit.*, pp. 9, 19-20, 85-86, e Mariana Fontes da COSTA, “A proteção do consumidor-mutuário no crédito à habitação a taxa de juro variável”, *RED — Revista Electrónica de Direito*, vol. 16, nº 2, Junho, 2018, p. 83, nota 1. A ampliação, parece-nos, não abrange porém os contratos de crédito a consumidores destinados à aquisição de imóveis para fins não habitacionais, já compreendidos na alínea *b)* do nº 1 do artigo 3º da Directiva 2014/17/UE, mas sim os contratos de crédito que, independentemente do fim, sejam garantidos por uma garantia sobre imóveis não habitacionais (que a alínea *a)* do nº 1 do artigo 3º da Directiva 2014/17/UE não inclui). Esta possibilidade de extensão do regime da Directiva a outros contratos de crédito encontra-se, desde logo, prevista na própria Directiva, em concreto o seu considerando 13.

¹¹ Cf. nº 2 do artigo 2º do Decreto-Lei nº 74-A/2017.

habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento”¹², que, não obstante a tónica colocada na finalidade habitacional dos imóveis cuja aquisição se visa financiar, já se encontram incluídos nos contratos de crédito para a “aquisição de direitos de propriedade” sobre “terrenos ou edifícios já existentes ou projetados”, referidos na alínea *b*) do artigo 2º, nº 1, do diploma nacional¹³.

3. Fase pré-contratual e os deveres de informação

Frequentemente os contratos de crédito e, de uma forma geral, os contratos bancários e financeiros materializam-se em formulários previamente impressos, “fechados” a qualquer negociação posterior entre o mutuante e o seu cliente¹⁴. A margem de liberdade deixada ao cliente é escassa e circunscrita a aspectos não essenciais do contrato e é ainda mais reduzida nos casos em que este é um consumidor e se encontra numa situação de maior desigualdade posicional no contrato em face da contraparte. Em regra, o cliente limita-se a assinar no espaço predefinido para o efeito, declarando ter tomado conhecimento do conteúdo do contrato e com ele concordar.

Este circunstancialismo tem consequências importantes neste sector de actividade, levando à transferência dos riscos, dos ónus, dos deveres, dos custos económicos próprios do contrato, da esfera do predisponente para a esfera do aderente. A relação de forças que se estabelece entre o credor e os seus devedores influencia de forma marcante o arranjo dos interesses alcançado nos negócios entre eles celebrados, levantando dúvidas quanto aos limites da autonomia contratual do primeiro bem como quanto aos limites do seu poder normativo. O futuro consumidor/devedor muitas vezes “adere”

¹² Cf. a alínea *a*) do nº 1 do artigo 2º do Decreto-Lei nº 74-A/2017.

¹³ A fórmula exacta utilizada pelo legislador neste preceito é, como referimos *supra*, “contratos de crédito para aquisição ou manutenção de direitos de propriedade sobre terrenos ou edifícios já existentes ou projetados”, decalcada com pequenas variações do texto da Directiva de 2014. Sobre os contratos que visam a *manutenção* de direitos de propriedade sobre imóveis, *vide* o que dito no considerando 15 da Directiva 2014/17/UE.

¹⁴ Sobre este ponto seguiremos de perto o que escrevemos em “As cláusulas contratuais gerais bancárias na jurisprudência recente dos tribunais superiores”, *in* L. Miguel Pestana de Vasconcelos (coord.), *II Congresso de Direito Bancário*, Coimbra, Livraria Almedina, 2017, pp. 198-199, 201-202.

a um conteúdo contratual em cuja elaboração não participou, frequentemente desconhece ou não compreende e que, as mais das vezes, lhe é desvantajoso.

Nos termos do Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, consideram-se incluídas nos contratos singulares, *a contrario* do disposto no seu artigo 8º, apenas as cláusulas que tenham sido comunicadas à contraparte, em respeito pelo artigo 5º do mesmo diploma, relativamente às quais seja de esperar o seu efectivo conhecimento na medida em que tenham sido explicitados todos os aspectos cuja aclaração se justificava, nos termos do artigo 6º, com exclusão das cláusulas “surpresa”, com que a outra parte não poderia contar em virtude da sua inserção descontextualizada ou apresentação gráfica ou ainda por terem sido acrescentadas *a posteriori*, depois da assinatura do contrato.

Pretende-se, em suma, salvaguardar o acordo de vontades que está na génese do contrato, assegurando que o devedor aderente efectivamente tomou conhecimento e compreendeu um texto contratual preparado de antemão para uma pluralidade de destinatários indistinta, numa tentativa de granjear num momento posterior um consenso que não esteve na base da negociação e redacção das diferentes cláusulas contratuais.

A estes ónus de comunicação das cláusulas não negociadas e dever de informação quanto ao seu conteúdo, impostos ao mutuante nos termos gerais do Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, acrescem os deveres de informação especialmente previstos no contexto do crédito imobiliário pelo Decreto-Lei nº 74-A/2017, de 23 de Junho.

Desde logo, este diploma impõe que a informação a prestar pelo mutuante aos consumidores seja, como decorre dos seus artigos 7º e 8º, *completa, verdadeira, actualizada, clara, objectiva, adequada, legível e prestada gratuitamente*. E a obrigação de informar impõe-se ao mutuante em diferentes momentos e estádios de desenvolvimento do contrato de crédito, começando logo com a publicidade realizada à concessão de crédito e a necessidade de nela incluir a “taxa anual de encargos efetiva global” (TAEG) de uma forma “*legível ou perceptível pelo consumidor*”¹⁵. Ainda na publicidade devem ser indicadas uma série de informações que permitam ao consumidor conhecer a identidade do mutuante, a modalidade de “taxa anual nominal” (TAN) e

¹⁵ Cf. o artigo 10º, n.ºs 1 e 3, do Decreto-Lei nº 74-A/2017, de 23 de Junho.

o seu indexante, no caso de este ser variável, o montante total do crédito e a duração do contrato de crédito, entre outras indicações¹⁶.

A lei prevê ainda a necessidade de fornecer informação (extensa e minuciosa) de carácter geral “clara, verdadeira, completa, compreensível e legível sobre os contratos de crédito”, a ser disponibilizada pelos mutuantes (e pelos eventuais intermediários de crédito) “em permanência, nos seus sítios na Internet”, e também em suporte papel ou noutro suporte duradouro¹⁷. E obriga à entrega de uma “Ficha de Informação Normalizada Europeia” (FINE), elaborada já com base nas informações prestadas pelo consumidor, contendo uma simulação de crédito e o clausulado do contrato de crédito a celebrar¹⁸.

A necessidade de prestação destas informações surge no contexto de um dever mais amplo de assistência ao consumidor, que a lei impõe ao mutuante com vista a colocar o consumidor “em posição que lhe permita avaliar se o contrato de crédito proposto e os eventuais serviços acessórios se adaptam às suas necessidades e à sua situação financeira”¹⁹. Dever de assistência cuja compatibilização com o *animus* lucrativo que informa toda a actuação do mutuante, que terá eventualmente como actividade principal a celebração de contratos de crédito, poderá não ser óbvia²⁰.

O legislador português, tal como o legislador europeu, não se afastou aqui da linha traçada noutros diplomas comunitários no sentido de considerar que um consumidor informado, *rectius*, um consumidor a quem seja disponibilizada informação, equivale a um consumidor protegido. Na base deste modelo encontra-se o raciocínio silogístico que considera que o consumidor só não exerce a sua liberdade contratual numa posição de igualdade com a contraparte porque não tem acesso a toda informação necessária, pelo que o

¹⁶ Cf. o n.º 5 do artigo 10.º do mesmo diploma legal.

¹⁷ Artigo 12.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de Junho.

¹⁸ Artigo 13.º, n.ºs 1-3, do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de Junho.

¹⁹ Artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de Junho. Catarina Monteiro PIRES, “Cláusulas contratuais gerais de limite mínimo da taxa de juro no mútuo bancário”, *CDP — Cadernos de direito privado*, n.º 59, Julho/Setembro, 2017, p. 12, diz-nos que este dever de assistência “é, na verdade, um dever de esclarecimento, nos termos do qual o mutuante esclarece de modo adequado o consumidor”.

²⁰ A lei entendeu dever privilegiar o interesse do consumidor em evitar uma situação de sobreendividamento e o interesse geral na concessão de crédito responsável face à não introdução de desvios no fim social prosseguido pelos profissionais da concessão de crédito.

fornecimento desta informação permitiria o livre jogo da autonomia privada e, portanto, a reposição do equilíbrio posicional das partes no contrato²¹.

A estes deveres de informação pré-contratual impostos ao mutuante ainda acrescem deveres de informação a cumprir durante a vigência do contrato, nomeadamente no que respeita a eventuais alterações da TAN, incluindo “o montante dos pagamentos a efetuar após a entrada em vigor da nova TAN e, se o número ou a frequência dos pagamentos forem alterados, os detalhes das alterações antes da produção de efeitos dessas alterações”²². Estas informações sobre alterações da TAN deverão ser prestadas num momento anterior ao previsto para a produção dos seus efeitos, ditando o Aviso do Banco de Portugal nº 5/2017, de 22 de Setembro, que sejam incluídas no extracto periódico que é enviado ao devedor pelo mutuante, ou num documento autónomo, de forma a assegurar o seu envio com uma antecedência mínima de quinze dias relativamente ao vencimento da prestação subsequente²³.

Em qualquer dos casos, o legislador não prevê consequências civis para o incumprimento destes deveres de informação, estipulando apenas um regime sancionatório no artigo 29º, punindo como infracções o desrespeito das normas assinaladas. A omissão do legislador não pretere, no entanto, como dissemos, a aplicação das regras consagradas em sede de cláusulas contratuais gerais no Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, nem sequer o recurso às vias indemnizatórias previstas, em geral, na lei civil.

²¹ Em geral, sobre o modelo de protecção do consumidor baseado na informação (caracterizado pelo Autor como um “verdadeiro passe de mágica”), cf. Jorge Pegado LIZ, “Algumas reflexões a propósito do direito dos consumidores à informação”, in AAVV, *Liber Amicorum Mário Frota — A causa dos direitos dos consumidores*, Coimbra, Livraria Almedina, 2012, pp. 341-342. No caso específico dos contratos de crédito imobiliário, vejamos as referências de Catarina Monteiro PIRES, “Cláusulas contratuais gerais de limite mínimo da taxa de juro no mútuo bancário”, *op. cit.*, p. 11, *in fine*, a um “modelo de informação enquanto forma de tutela do cliente bancário” e, na mesma linha, de Mariana Fontes da COSTA, “A protecção do consumidor-mutuário no crédito à habitação a taxa de juro variável”, *op. cit.*, p. 99. Sobre as insuficiências de um modelo baseado na informação no âmbito dos contratos de concessão de crédito a consumidores e as tentativas da sua superação (ainda que traduzidas por “esforços dispersos”, na caracterização do Autor), *vide* os desenvolvimentos tecidos por Francisco Mendes CORREIA, “O contrato de mútuo: questões antigas e desenvolvimentos recentes”, in A. Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil — Livro do cinquentenário*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 2019, pp. 551-555. Na doutrina espanhola, questionando também a protecção do consumidor no crédito ao consumo com base no modelo informativo, v. Esther ARROYO AMAYUELAS, “La forma del crédito al consumo y las sanciones para el caso de contravención”, *RED — Revista Electrónica de Direito*, nº 1, Fevereiro de 2014, p. 10.

²² Artigo 22º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei nº 74-A/2017, de 23 de Junho.

²³ Cf. os artigos 12º e 13º do Aviso do Banco de Portugal nº 5/2017, de 22 de Setembro.

4. O clausulado dos contratos de crédito à habitação e as últimas intervenções do legislador

Os contratos de crédito à habitação têm um conteúdo extenso e complexo, onde se incluem as diferentes menções elencadas a título de informação pré-contratual. Do clausulado do contrato de crédito deverão ainda constar os elementos indicados no artigo 11º do Aviso do Banco de Portugal nº 5/2017, de 22 de Setembro, que tem como epígrafe “Informação a prestar no contrato”. Em qualquer dos casos, muitas das “informações” que o legislador particulariza correspondem ao núcleo fundamental do contrato de crédito, nomeadamente aquelas relativas às taxas aplicáveis e demais custos do crédito, prazo de duração, número de prestações devidas, garantias exigidas, condições de reembolso, etc.²⁴. Os contratos de crédito à habitação têm, nesta medida, um conteúdo “mínimo” bastante minucioso, integrado pelas regras imperativas definidas pelo legislador e completado, nos “espaços em branco”, nos termos ditados pela autonomia das partes, ou melhor, do predisponente/mutuante que unilateralmente redige o texto contratual.

Iremos, de seguida, analisar algumas questões pontuais relativas ao conteúdo do contrato de crédito à habitação que mereceram o interesse do legislador e/ou da doutrina nos últimos anos.

4.1. Obrigação de abrir ou manter uma conta de depósito à ordem

O legislador nacional limitou fortemente a possibilidade de a celebração do contrato de crédito imobiliário ser condicionada à celebração de outros contratos de “produtos ou serviços financeiros”. Estes outros contratos, designados de “vendas associadas”, podem surgir como obrigatórios, dependendo necessariamente a celebração do contrato de crédito da sua conclusão em conjunto (“*tying*”), ou facultativos, dependendo da sua celebração as condições

²⁴ Cf. o artigo 11º do Aviso do Banco de Portugal nº 5/2017, de 22 de Setembro. Em geral, sobre a confusão, que decorre muitas vezes dos próprios textos legais, entre informação propriamente dita e conteúdo da declaração negocial, ver Jorge Morais CARVALHO, *Manual de direito do consumo*, 7ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2020, pp. 159-162, em especial, p. 161.

aplicáveis ao contrato de crédito, mas não a sua conclusão (“*bundling*”)²⁵. Como princípio geral, a lei portuguesa estabelece no artigo 11º, nº 1, que “ao mutuante está vedado fazer depender a celebração ou renegociação dos contratos abrangidos pelo presente decreto-lei da realização de vendas associadas obrigatórias”, prevendo, de seguida, no nº 2, apenas duas excepções, relativas à abertura ou manutenção de uma conta de depósito à ordem e à celebração de contratos de seguro relacionados com o crédito. No que respeita à primeira das excepções consagradas, o legislador veio em 2020 alterar a redacção original do artigo, através da Lei nº 57/2020, de 28 de Agosto, especificando, relativamente à exigência da abertura ou manutenção de uma conta à ordem, “que o mutuante deve aceitar uma conta numa instituição que não a sua”. Introduce-se, deste modo, no que respeita à imposição de uma conta à ordem, uma fórmula semelhante àquela que já vinha prevista para os contratos de seguro obrigatórios na directiva de 2014, e que o legislador português também adoptou²⁶. Significa isto que o mutuante pode exigir do mutuário a titularidade de uma conta de depósito à ordem mas não lhe pode impor a celebração desse “contrato associado” de abertura de conta enquanto depositário.

Esta alteração da lei encontra-se em vigor desde o dia 1 de Janeiro de 2021.

4.2. Cobrança de comissões ou encargos

A já referida Lei nº 57/2020, de 28 de Agosto, veio também alterar o artigo 7º da Lei nº 66/2015, de 6 de Julho, nos termos do qual “as comissões e despesas cobradas pelas instituições de crédito têm de corresponder a um serviço efetivamente prestado”. Com esta intervenção, o legislador veio não só manter que as comissões e despesas cobradas pelas instituições de crédito e demais prestadores de serviços devem corresponder a um serviço efetivamente prestado, como acrescentar que estas devem “ser razoáveis e proporcionais

²⁵ Artigo 4º, nº 1, alíneas *v*) e *w*), do Decreto-Lei nº 74-A/2017, de 23 de Junho. Sobre este tema, v. Rui Pinto DUARTE, *O novo regime do crédito imobiliário a consumidores (Dec.-Lei 74-A/2017)...*, *op. cit.*, pp. 35-38.

²⁶ No caso dos contratos de seguro obrigatórios, o nº 2, alínea *b*), do artigo 11º do Decreto-Lei nº 74-A/2017, de 23 de Junho, prevê que “o mutuante deve aceitar o contrato de seguro de um prestador que não seja o da sua preferência, se esse contrato salvaguardar um nível de garantia equivalente ao do contrato proposto pelo mutuante”.

aos custos suportados”, reforçando, pela negativa, a proibição de “cobrança de quaisquer comissões, despesas ou encargos de outra natureza nos casos em que não seja efetivamente prestado um serviço ao abrigo do presente artigo”.

Simultaneamente, foi aditado um novo artigo ao Decreto-Lei nº 74-A/2017, o artigo 28º-A, particularizando este regime do artigo 7º da Lei nº 66/2015, de 6 de Julho, no âmbito do crédito imobiliário a consumidores, e proibindo a cobrança de comissões por processamento de prestações de crédito, pela emissão de distrate após o termo do contrato e pela emissão de declarações de dívida²⁷.

Percebe-se a intenção do legislador de evitar que, sob a capa de “comissões” e “despesas”, sejam cobrados valores adicionais, ainda como contrapartida da disponibilização do capital mutuado, que se somassem aos juros fixados, subvertendo as regras de transparência e os limites fixados para as taxas respectivas.

Note-se, porém, que, de acordo com o disposto no artigo 8º da Lei nº 57/2020, de 28 de Agosto, esta proibição, no que toca à alínea a) do novo artigo 28º-A, apenas é aplicável aos contratos celebrados a partir da data da sua entrada em vigor, ou seja, conforme já assinalámos, aos contratos celebrados a partir do dia 1 de Janeiro de 2021. Assim, mantém-se a possibilidade de cobrança de comissões relativas “ao processamento de prestações de crédito, quando o respetivo processamento é realizado pela própria instituição credora ou entidade relacionada”, sempre que previstas em contratos celebrados até ao fim do ano 2020, ainda que condicionada à razoabilidade e proporcionalidade impostas pela nova redacção do artigo 7º da Lei nº 66/2015, de 6 de Julho, e desde que sejam a contrapartida de um serviço efectivamente prestado, como também dispõe o referido normativo.

²⁷ O novo artigo 28º-A prevê literalmente a proibição de cobrança de comissões associadas “a) Ao processamento de prestações de crédito, quando o respetivo processamento é realizado pela própria instituição credora ou entidade relacionada; b) À emissão de distrate após o termo do contrato, seja por reembolso antecipado total ou pelo seu termo natural, sendo este fornecido ou disponibilizado automática e gratuitamente ao consumidor no prazo máximo de quatorze (14) dias; c) À emissão de declarações de dívida ou qualquer outra declaração emitida com o mesmo propósito, quando esta tenha por fim o cumprimento de obrigações para acesso a apoios ou prestações sociais e serviços públicos, até ao limite anual de seis declarações”.

4.3. Fixação de taxas de juros variáveis

Conforme começámos por assinalar, apenas uma percentagem residual dos contratos de crédito à habitação são celebrados em Portugal com recurso a uma taxa de juro remuneratória fixa ou mista, imperando as taxas de juros variáveis.

Em face desta generalização das taxas variáveis, importa saber quais são os limites que se impõem à liberdade de fixação do seu valor, nomeadamente se existem limites máximos legais, “tectos” que se lhes apliquem e que coarctem a autonomia das partes, *maxime* do mutuante que unilateralmente fixa as cláusulas de juros e as impõe à contraparte. No que toca aos limites mínimos dessas taxas, o legislador pronunciou-se em 2018, não logrando, ainda assim, pôr termo ao debate doutrinal sobre o tema.

a) Limites máximos das taxas de juros

A questão da existência de limites máximos à fixação das taxas de juros coloca-se tendo como “pano de fundo” o regime geral dos negócios usurários, previsto no artigo 282º do Código Civil português, que comina com a anulabilidade os negócios em que “alguém, explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados”²⁸. Em paralelo com esta previsão geral — que não prescinde da verificação de requisitos objectivos, recorrendo, para o efeito, a conceitos gerais como “benefícios excessivos” e “benefícios injustificados”, que exigem a concretização do julgador, e da verificação de requisitos subjectivos (exploração de uma situação de necessidade, inexperiência, ligeireza...) — o Código Civil português estabelece ainda um regime especial no artigo 1146º para o contrato de mútuo, e que o artigo 559º-A manda aplicar também “a toda a estipulação de juros ou

²⁸ Para além da solução da anulabilidade, o legislador prevê em alternativa a possibilidade de modificação do negócio “segundo juízos de equidade”, nos termos do artigo 283º do Código Civil, ou seja, a sua redução de acordo com o “prudente arbítrio do juiz”: Pires de LIMA e Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, com a colaboração de M. Henrique Mesquita, vol. I (Artigos 1º a 761º), 4ª ed. revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, p. 261.

²⁹ Sobre a previsão do artigo 282º e os requisitos para a sua aplicação, v. Carlos Alberto da Mota PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4ª ed. por A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 536-537, bem como Carlos Ferreira de ALMEIDA, *Contratos V. Invalidade*, Coimbra, Livraria Almedina, 2017, pp. 157-160.

quaisquer outras vantagens em negócios ou actos de concessão, outorga, renovação, desconto ou prorrogação do prazo de pagamento de um crédito e em outros análogos”. Neste contexto do contrato de mútuo, o legislador optou por fixar critérios quantitativos (objectivos) dos benefícios excessivos ou injustificados que sanciona, considerando usurários os contratos de mútuo “em que sejam estipulados juros anuais que excedam os juros legais, acrescidos de 3% ou 5%, conforme exista ou não garantia real”. Estas hipóteses de usura têm como consequência a *redução legal*, automática, da cláusula de juros aos máximos previstos, ainda que seja outra a vontade dos contraentes e, portanto, afastando-se esta solução das regras gerais da redução dos negócios parcialmente inválidos³⁰ — e da consequência da anulabilidade dos negócios usurários — com vista a melhor acautelar os interesses do mutuário³¹.

Note-se, ainda, que esta solução prevista para os juros civis é aplicável também aos juros comerciais, por estipulação expressa do artigo 102º, § 2, do Código Comercial português, sendo, por sua vez, as operações bancárias actos objectivamente comerciais, nos termos do artigo 362º do mesmo Código Comercial³².

O Decreto-Lei nº 74-A/2017, de 23 de Junho é omissivo no que toca à limitação das taxas de juros aplicáveis aos contratos nele abrangidos, diferentemente do que acontece no regime dos contratos de crédito a consumidores estabelecido no Decreto-Lei nº 133/2009, de 2 de Junho³³.

³⁰ Referimo-nos ao artigo 292º do Código Civil português, onde a redução dos negócios parcialmente inválidos é a regra “salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada”, fazendo assim depender a redução da inexistência de prova de uma vontade em sentido contrário ao do aproveitamento da parte válida do negócio: sobre o tema v. Pires de LIMA e Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, vol. I, *op. cit.*, pp. 267-268, bem como Carlos Alberto da Mota PINTO, *Teoria geral do direito civil*, *op. cit.*, pp. 632-636.

³¹ Cf. o artigo 1146º, nº 3, do Código Civil português. Como assinala Carlos Alberto da Mota PINTO, *Teoria geral do direito civil*, *op. cit.*, p. 637, em muitas destas situações a vontade hipotética do mutuante iria no sentido da invalidade total do negócio ou, pelo menos, como aponta Carlos Gabriel da Silva LOUREIRO, “Juros usurários no crédito ao consumo”, *Tékhnē — Revista de Estudos Politécnicos*, vol. V, nº 8, 2007, p. 268, não iria no sentido da aplicação da taxa legal ou, eventualmente, da inexistência de quaisquer juros.

³² Carlos Gabriel da Silva LOUREIRO, “Juros usurários no crédito ao consumo”, *op. cit.*, p. 270, Pedro Pais de VASCONCELOS, “Taxas de juro do crédito ao consumo: limites legais”, in L. Miguel Pestana de Vasconcelos (coord.), *II Congresso de Direito Bancário*, Coimbra, Livraria Almedina, 2017, p. 342; e António Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, XII, *Contratos em especial (2ª parte)*, Coimbra, Livraria Almedina, 2018, p. 257.

³³ Em concreto, o artigo 28º do Decreto-Lei nº 133/2009, de 2 de Junho, na redacção que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei nº 42-A/2013, de 28 de Março, prevê, sob a epígrafe “Usura”, entre outras regras, que “é havido como usurário o contrato de crédito cuja TAEG, no momento da celebração do contrato, exceda em um quarto a TAEG média praticada pelas instituições de crédito no trimestre anterior, para cada tipo de contrato de crédito aos consumidores”, e que “é igualmente tido como usurário o contrato de crédito cuja TAEG, no momento da celebração do contrato, embora não exceda o limite definido no número anterior, ultrapasse em 50/prct. a TAEG média dos

Subsiste, porém, no regime jurídico da concessão de crédito à habitação ainda contido no Decreto-Lei nº 349/98, de 11 de Dezembro, a regra de que a taxa de juro contratual aplicável aos contratos nele abrangidos será *livremente negociada entre as partes*³⁴. E, recorda-se, este diploma abrange os contratos para a aquisição, construção e realização de obras de conservação ordinária, extraordinária e de beneficiação de habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento, e os contratos para a aquisição de terreno para construção de habitação própria permanente. Perante a redacção da norma em causa, questiona-se se o legislador pretendeu *liberalizar* as taxas de juros nos contratos de crédito à habitação abrangidos ou apenas proclamar a liberdade das partes *dentro dos limites fixados na lei*, permitindo, desde logo, a negociação da modalidade de taxa a adoptar e o seu valor, balizado pelos tectos definidos na lei civil.

A questão não pode ser tratada de forma isolada, sem se tomar em consideração o problema mais geral da aplicabilidade dos limites impostos para os juros civis aos contratos bancários, aplicabilidade que vem sendo debatida na doutrina portuguesa, não obstante uma parte considerável dos autores, apoiada pela jurisprudência, defender que tais limites não se aplicam³⁵. Esta

contratos de crédito aos consumidores celebrados no trimestre anterior”. Acrescenta-se ainda que a TAEG e, no caso de ultrapassagem de crédito, a TAN, que ultrapassem os limites fixados são automaticamente reduzidas a metade dos limites máximos previstos nos diferentes casos, sem prejuízo de eventual responsabilidade criminal do mutuante. Para mais desenvolvimentos sobre estas regras, v. Jorge Morais CARVALHO, *Manual de direito do consumo, op. cit.*, pp. 422-426; Joana FARRAJOTA, “A propósito do Ac. da Relação do Porto de 22.05.2019. Ainda, juros remuneratórios bancários”, 06.10.2020, pp. 1739-1744, disponível em www.revistadedireitocomercial.com [31.01.2021]; e Miguel Pestana VASCONCELOS, “De novo os limites máximos de taxas de juro das instituições de crédito e das sociedades financeiras”, 06.09.2019, pp. 529-538, disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com> [31.01.2021]. A Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos créditos aos consumidores, COM(2021) 347 final, Bruxelas, 30.6.2021, que visa substituir a directiva de 2008, prevê também no seu artigo 31º a introdução de limites máximos a aplicar à taxa de juro, à TAEG e/ou ao custo total do crédito, acrescentando ainda que os Estados-Membros podem decidir estabelecer um limite máximo específico para uma facilidade de crédito renovável.

³⁴ Cf. o artigo 7º do Decreto-Lei nº 349/98, de 11 de Dezembro.

³⁵ Cf., por todos, no sentido da “liberalização” dos juros bancários e da inaplicabilidade dos limites previstos no Código civil, Pires de LIMA e Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II (Artigos 762º a 1250º), 4ª ed. revista e atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 771; e, já neste século, Carlos Ferreira de ALMEIDA, *Contratos II. Conteúdo. Contratos de troca*, 4ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2016, p. 142, e *Contratos*, vol. V, *op. cit.* pp. 161-163. No mesmo sentido, embora de forma não categórica, apelando a uma “perspetiva realista do direito”, Jorge Morais CARVALHO, *Manual de direito do consumo, op. cit.*, p. 422, em especial nota 1170. Na jurisprudência dos tribunais superiores, cf., desde logo, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 7.02.2002 (Ferreira de Almeida) e de 27.05.2003 (Moreira Alves), e, volvidos 10 anos, de 20.03.2012 (Martins de Sousa) que baseiam a sua posição na “liberalização” das taxas de juros resultante do nº 2 do Aviso do Banco de Portugal nº 3/93. Mais recentemente, invocando ainda este Aviso do Banco de Portugal, v. o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19.05.2020 (Carlos Oliveira), bem como os acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 11.4.2018 (Maria Cecília Agante) e do

posição, que defende a “liberalização” dos juros bancários, teve por base o Aviso nº 3/93 do Banco de Portugal, que dizia no seu nº 2 que “são livremente estabelecidas pelas instituições de crédito e sociedades financeiras as taxas de juro das suas operações, salvo nos casos em que sejam fixadas por diploma legal”. Apesar das dúvidas levantadas pela doutrina quanto à lei habilitante que deu enquadramento a esta regra³⁶, já depois de revogado este diploma regulamentar³⁷ poucas são as vozes que contestam esta “liberalização”³⁸, que parece assentar hoje na prática bancária e jurisprudencial e que beneficia da abstenção do legislador nas últimas décadas, com excepção do disposto, em matéria de crédito aos consumidores, no artigo 28º do Decreto-Lei nº 133/2009, de 2 de Junho³⁹.

Tribunal da Relação de Guimarães de 11.05.2017 (Fernando Fernandes Freitas). Em sentido contrário, cf., porém, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22.05.2019 (Joaquim Correia Gomes).

³⁶ V., entre outros, Carlos Gabriel da Silva LOUREIRO, “Juros usurários no crédito ao consumo”, *op. cit.*, pp. 271-273; M. Januário da Costa GOMES, *Contratos Comerciais*, Coimbra, Livraria Almedina, 2012, pp. 264-265; Carlos Ferreira de ALMEIDA, *Contratos*, vol. V, *op. cit.*, p. 161, nota 435; Pedro Pais de VASCONCELOS, “Taxas de juro do crédito ao consumo: limites legais”, *op. cit.*, pp. 336-340; L. Miguel Pestana de VASCONCELOS, *Direito bancário*, Coimbra, Livraria Almedina, 2017, pp. 366-368; Mariana Fontes da COSTA, “A proteção do consumidor-mutuário no crédito à habitação a taxa de juro variável”, *op. cit.*, p. 91; e Joana FARRAJOTA, “A propósito do Ac. da Relação do Porto de 22.05.2019. Ainda, juros remuneratórios bancários”, *op. cit.*, pp. 1752-1753. Note-se que a lei habilitante em questão seria a Lei Orgânica do Banco de Portugal de 1990, aprovada pelo Decreto-Lei nº 337/90, de 30 de Outubro, onde não se previam, diferentemente do que acontecia na Lei Orgânica anterior, de 1975, competências do Banco de Portugal para fixar o regime das taxas de juro aplicáveis pelas instituições de crédito e sociedades financeiras. Essas competências não voltaram a ser introduzidas posteriormente: Pedro Pais de VASCONCELOS, “Taxas de juro do crédito ao consumo: limites legais”, *op. cit.*, pp. 336-337. No sentido de que a “eficácia normativa do aviso é [derivada] da lei que legitima o poder regulamentar do Banco de Portugal”, significando tal “que o não acatamento dos limites naturais do poder regulamentar se traduz na ilegalidade do aviso, com a consequente paralisação de efeitos que se lhe associa”, v. Maria Raquel GUIMARÃES e Maria Regina REDINHA, “A força normativa dos avisos do Banco de Portugal — reflexão a partir do Aviso nº 11/2001, de 20 de Novembro”, in AAVV, *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. III, *Vária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 709.

³⁷ Vejam-se, no entanto, as dúvidas levantadas por Mariana Fontes da COSTA, “A proteção do consumidor-mutuário no crédito à habitação a taxa de juro variável”, *op. cit.*, p. 91, nota 31, quanto à revogação deste nº 2 do Aviso nº 3/93, do Banco de Portugal, pela Portaria nº 8/99, de 7 de Janeiro.

³⁸ Cf., ainda assim, Carlos Gabriel da Silva LOUREIRO, “Juros usurários no crédito ao consumo”, *op. cit.*, pp. 265-280; M. Januário da Costa GOMES, *Contratos Comerciais*, *op. cit.*, pp. 264-265; e, mais recentemente, Pedro Pais de VASCONCELOS, “Taxas de juro do crédito ao consumo: limites legais”, *op. cit.*, pp. 331-348; L. Miguel Pestana de VASCONCELOS, *Direito bancário*, *op. cit.*, pp. 362-369; Mariana Fontes da COSTA, “A proteção do consumidor-mutuário no crédito à habitação a taxa de juro variável”, *op. cit.*, pp. 90-92; e Sandra PASSINHAS, “O novo regime do crédito aos consumidores para imóveis de habitação”, *op. cit.*, pp. 450-454. Também António Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, XII, *Contratos em especial (2ª parte)*, *op. cit.*, p. 257, vem apoiar a aplicação dos limites legais aos contratos bancários, com base no artigo 102º, § 2, do Código comercial, não obstante posição anterior em sentido distinto, expressa em *Direito bancário*, 5ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2014, pp. 671-672. Na jurisprudência, veja-se o já referido acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22.05.2019 (Joaquim Correia Gomes).

³⁹ Sobre a abstenção do legislador nesta matéria, considerando-a “muito significativa em termos de hermenêutica jurídica”, na medida em que a sua ação teria o mérito de clarificar a inaplicabilidade dos limites civis dos juros aos contratos bancários, e afirmando que “as omissões são tão significativas como as ações, embora o seu sentido seja

Porém, o fim do controlo administrativo dos limites das taxas de juros, que resultou das sucessivas revogações de diplomas legais e regulamentares que os impunham, não significa a inaplicabilidade dos limites legais gerais que decorrem da aplicação dos artigos 1146º e 559º-A, do Código Civil, e 102º, § 2, do Código Comercial. Nem o nº 2 do Aviso nº 3/93 do Banco de Portugal necessariamente conduzia a esse resultado, na medida em que, de forma expressa, ressaltava as limitações “que [fossem] fixadas em diploma legal”, nem a previsão especial da usura no âmbito do crédito aos consumidores permite inferir o princípio geral contrário da liberalização dos juros bancários.

Se o legislador tivesse partido do princípio geral da liberalização das taxas de juros, a previsão do artigo 7º do Decreto-Lei nº 349/98, de 11 de Dezembro, nada acrescentaria à regra, não sendo, portanto, perceptível o propósito da lei, sempre que se coloque o enfoque nos limites máximos dos juros e não nos seus montantes, balizados pela lei, e nas modalidades das taxas disponíveis; se pressupôs a existência de limites legais gerais às percentagens de juros aplicáveis, então introduzir um regime especial de liberalização dos juros em sede de crédito à habitação parece ser uma solução de alcance muito duvidoso. Na verdade, uma interpretação do artigo 7º do Decreto-Lei nº 349/98, de 11 de Dezembro, no sentido de permitir a fixação sem limites máximos dos juros remuneratórios precisamente no contexto da concessão de crédito à habitação, não existindo disposição paralela aplicável à estipulação de juros nos demais contratos bancários, nem sequer aplicável aos demais contratos de crédito imobiliário a consumidores abrangidos pelo Decreto-Lei nº 74-A/2017, de 23 de Junho — cujo âmbito de aplicação é, como vimos, mais amplo —, conduziria a um resultado incoerente⁴⁰ e até oposto àquele pretendido pelo legislador⁴¹. O legislador estaria a desproteger precisamente

por vezes mais difícil de discernir”, cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, “Taxas de juro do crédito ao consumo: limites legais”, *op. cit.*, pp. 343-344. O mesmo Autor defende que os limites introduzidos pelo artigo 28º do Decreto-Lei nº 133/2009 funcionam apenas dentro dos limites legais fixados pela lei civil, não afastando a sua aplicação: *idem, ibidem*; no mesmo sentido, v. L. Miguel Pestana de VASCONCELOS, *Direito bancário, op. cit.*, pp. 369-373. Em sentido distinto, entendendo que com a consagração do regime da usura no crédito aos consumidores o legislador partiu do “princípio da liberalização”, uma vez que este regime “numa perspectiva lógica, a pressupõe”, v., porém, Jorge Morais CARVALHO, *Manual de direito do consumo, op. cit.*, p. 422, nota 1170, *in fine*.

⁴⁰ Assim, Mariana Fontes da COSTA, “A proteção do consumidor-mutuário no crédito à habitação a taxa de juro variável”, *op. cit.*, pp. 92-93.

⁴¹ Note-se que no texto preambular do Decreto-Lei nº 74-A/2017, de 23 de Junho, o legislador vem salientar as “especificidades no crédito hipotecário que justificam uma abordagem diferenciada”, relativamente ao diploma de 2009, na medida em que, relembra-se, “o crédito para aquisição de habitação própria é tipicamente o mais importante

aqueles mutuários/consumidores que mais precisam de protecção, na celebração de um contrato de crédito com importantes repercussões não só económicas, mas também familiares e sociais.

Em suma, apenas uma interpretação do preceito que integre a “liberdade de negociação” das partes “dentro dos limites da lei”, de acordo com o disposto no artigo 405º do Código Civil em sede de liberdade contratual, aplicando-se os limites máximos gerais das taxas de juros previstos para os contratos civis e comerciais, acautela devidamente os interesses do consumidor no crédito à habitação⁴².

b) Limites mínimos das taxas de juros

Uma segunda questão que se pode levantar a propósito dos limites da liberdade de fixação pelas partes dos valores das taxas de juro no crédito à habitação prende-se com a estipulação contratual de valores mínimos abaixo dos quais os juros não poderão descer, superiores ou iguais a zero, e com a possibilidade de afastar a aplicação de juros negativos. Estamos perante o problema das cláusulas *floor* ou cláusulas “chão” que gerou algum debate na doutrina e uma intervenção do legislador em 2018, ainda que as repercussões destas cláusulas não tenham atingido em Portugal as dimensões que atingiram noutros países, como foi o caso de Espanha⁴³.

compromisso financeiro da vida de um consumidor, atendendo aos valores mutuados, ao prazo de amortização e às consequências da execução da hipoteca”. Continua o legislador: “Deste modo, reforçam-se as disposições relativas à avaliação da capacidade do consumidor para reembolsar o crédito hipotecário, por comparação com outros tipos de crédito aos consumidores, bem como as garantias de que o consumidor tem condições para tomar uma decisão racional e esclarecida sobre as características do crédito a celebrar”. Assim, liberalizar as taxas de juros nestes contratos, estando em causa a *habitação do consumidor*, quando elas sofrem limites máximos no Decreto-Lei nº 133/2009, parece ser uma solução pouco compatível com a ideia de *reforço* da protecção do consumidor.

⁴² Esta solução é defendida neste contexto específico do crédito à habitação por L. Miguel Pestana de VASCONCELOS, *Direito bancário*, *op. cit.*, p. 196; e por Mariana Fontes da COSTA, “A protecção do consumidor-mutuário no crédito à habitação a taxa de juro variável”, *op. cit.*, pp. 92-93. Em sentido distinto, v. Isabel Menéres CAMPOS e Jorge Morais CARVALHO, “Mortgage credit in Portugal”, *op. cit.*, p. 220, embora referindo apenas, sem mais desenvolvimentos, que as taxas de juros são negociadas livremente entre a instituição de crédito e o seu cliente.

⁴³ Para um enunciado da problemática associada às “cláusulas suelo” em Espanha, v. Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, “Editorial — La jurisprudencia del TJUE y su incidencia sobre el Derecho privado de los Estados miembros: el caso español y los préstamos con garantía hipotecaria”, *RED — Revista Electrónica de Direito*, nº 2, Junho de 2015; e Catarina Monteiro PIRES, “Cláusulas contratuais gerais de limite mínimo da taxa de juro no mútuo bancário”, *op. cit.*, pp. 5-7. Na literatura espanhola, v., entre outros, Miriam ANDERSON e Héctor SIMÓN MORENO, “The Spanish crisis and the mortgage credit directive: few changes in sight”, in Miriam Anderson and Esther Arroyo Amayuelas (eds.), *The impact of the mortgage credit directive in Europe, Contrasting views from Members States*, Groningen, Europa Law Publishing, 2017, pp. 59-60.

A dúvida coloca-se quando o indexante que nas taxas de juro variáveis permite a adaptação do preço do capital mutuado às variações dos mercados, como é o caso das taxas *Euribor*, atinge valores negativos, como aconteceu a partir de 2014⁴⁴. Pergunta-se então se esse valor negativo pode ser refletido na margem fixa que remunera o empréstimo (*spread*), eventualmente consumindo-o, e se, uma vez consumido este preço, pode dar origem a uma taxa de juro negativa⁴⁵.

Mais uma vez a questão não é privativa dos contratos de crédito à habitação, mas coloca-se em termos gerais nos diferentes contratos de crédito celebrados com recurso a taxas de juros variáveis. E também neste caso a doutrina está longe de ter uma posição unânime sobre a matéria⁴⁶, esgrimindo-se a favor da aplicação de taxas de juros negativos argumentos como a natureza aleatória do contrato consubstanciada na estipulação de juros variáveis, ao qual defensores da posição contrária contrapõem que esta aleatoriedade do contrato de mútuo não o pode reconduzir a um contrato de “jogo e aposta”, para além de o artigo 395º do Código Comercial prever que os mútuos comerciais são sempre retribuídos. Também a favor da admissibilidade dos juros negativos é invocada a Carta Circular do Banco de Portugal nº 26/2015/DSC, de 30 de Março de 2015, onde se diz que “as instituições de crédito devem respeitar as condições estabelecidas para a determinação da taxa de juro nos contratos de crédito e de financiamento celebrados com os respetivos clientes” e que “não podem ser introduzidos limites à variação do indexante que impeçam a plena produção dos efeitos decorrentes da aplicação desta regra

⁴⁴ Para mais desenvolvimentos sobre as taxas *Euribor* (*Euro Overnight Index Average*), cf. Luís Graça MOURA, “A taxa Euribor negativa”, in L. Miguel Pestana de Vasconcelos (coord.), *II Congresso de Direito Bancário*, Coimbra, Livraria Almedina, 2017, pp. 358-362; e Miguel Pestana de VASCONCELOS, “A taxa de juro Euribor negativa e os seus efeitos sobre os contratos de crédito”, *CDP — Cadernos de direito privado*, nº 59, Julho/Setembro de 2017, p. 14.

⁴⁵ Assim, Luís Graça MOURA, “A taxa Euribor negativa”, *op. cit.*, p. 362, e, em moldes similares, Miguel Pestana de VASCONCELOS, “A taxa de juro Euribor negativa e os seus efeitos sobre os contratos de crédito”, *op. cit.*, p. 16; e Mariana Fontes da COSTA, “A proteção do consumidor-mutuário no crédito à habitação a taxa de juro variável”, *op. cit.*, p. 93.

⁴⁶ Em sentido negativo quanto à admissibilidade dos juros inferiores a zero, cf. Luís Graça MOURA, “A taxa Euribor negativa”, *op. cit.*, pp. 364-367; Catarina Monteiro PIRES, “Cláusulas contratuais gerais de limite mínimo da taxa de juro no mútuo bancário”, *op. cit.*, pp. 10-11; Miguel Pestana de VASCONCELOS, “A taxa de juro Euribor negativa e os seus efeitos sobre os contratos de crédito”, *op. cit.*, pp. 18 e ss.; e Mariana Fontes da COSTA, “A proteção do consumidor-mutuário no crédito à habitação a taxa de juro variável”, *op. cit.*, pp. 93-95. Defendendo a admissibilidade de juros negativos, v., por todos, Mafalda Miranda BARBOSA, “Juros Euribor negativos: reflexões em face do novo artigo 21º-A DL nº 74-A/2017”, 25.05.2018, pp. 806-811, disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com> [31.01.2021].

legal”. Acrescentou ainda o Banco de Portugal, no mesmo texto, que não é “admissível a previsão de cláusulas que impeçam a plena produção dos efeitos decorrentes da evolução dos indexantes para valores negativos”. Note-se, porém, que esta Carta Circular tem a natureza de uma mera recomendação, não vinculativa, pelo que não é determinante para a solução da questão⁴⁷.

No campo específico do crédito à habitação, o legislador português entendeu intervir de uma forma directa na solução do problema através da Lei nº 32/2018, de 18 de Julho, que introduziu um novo artigo 21º-A (Taxa de juro de valor negativo) no Decreto-Lei nº 74-A/2017. Assim, prevê-se no nº 1 deste dispositivo que “quando do apuramento da taxa de juro resultar um valor negativo, deve este valor ser refletido nos contratos de crédito previstos na alínea a) do nº 1 do artigo 2º”, ou seja, nos contratos de crédito para a aquisição ou construção de *habitação própria permanente, secundária* ou para *arrendamento*. Acrescenta-se ainda que “o valor negativo apurado deve ser deduzido ao capital em dívida na prestação vincenda” (nº 2), podendo, no entanto, o mutuante “optar pela constituição, a favor do cliente, de um crédito de montante idêntico aos valores negativos apurados nos termos do nº 1, a deduzir aos juros vincendos, a partir do momento em que estes assumam valores positivos, sendo os juros vincendos abatidos ao crédito, até à extinção deste” (nº 3). Por último, esclarece-se no nº 4 do mesmo artigo que “se no fim do prazo convencionado para o contrato de crédito ainda existir um crédito a favor do cliente, devem as instituições de crédito proceder ao seu integral ressarcimento”.

Estas regras aplicam-se, desde logo, aos contratos de crédito já em curso à data da sua entrada em vigor, relativamente às prestações vincendas (mas já

⁴⁷ Este documento invocava, por outro lado, o Decreto-Lei nº 240/2006, de 22 de Dezembro, que estabelecia as regras a que devia obedecer o arredondamento da taxa de juro, e que apenas previa que “quando a taxa de juro aplicada aos contratos de crédito abrangidos pelo disposto no presente decreto-lei for indexada a um determinado índice de referência, deve a mesma resultar da média aritmética simples das cotações diárias do mês anterior ao período de contagem de juros” (artigo 3º), não permitindo extrair das suas regras uma solução geral de admissibilidade de juros negativos. Sobre esta Carta Circular, v. Luís Graça MOURA, “A taxa Euribor negativa”, *op. cit.*, pp. 366-368; Catarina Monteiro PIRES, “Cláusulas contratuais gerais de limite mínimo da taxa de juro no mútuo bancário”, *op. cit.*, pp. 10-11; Miguel Pestana de VASCONCELOS, “A taxa de juro Euribor negativa e os seus efeitos sobre os contratos de crédito”, *op. cit.*, p. 16 ss.; e ainda Mariana Fontes da COSTA, “A proteção do consumidor-mutuário no crédito à habitação a taxa de juro variável”, *op. cit.*, pp. 93-94.

não às prestações vencidas), dizendo a lei não ser necessária a alteração das respectivas cláusulas contratuais⁴⁸.

Esta intervenção circunscrita aos contratos de crédito para a aquisição ou construção de habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento deixa de fora os demais contratos de crédito abrangidos no âmbito de aplicação do Decreto-Lei nº 74-A/2017, parecendo justificar-se como uma medida *especial* de protecção da posição do consumidor nos contratos de crédito imobiliário em que o objecto é a sua habitação, ainda que uma habitação secundária, ou um imóvel destinado a arrendamento habitacional⁴⁹. Em qualquer dos casos, estará em causa a especial função a que é destinado o imóvel, não tendo querido o legislador alargar esta solução aos demais créditos imobiliários ou hipotecários.

Assim, nos demais contratos, que não os especificados no artigo 21º-A do diploma em análise, parece que a possibilidade de aplicação de uma taxa de juros negativa fica, em princípio, arredada, na medida em que as partes não tenham configurado essa hipótese. Isto porque a admissibilidade de uma taxa de juros negativa nos casos que a lei não contempla coloca, desde logo, um problema de interpretação do contrato⁵⁰, e o que resulta desta interpretação, em regra, é que o devedor nunca esperaria que a aplicação da taxa de juro levasse à redução do capital em dívida, invertendo-se, ainda que temporariamente e de um modo precário, as posições das partes no contrato. Mas nada parece impedir que as partes contemplem especialmente essa possibilidade, acentuando o carácter aleatório do contrato e atribuindo à prestação de juros um carácter *eventual*. Do mesmo modo, ao abrigo da liberdade contratual, parece ser de admitir a estipulação de cláusulas de limitação mínima da taxa de juro ou cláusulas *floor*⁵¹. Mais uma vez, a validade destas cláusulas terá

⁴⁸ Cf. o artigo 5º, nº 1, da Lei nº 32/2018, de 18 de Julho.

⁴⁹ Mariana Fontes da COSTA, “A protecção do consumidor-mutuário no crédito à habitação a taxa de juro variável”, *op. cit.*, p. 95. Em sentido distinto parece ir, porém, Mafalda Miranda BARBOSA, “Juros Euribor negativos: reflexões em face do novo artigo 21º-A DL nº 74-A/2017”, *op. cit.*, pp. 800-801.

⁵⁰ Luís Graça MOURA, “A taxa Euribor negativa”, *op. cit.*, pp. 363-366; Miguel Pestana de VASCONCELOS, “A taxa de juro Euribor negativa e os seus efeitos sobre os contratos de crédito”, *op. cit.*, p. 18-23; e Mariana Fontes da COSTA, “A protecção do consumidor-mutuário no crédito à habitação a taxa de juro variável”, *op. cit.*, p. 95.

⁵¹ Assim, Catarina Monteiro PIRES, “Cláusulas contratuais gerais de limite mínimo da taxa de juro no mútuo bancário”, *op. cit.*, p. 12; e Miguel Pestana de VASCONCELOS, “A taxa de juro Euribor negativa e os seus efeitos sobre os contratos de crédito”, *op. cit.*, pp. 25-26, embora ainda baseando a sua análise no Decreto-Lei nº 240/2006, entretanto revogado pelo Decreto-Lei nº 74-A/2017.

que ser apreciada dentro dos limites da lei, ou seja, tendo em conta, desde logo, aqueles limites que decorrem para os contratos de crédito à habitação do artigo 21º-A do Decreto-Lei nº 74-A/2017, conjugado com o seu artigo 35º, nº 1, que comina com a nulidade qualquer convenção que exclua ou restrinja os direitos reconhecidos ao consumidor pela mesma lei⁵². E a sua validade tem de ser apreciada também no contexto do disposto em termos de informação, esclarecimento e transparência relativamente a contratos não negociados, de adesão, no Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, prevendo este diploma a exclusão das cláusulas que não sejam devidamente comunicadas e explicadas ao aderente⁵³.

5. Considerações finais

Esta breve reflexão sobre alguns aspectos do regime do crédito à habitação em Portugal permitiu pôr em evidência a tensão constante que existe neste domínio entre a autonomia privada e as intervenções heterónomas do legislador — para além da tensão existente entre a própria liberdade contratual de cada uma das partes, num contrato que é, quase invariavelmente, um contrato não negociado, de adesão. O objectivo de tutela do consumidor a crédito, fortemente condicionado pela experiência da crise económico-financeira que afectou o sector imobiliário no fim da primeira década deste século, orientou as tomadas de posição do legislador português em 2017, na linha do legislador europeu, e ditou as alterações posteriores ao regime inicial. Ainda assim, o silêncio do legislador sobre alguns aspectos do regime, associado às dúvidas colocadas pela sucessão no tempo de diplomas legais e regulamentares, tem prejudicado o objectivo proclamado pela lei de tutelar o consumidor a crédito naquele que é, como vimos, “tipicamente o mais importante compromisso financeiro da vida de um consumidor”.

⁵² Sobre o tema, Mafalda Miranda BARBOSA, “Juros Euribor negativos: reflexões em face do novo artigo 21º-A DL nº 74-A/2017”, *op. cit.*, pp. 839-840.

⁵³ Chama a atenção para esta necessidade de o consumidor se encontrar devidamente informado relativamente ao impacto de uma cláusula deste tipo nos custos que terá que suportar pelo crédito, Catarina Monteiro PIRES, “Cláusulas contratuais gerais de limite mínimo da taxa de juro no mútuo bancário”, *op. cit.*, pp. 12-13.

A TUTELA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NA CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

Maria Miguel Carvalho*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.12>

1. A propriedade intelectual, entendida em sentido amplo, compreende o direito de autor e os direitos conexos (propriedade intelectual *stricto sensu*), bem como os direitos privativos industriais (propriedade industrial).

O direito de autor e os direitos conexos visam tutelar as criações literárias e artísticas. Os direitos privativos industriais protegem a inovação (criações intelectuais – como as patentes e os desenhos ou modelos), os sinais de diferenciação (como as marcas, os logótipos e as denominações de origem e indicações geográficas) e ainda alguns direitos *sui generis* sobre outros bens

* Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora integrada doutorada e Diretora do Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov) (mmiguel@direito.uminho.pt).

incorpóreos (*v.g.*, topografias de produtos semicondutores e conhecimentos tradicionais)^{1,2}.

A referência à propriedade intelectual, neste sentido amplo, diverge da tradição no nosso ordenamento jurídico³, embora corresponda à adotada no plano internacional⁴ e no plano europeu⁵, sendo aqui acolhida atendendo ao objeto deste estudo⁶.

2. Os direitos de propriedade intelectual (DPI) não foram expressamente contemplados no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)⁷. E, apesar de alguns já estarem consagrados como *direitos fundamentais* em diversa legislação internacional – *v.g.*, em relação aos direitos de autor, os artigos 27º, nº 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos

¹ Dário Moura VICENTE, *A tutela internacional da propriedade industrial*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, p. 13. Porém, a qualificação das topografias de produtos semicondutores não colhe consenso, pois alguns autores integram-nas na proteção da inovação, cf., entre outros, Carlos OLAVO, *Propriedade Industrial*, vol. I, 2ª ed., atualizada, revista e aumentada, Coimbra, Almedina, 2005, p.17.

² A propriedade industrial (em sentido estrito) não abrange a concorrência desleal, que não atribui direitos subjetivos, “mas antes a proteção do interesse geral na lealdade de atuação dos concorrentes mediante a imposição de sanções àqueles que pratiquem atos de concorrência contrários aos usos honestos do comércio”. Dário Moura VICENTE, *A tutela internacional da propriedade industrial*, *op. cit.*, p. 15. Em Portugal, o legislador tem-na incluído, tradicionalmente, no Código da Propriedade Industrial na senda de importantes convenções internacionais, o que parece justificar-se também considerando a comunhão quanto à natureza do objeto, dos fins e dos interesses que lhes subjazem. Jean-Christophe GALLOUX, “Article II-77-§2”, in L. Burgorgue-Larsen *et al.* (eds.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe – Partie II, La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union*, Bruylant, 2005, p. 250, sustenta que, não obstante, a jurisprudência comunitária assimila a concorrência desleal a um direito de propriedade intelectual, referindo-se ao acórdão do Tribunal de Justiça (TJUE), de 14 de dezembro de 2000, proferido no caso C-300/98 e C-393/98, ECLI:EU:C:2000:688.

³ Para indicações bibliográficas favoráveis e contrárias à adoção de um sentido amplo da propriedade intelectual, cf. Dário Moura VICENTE, *A tutela internacional da propriedade industrial*, *op. cit.*, nota 1 das pp. 14 e ss.

⁴ *V.g.*, o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos da Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio, anexo ao Acordo que instituiu a Organização Mundial do Comércio (ADPIC), assinado em Marraquexe, em 15 de abril de 1994 e a Convenção que estabeleceu a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), assinada em Estocolmo, em 14 de julho de 1967.

⁵ *V.g.*, Directiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004 relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual.

⁶ Já tivemos oportunidade de nos referir a esta temática noutro estudo – Luís M. Couto GONÇALVES e Maria Miguel CARVALHO, “Artigo 17º”, in Alessandra Silveira e Mariana Canotilho (coords.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 226 e ss. –, que aqui seguimos de perto, com atualizações e maior desenvolvimento.

⁷ A versão consolidada do TFUE pode ser consultada em JO C 202, de 7 de junho de 2016, pp. 47 e ss.

⁸ No entanto, os DPI podem considerar-se incluídos na “propriedade industrial e comercial” (artigo 36º do TFUE). Neste sentido, Alberto LUCARELLI *et al.* (coords.), *Commento alla Carta del Diritto Fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 149 e ss., que refere também a importância dos DPI no âmbito das normas relativas à concorrência (artigos 101º e 102º do TFUE).

(DUHD) e 15º, nº 1, alínea c), do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC)⁹ –, também não se encontra qualquer referência *expressa* no corpo da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH)¹⁰.

Não obstante, o “bem” referido no artigo 1º do Protocolo Adicional nº 1 à CEDH, de 20 de março de 1952, segundo a interpretação defendida pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), compreende-a e esta Convenção tem sido considerada a “espinha dorsal” da proteção europeia como direitos fundamentais dos DPI¹¹.

O TEDH, desde a década de ’90 do século passado, reconheceu como “bem”, para este efeito, o direito de autor, patente e marca, incluindo o seu pedido¹².

O caso mais relevante respeitou ao conflito entre a Anheuser Busch Inc. e a Budjovický Budvar relativamente ao registo da marca “Budweiser”, para cerveja, em Portugal, onde tinha sido recusado o registo daquele sinal, requerido Anheuser Busch, por violação da indicação geográfica da cerveja da cidade Checa de Budweis.

A Anheuser-Busch invocou a violação do seu direito de propriedade e o TEDH – apesar de ter entendido que a recusa do pedido de registo não violava o direito de gozar a propriedade, uma vez que as autoridades e os tribunais portugueses se tinham limitado a aplicar a legislação nacional e acordos internacionais –, como foi referido, declarou que o artigo 1º do Protocolo nº1 protege não só a propriedade intelectual como tal, mas também o pedido de registo de um DPI¹³.

⁹ O artigo 27º, nº 2, da DUDH estabelece que “todos têm direito à protecção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria”. O artigo 15º, nº 1, alínea c), do PIDESC determina que “Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem a todos o direito: [c)] De beneficiar da protecção dos interesses morais e materiais que decorrem de toda a produção científica, literária ou artística de que cada um é autor”. Para uma comparação entre estas duas normas, cf., entre outros, Audrey R. CHAPMAN, “A human right perspective on intellectual property, scientific progress, and access to the benefits of science”, disponível em https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_unhchr_ip_pnl_98/wipo_unhchr_ip_pnl_98_5.pdf [31.08.2022].

¹⁰ Concluída em Roma, em 4 de novembro de 1950.

¹¹ Martin HUSOVEC, “The Essence of Intellectual Property Rights Under Article 17(2) of the EU Charter”, *German Law Journal*, vol. 20, 2019, pp. 844.

¹² Laurence R. HELFER, “The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights”, *Harvard International Law Journal*, vol. 49, 2008, pp. 1-52.

¹³ Sobre esta decisão, de 11 de janeiro de 2007, proferida no litígio entre Anheuser-Bush Inc./Portugal, proc. 73049/01, que pode ser consultada em: J. Oliveira ASCENSÃO (coord.), *Direito Industrial*, Vol. VI, Coimbra, APDI/Almedina,

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)¹⁴ não foi diretamente incorporada no Tratado de Lisboa, embora tenha força jurídica vinculativa nos termos do artigo 6º, nº 1 do TFUE, que confere à Carta o mesmo valor jurídico que é atribuído aos Tratados.

A Carta entrou em vigor em 1 de dezembro de 2009 e estabelece, no nº 1 do artigo 17º, que “todas as pessoas têm direito de fruir da propriedade dos seus bens legalmente adquiridos, de os utilizar, de dispor deles e de os transmitir em vida ou por morte. Ninguém pode ser privado da sua propriedade, exceto por razões de utilidade pública, nos casos e condições previstos por lei e mediante justa indemnização pela respetiva perda, em tempo útil. A utilização dos bens pode ser regulamentada por lei na medida do necessário ao interesse geral”. E, no nº 2, determina que “é protegida a propriedade intelectual”.

Considerando que o *Praesidium* da Convenção que a redigiu assume, expressamente, que esta disposição da Carta corresponde ao artigo 1º do Protocolo adicional à CEDH e ainda que, nos termos do nº 3 do artigo 52º da CDFUE, este direito tem um sentido e um âmbito iguais aos do direito garantido pela CEDH, não podendo ser excedidas as restrições nela previstas, consideramos que o artigo 17º da CDFUE corresponde ao artigo 1º do Protocolo adicional à CEDH¹⁵, referido acima.

3. A referência aos direitos de propriedade intelectual não constava do projeto inicial da CDFUE¹⁶, tendo sido introduzida na versão de setembro de 2000 com o apoio da Comissão¹⁷. A inclusão expressa dos DPI na Carta

2009, pp. 391 e ss., cf. J. DREXL, “European and International Intellectual Property Law between Propertization and Regulation: How a Fundamental Rights Approach Can Mitigate the Tension”, *University of the Pacific Law Review*, vol. 47, nº 2, 2016, pp. 208 e ss.

¹⁴ JO L 202, de 17 de junho de 2016, pp. 389 e ss.

¹⁵ V. artigos 17º e 52º, nº 3, das *Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais*, elaboradas sob a responsabilidade do *Praesidium* da Convenção que redigiu a CDFUE, (2007/C 303/02), pp. 23 e 33 e ss., disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214\(01\)&from=SL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214(01)&from=SL) [31.08.2022].

¹⁶ CARTA 4112/00, disponível em https://www.europarl.europa.eu/charter/civil/pdf/con138_en.pdf [31.08.2022].

¹⁷ COM (2000) 559 final, de 13 de setembro de 2007, p. 7. Jean-Christophe GALLOUX, “Article II-77-§2”, *op. cit.*, p. 250, refere ainda o papel decisivo do *lobby* das sociedades de autores neste procedimento.

é justificada, pelo *Praesidium*, pela crescente importância da propriedade intelectual¹⁸ (PI) e pelo direito europeu derivado¹⁹ de que é objeto.

Importa ainda salientar que o desenvolvimento dos objetivos do TFUE – designadamente, a livre circulação de mercadorias (artigo 26º, nº 2, TFUE) –, além de originar uma abundante e profícua jurisprudência^{20 21}, motivou, precisamente, a aprovação de legislação respeitante à propriedade intelectual.

Neste contexto, impõe-se uma brevíssima referência à principal legislação europeia neste domínio, que compreende, desde logo, diretivas que visam a aproximação das legislações dos Estados-membros, como é o caso das seguintes²²:

¹⁸ Sublinhando que a expansão da PI reflete “a crescente importância da inovação tecnológica nas economias modernas e a enorme relevância que os bens intelectuais atualmente assumem na riqueza produzida por cada país e nos próprios ativos das empresas”, Dário Moura VICENTE, *A tutela internacional da propriedade industrial*, op. cit., p. 23.

¹⁹ Cf. ainda C. GEIGER, “Intellectual Property shall be protected!? Article 17 (2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: a Mysterious Provision with an Unclear Scope”, *European Intellectual Property Review*, 2009, pp. 113 e ss.

²⁰ Como exemplos de importantes decisões jurisprudenciais anteriores à aprovação de legislação comunitária específica neste domínio, v., entre muitos outros, os acórdãos do Tribunal de Justiça de 3 de julho de 1974, proferido no âmbito do proc. C-192/73, no caso “Hag I”; de 22 de junho de 1976, proferido no âmbito do proc. C-119/75, no caso “Terrapin-Terranova” e de 17 de outubro de 1990, relativo ao proc. C-10/89. Estes acórdãos são elucidativos da evolução jurisprudencial relativa à compatibilização dos direitos nacionais (no caso, direitos de marca) com o direito comunitário, que acabou por respeitar a existência dos direitos de propriedade industrial nacionais, muito embora impondo alguns limites ao respetivo exercício – v.g., o esgotamento desse direito no sentido do desaparecimento “de um aspecto do conteúdo desse direito que se relaciona com o poder de o respetivo titular proibir ou restringir a circulação do produto original colocado no mercado por si ou por terceiro com o seu consentimento”. Luís M. Couto GONÇALVES, “O espaço europeu da propriedade industrial”, in AAVV, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXVI, 2005-2006, pp. 88 e ss. Especificamente no que respeita à consideração dos direitos fundamentais no âmbito da interpretação e aplicação das normas relativas à propriedade intelectual em momento anterior à entrada em vigor da CDFUE, cf. Tuomas MYLLY, “7. The constitutionalization of the European legal order: impact of fundamental rights on intellectual property in the EU”, in Christophe Geiger (ed.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property* Edward Elgar, 2015, pp. 1-43, disponível em <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3200761> [31.08.2022]. O autor sustenta que a jurisprudência do TJUE neste domínio, entre 1998-2007, tendia a rejeitar qualquer desafio à legislação da UE (mesmo quando o equilíbrio com direitos fundamentais da normativa legal era questionável), conferindo, assim, uma forte proteção às escolhas do legislador europeu no domínio da propriedade intelectual, por um lado e recusava o uso dos direitos fundamentais como ferramenta interpretativa do direito derivado, por outro (pp. 7 e ss.).

²¹ A abundante jurisprudência posterior à aprovação das diretivas e regulamentos nesta matéria pode ser consultada em <https://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt> [31.08.2022].

²² A lista indicada no texto não é exaustiva e não contempla a legislação revogada. A ordem do elenco é cronológica. Atualmente existem dezassete Diretivas e dezasseis Regulamentos em vigor, que podem ser consultadas em <https://eur-lex.europa.eu/> [31.08.2022].

- Directiva 87/54/CEE do Conselho de 16 de Dezembro de 1986 relativa à protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores²³;
- Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados²⁴;
- Directiva 98/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de Julho de 1998 relativa à protecção jurídica das invenções biotecnológicas²⁵;
- Directiva 98/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Outubro de 1998 relativa à protecção legal de desenhos e modelos²⁶;
- Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação²⁷;
- Directiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004 relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual²⁸;
- Directiva 2006/116/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos (versão codificada)²⁹;
- Directiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2009, relativa à protecção jurídica dos programas de computador (versão codificada)³⁰;

²³ *JO L* 24 de 27.1.1987, pp. 36-40.

²⁴ *JO L* 77, de 27.3.1996, pp. 20-28.

²⁵ *JO L* 213, de 30.7.1998, pp. 13-21.

²⁶ *JO L* 289, de 28.10.1998, pp. 28-35.

²⁷ *JO L* 167, de 22.6.2001, pp. 10-19.

²⁸ *JO L* 157, de 30.4.2004, pp. 45-86.

²⁹ *JO L* 372, de 27.12.2006, pp. 12-18.

³⁰ *JO L* 111, de 5.5.2009, pp. 16-22.

- Diretiva (UE) 2015/2436 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2015, que aproxima as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas³¹;
- Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2016, relativa à proteção de *know-how* e de informações comerciais confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais³²;
- Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE³³.

Além de diretivas, compreende também regulamentos, alguns dos quais procederam à criação de direitos privativos europeus:

- Regulamento (CE) nº 2100/94 do Conselho, de 27 de Julho de 1994, relativo ao regime comunitário de protecção das variedades vegetais³⁴;
- Regulamento (CE) n.º 6/2002 do Conselho, de 12 de Dezembro de 2001, relativo aos desenhos ou modelos comunitários³⁵;
- Regulamento (CE) nº 1610/96 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Julho de 1996 relativo à criação de um certificado complementar de protecção para os produtos fitofarmacêuticos³⁶;
- Regulamento (UE) n.º 1257/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2012, que regulamenta a cooperação reforçada no domínio da criação da proteção unitária de patentes³⁷;

³¹ JO L 336, de 23.12.2015, pp. 1-26.

³² JO L 157, de 15.6.2016, pp. 1-18.

³³ JO L 130, de 17.5.2019, pp. 92-125.

³⁴ JO L 227, de 1.9.1994, pp. 1-30.

³⁵ JO L 3, de 5.1.2002, pp. 1-24.

³⁶ JO L 198, de 8.8.1996, pp. 30-35.

³⁷ JO L 361, de 31.12.2012, pp. 1-8.

- Regulamento (UE) 2017/1001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, sobre a marca da União Europeia (codificação)³⁸.

4. A integração da propriedade intelectual na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia assume um simbolismo inegável: estes direitos, com valor constitucional, constituem um princípio de referência para a jurisprudência³⁹ e tem sido considerado por alguma doutrina como uma manifestação da tendência para a “proprietarização”⁴⁰ e “constitucionalização”⁴¹ do Direito da Propriedade Intelectual.

O impacto desta previsão é ainda maximizado pela sua consagração de forma *autonomizada* relativamente ao nº1 daquele preceito, sem prejuízo da aplicação das garantias da propriedade estabelecidas neste também aos DPI. Tal significa ainda, e desde logo, que o legislador deve “prever para cada um [dos DPI] a disponibilização de dispositivos jurídicos destinados a assegurar o seu pleno respeito”⁴² e também que “ninguém pode ser privado da sua propriedade, exceto por razões de utilidade pública, nos casos e condições previstos por lei e mediante justa indemnização pela respetiva perda, em tempo útil”⁴³.

Não obstante, como Geiger refere, ao estabelecer que a propriedade intelectual é protegida, sem mais desenvolvimentos, o nº 2 do artigo 17º é

³⁸ JO L 154, de 16.6.2017, pp. 1-99.

³⁹ Alberto LUCARELLI et al. (coords.), *Commento alla Carta del Diritto Fondamentali dell'Unione Europea*, op. cit., p. 150. No caso da Constituição da República Portuguesa, o direito de liberdade de criação intelectual, artística e científica já estava contemplado no artigo 42º e o de liberdade de iniciativa económica no artigo 62º.

⁴⁰ J. GRIFFITHS e L. McDONAGH, “Fundamental rights and European IP law - the case of art 17(2) of the EU Charter”, in C. Geiger (ed.), *Constructing European Intellectual Property Achievements and New Perspectives*, 2013, p. 13, disponível em <https://openaccess.city.ac.uk/id/eprint/12598/1/McDonagh%20-%20FR.pdf> [31.08.2022].

⁴¹ C. GEIGER, “‘Constitutionalising’ Intellectual Property Law?, The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in Europe”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 37, nº 4, 2006, pp. 371 e ss.; e G. GHIDINI, *Rethinking Intellectual Property: Balancing Conflicts of Interest in the Constitutional Paradigm*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2018.

⁴² Em sentido diferente, cf. C. GEIGER, “Intellectual Property shall be protected!?!...”, op. cit., pp. 114 e s., destacando ainda a divergência entre a versão em inglês da CDFUE (que refere “Intellectual property *shall* be protected”) e (pelo menos) as versões em francês, alemão (e acrescentamos nós, português) que estabelecem “A propriedade intelectual é protegida” (itálicos nossos).

⁴³ Em sentido diferente, considerando discutível que a referência do artigo 17º, nº 2, da CDFUE fundamente a obrigação do Estado proteger DPI prévios, J. DREXL, “European and International Intellectual Property Law between Propertization and Regulation...”, op. cit., p. 201.

muito vago relativamente a vários e importantes aspetos⁴⁴, como alguns que referimos em seguida.

5. O reconhecimento de valor constitucional à propriedade intelectual não significa que existe, em relação a esta, um direito individual, nem que esse direito é ilimitado⁴⁵.

Apesar de as razões invocadas pelo *Praesidium* para a sua integração na Carta não incluírem a própria fundamentação dos direitos privativos industriais, pensamos que o seu reconhecimento como direito fundamental deve-se à razão de ser da sua tutela jurídica.

Os DPI em geral, e em diferente medida, são protegidos juridicamente para incentivar a criação intelectual, a inovação técnica e estética e, no caso da tutela conferida aos sinais distintivos de empresa e de produtos ou serviços, a concorrência leal, evitando a confusão e, sendo o caso, protegendo a reputação⁴⁶. Mas essa proteção jurídica envolve alguns riscos resultantes do monopólio legalmente admitido, que implica algumas restrições quer quanto à livre circulação de mercadorias e à concorrência, quer quanto à “quinta liberdade”⁴⁷ (i.e., a livre circulação do conhecimento e da inovação) e a outros direitos fundamentais⁴⁸.

Um dos casos mais polémicos tem a ver com as restrições no acesso a medicamentos (e vacinas) no âmbito de doenças como a SIDA (e, mais recentemente, a COVID-19), resultantes dos DPI atribuídos, que coloca problemas

⁴⁴ C. GEIGER, “Building an Ethical Framework for Intellectual Property in the EU: Time to Revise the Charter of Fundamental Rights”, in Gustavo Ghidini e Valeria Falce (eds.), *Innovation law and Policy, Which Reforms for IP Law?*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2022, p. 4, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3938873 [31.08.2022].

⁴⁵ V. *infra* 7, 8 e 9.

⁴⁶ Pedro Sousa e SILVA, *Direito Comunitário e Propriedade Industrial. O princípio do esgotamento dos direitos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 236.

⁴⁷ A expressão surge na p. 9 da Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Um mercado único para a Europa do século XXI, de 20 de setembro de 2007, COM (2007) 725 final.

⁴⁸ No mesmo sentido, cf. Martin HUSOVEC, “The Essence of Intellectual Property Rights Under Article 17(2) of the EU Charter”, *op. cit.*, pp. 851 e ss. Nos últimos anos, a doutrina que se ocupa sobre os direitos humanos tem abordado recorrentemente a questão do relacionamento da propriedade industrial com aqueles. Cf., entre muitos outros, Lawrence R. HELFER, “Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property”, *U.C. Davis Law Review*, vol. 40, 2006-2007, pp. 971 e ss. e, do mesmo autor, “Mapping the interface between human rights and intellectual property”, in Christophe Geiger (ed.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, ElgarOnline, 2015, disponível em <https://doi.org/10.4337/9781783472420.00008> [31.08.2022].

muito relevantes no domínio da saúde pública. É que, geralmente, as patentes associadas a esses fármacos, na medida em que influem sobre o seu preço, dificultam o acesso aos mesmos, sendo a situação especialmente gravosa nos países em vias de desenvolvimento. Daí que alguns se recusem a conceder patentes para o seu território ou recorrerem a licenças compulsivas⁴⁹.

Como Drexel afirma, “a propriedade intelectual tornou-se um campo de batalha político”⁵⁰, entre países desenvolvidos – tecnologicamente avançados e que beneficiam de uma elevada proteção da propriedade intelectual – e os países em desenvolvimento ou menos desenvolvidos. Por isso, assume particular relevo a Declaração de Doha, adotada pela Organização Mundial do Comércio, em 14 de novembro de 2001, relativa à harmonização dos aspetos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio e a saúde pública⁵¹ que conduziu, nomeadamente, à introdução de uma modalidade adicional de licença obrigatória – uma licença obrigatória especificamente para a exportação de medicamentos genéricos para países que deles necessitam – no artigo 31º *bis* do ADPIC.

6. A partir da aprovação da CDFUE, o legislador europeu passou a incluir, amiúde, referências à Carta e aos direitos fundamentais nela consagrados nos Considerandos de diversas diretivas⁵², incluindo algumas no âmbito da propriedade intelectual (*v.g.*, a Diretiva sobre Marcas – Considerandos 27 e 28), o que tem contribuído para a maior atenção que lhes tem sido votada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia⁵³, também como consequência do aumento exponencial do recurso a este fundamento nos litígios respeitantes aos DPI.

⁴⁹ Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, cf., entre nós, Remédio MARQUES, *Medicamento versus patentes. Estudos de propriedade industrial*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

⁵⁰ J. DREXL, “European and International Intellectual Property Law between Propertization and Regulation...”, *op. cit.*, p. 199.

⁵¹ Organização Mundial do Comércio, WT/MIN(01)/DEC/2, de 20 de novembro de 2001.

⁵² Ainda que, mesmo anteriormente à CDFUE, já constassem referências aos direitos fundamentais nos Considerandos de algumas diretivas (*v.g.*, Considerandos 16 e 43 da Directiva 98/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de Julho de 1998 relativa à protecção jurídica das invenções biotecnológicas, *cit.*).

⁵³ Neste sentido, cf. J. DREXL, “European and International Intellectual Property Law between Propertization and Regulation...”, *op. cit.*, p. 207.

Discute-se, agora, sobretudo no domínio do Direito de Autor⁵⁴, se esta “nova era de aumento de referências aos direitos fundamentais e ao “justo equilíbrio” dos direitos”⁵⁵ provocou uma mudança *real* na interpretação pelo TJUE do Direito da Propriedade Intelectual.

Alguns autores sustentam que não, alegando que o Tribunal do Luxemburgo não conseguiu estabelecer um equilíbrio justo entre os direitos do titular do direito de autor e os direitos dos restantes⁵⁶. Outros defendem a posição contrária, concluindo que o TJUE tem recorrido aos direitos fundamentais consagrados na CDFUE para promover um melhor equilíbrio de

⁵⁴ Ainda que não se cinja a este. No âmbito do direito de marcas, v. acórdão do TJUE, de 27 de fevereiro de 2020, proferido no proc. C-240/18p, no caso “Fack Ju Göhte” (ECLI:EU:C:2020:118).

⁵⁵ Tuomas MYLLY, “7. The constitutionalization of the European legal order: impact of fundamental rights on intellectual property in the EU”, *op. cit.*, pp. 38 e ss.

⁵⁶ Cf., entre outros, Tuomas MYLLY, “7. The constitutionalization of the European legal order: impact of fundamental rights on intellectual property in the EU”, *op. cit.*, p. 38, apoiando-se no acórdão do TJUE (terceira secção), de 1 de Dezembro de 2011, proferido no proc. C-145/10, caso “Painer” (ECLI:EU:C:2011:798). Contudo, pensamos que a decisão do TJUE neste caso procedeu a um equilíbrio adequado dos interesses e direitos fundamentais em conflito. O litígio subjacente a esta decisão assentou, resumidamente, no seguinte: Painer (fotógrafa) fotografava crianças em infantários e creches, identificando as fotografias com o seu nome. No âmbito dessa atividade, fotografou Natascha K. e vendeu as fotografias sem reconhecer direitos de autor a terceiros sobre as mesmas e sem autorizar a sua publicação. Na sequência de Natascha K. ter sido raptada, com 10 anos, as autoridades de segurança competentes fizeram um pedido de busca, utilizando as referidas fotografias. Vovidos alguns anos, Natascha K. conseguiu escapar ao raptor e, antes da sua primeira aparição pública, as editoras de imprensa demandadas no processo publicaram nos jornais e em sítios da *Internet* quer as fotografias controvertidas (sem indicarem o nome do autor das fotografias ou com a indicação de um nome diferente do de Painer), quer um retrato-robô, criado a partir de uma das fotografias controvertidas. Painer intentou uma ação judicial em que pediu que as demandadas fossem obrigadas a pôr termo à reprodução e/ou distribuição, sem o seu consentimento e sem a indicação do seu nome como autora, das fotografias e do retrato-robô referidos, bem como a sua condenação na prestação de contas e no pagamento de uma remuneração adequada e indemnização pelo prejuízo sofrido. Relativamente à publicação do retrato-robô, o *Oberster Gerichtshof* decidiu que as demandadas não precisavam do consentimento de Painer para o publicar, já que constituía uma livre utilização da obra protegida. No que respeita à publicação das fotografias referidas o *Handelsgericht Wien* submeteu quatro questões prejudiciais ao TJUE, incluindo uma relativa à interpretação do artigo 5º, nº 3, alínea e), da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, que permite que os Estados-membros estabeleçam exceções ou limitações aos direitos conferidos ao titular do direito de autor quando estiver em causa uma utilização para efeitos de segurança pública ou para assegurar o bom desenrolar ou o relato de processos administrativos, parlamentares ou judiciais. O TJUE respondeu que esta norma, conjugada com o seu artigo 5º, nº 5 (que estabelece que as exceções e limites só se aplicarão em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito), deve ser interpretada no sentido de que um órgão de comunicação social (como um editor de imprensa) não pode, *por iniciativa própria*, utilizar uma obra protegida por direitos de autor, invocando um objetivo de segurança pública. Porém, não excluiu a possibilidade de esse órgão de comunicação social poder contribuir *pontualmente* para o cumprimento desse objetivo, ao publicar uma fotografia de uma pessoa procurada, devendo, em tal caso, exigir-se que essa iniciativa, por um lado, se insira no contexto de uma decisão adotada ou de uma ação levada a cabo pelas autoridades nacionais competentes, com vista a assegurar a segurança pública e, por outro, seja tomada de acordo e em coordenação com as referidas autoridades, a fim de evitar o risco de contrariar as medidas adotadas por estas autoridades. De todo o modo, o TJUE ressaltou que não é necessário um pedido concreto, atual e expresso, das autoridades de segurança, para publicar uma fotografia, para efeitos de busca (nº 116).

interesses⁵⁷, desenvolvendo o Direito da Propriedade Intelectual (em sentido estrito) em casos em que as vaguidades das previsões legais abrem espaço para a interpretação e as normas legais conflitantes careçam de coordenação⁵⁸.

Por razões de economia, pelo facto de as decisões anteriores⁵⁹ já terem sido objeto de intenso tratamento doutrinal e pela importância que a mais recente decisão do TJUE neste domínio terá para a transposição da Diretiva (UE) 2019/790 (DAMUD)^{60 61}, optamos por centrar a nossa atenção nesta,

⁵⁷ Cf. J. DREXL, “European and International Intellectual Property Law between Propertization and Regulation...”, *op. cit.*, pp. 210 e ss.

⁵⁸ J. DREXL, “European and International Intellectual Property Law between Propertization and Regulation...”, *op. cit.*, p. 217.

⁵⁹ *V.g.*, acórdãos do TJUE, de 29 de janeiro de 2008, proferido no proc. C-275/06, caso “Promuscae” [ECLI:EU:C:2008:54]; de 24 de novembro de 2011, proferido no proc. C-70/10, caso “Scarlet Extended” [ECLI:EU:C:2011:771]; de 16 de fevereiro de 2012, proferido no proc. C-360/10, caso “SABAM” [ECLI:EU:C:2012:85]; de 27 de março de 2014, proferido no proc. C-314/12, caso “UPC Telekabel” [ECLI:EU:C:2014:192]; de 3 de setembro de 2014, proferido no proc. C-201/13, caso “Deckmyn” [ECLI:EU:C:2014:2132]; de 8 de setembro de 2016, proferido no proc. C-160/15, caso “GS Media”, [ECLI:EU:C:2016:644]; de 15 de setembro de 2016, proferido no proc. C-484/14, caso “Mc Fadden” [ECLI:EU:C:2016:689]; de 29 de julho de 2019, proferidos nos procs. C-516/17, caso “Spiegel Online” [ECLI:EU:C:2019:625]; C-469/17, caso “Funke Medien” [ECLI:EU:C:2019:623] e C-476/17, caso “Pelham” [ECLI:EU:C:2019:624] e o acórdão do TJUE (Grande Secção), de 22 de junho de 2021, nos procs. apensos C 682/18 e C 683/18, caso “YouTube/Cyando” [ECLI:EU:C:2021:503]. Sobre este último Acórdão, cf., entre nós, Sofia de Vasconcelos CASIMIRO, “A responsabilidade das plataformas digitais pelos conteúdos de terceiros: o reposicionamento do direito de comunicação ao público no Acórdão YouTube e Cyando (Processos C-682/18 e C-683/18)”, *Revista de Direito Intelectual*, vol. 2, 2021, pp. 271 e ss.

⁶⁰ Apesar de o prazo para a transposição desta Diretiva já ter sido ultrapassado (7 de junho de 2021), à data, poucos Estados-Membros procederam à sua transposição, verificando-se significativas diferenças quanto à forma adotada. Neste sentido, cf. Eleanora ROSATI, “Event announcement - The DSM Directive 3 years on: The Polish challenge to Article 17 and the national transposition maze”, *The IPKat*, de 13 de abril de 2022, disponível em <https://ipkitten.blogspot.com/2022/04/event-announcement-dsm-directive-3.html> [31.08.2022]. E Portugal não integra essa lista, pois, apesar de ter sido apresentada uma proposta de transposição [Proposta de Lei nº114/XIV (PPL 114/XIV)], esta caducou com o termo da anterior legislatura. Sobre a transposição desta Diretiva em Portugal, cf., Alberto de Sá e MELLO, “A transposição em Portugal da Directiva 2019/790 (UE), relativa aos Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital – Subsídios em nova reflexão sobre o tema”, *Revista de Direito Intelectual*, vol. 2, 2021, pp. 7 e ss.; Dário Moura VICENTE *et al.*, “Nótula sobre as propostas de Lei nºs 113/XIV e 114/XIV em matéria de Direitos de Autor e Direitos Conexos no mercado único digital”, *Revista de Direito Intelectual*, vol. 2, 2021, pp. 177 e ss.; Alexandre L. Dias PEREIRA, “As plataformas comerciais de partilha em linha de conteúdos digitais e os direitos de autor na União Europeia”, *Revista de Direito Intelectual*, vol. 1, 2022, pp. 59 e ss.; e Tito RENDAS, “O artigo 17º da Diretiva 2019/790: desenvolvimentos recentes e transposição para o direito português”, *Revista de Direito Intelectual*, vol. 1, 2022, pp. 109 e ss. Sobre o impacto deste acórdão na transposição da DAMUD, cf. Eleanora ROSATI, “What does the CJEU judgment in the Polish challenge to Article 17 (C-401/19) mean for the transposition and application of that provision?”, *The IPKat*, de 11 de maio de 2022, disponível em <https://ipkitten.blogspot.com/2022/05/what-does-cjeu-judgment-in-polish.html> [31.08.2022], que, excepcionando os nº 9, primeiro e segundo parágrafos, defende uma transposição da norma minimalista (“copy/paste approach”).

⁶¹ De resto, o impacto desta decisão pode fazer sentir-se em todos os domínios em que esteja em causa o equilíbrio entre a tutela jurisdiccional efetiva dos DPI e a liberdade de expressão e de informação. Neste sentido, cf. Eleanora ROSATI, “Article 17 of the DSM Directive is valid: an early take on today’s Grand Chamber ruling”, *The IPKat*, de 26 de abril de 2022, disponível em <https://ipkitten.blogspot.com/2022/04/article-17-of-dsm-directive-is-valid.html> [31.08.2022], que se refere, especificamente, ao Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo

ainda que o seu resultado fosse expectável⁶². Referimo-nos ao acórdão do TJUE (Grande Secção), de 26 de abril de 2022, proferido no proc. C-401/19⁶³, em que a Polónia, invocando a violação do direito à liberdade de expressão e de informação, garantido no artigo 11.º da Carta, pediu a anulação das alíneas b) e c), *in fine*, do artigo 17º, nº 4, da DAMUD e, subsidiariamente, a anulação integral do citado art.17º, reacendendo o pavio daquela que já foi considerada a “mais colossal das batalhas que o direito de autor da União Europeia alguma vez conheceu”⁶⁴.

7. A DAMUD refere-se, no Considerando 70, à importância de se garantir um equilíbrio entre os direitos fundamentais consagrados na CDFUE, nomeadamente a liberdade de expressão e a liberdade das artes, e o direito à propriedade, incluindo a propriedade intelectual e, no Considerando 84, ao respeito pelos direitos fundamentais e à observância dos princípios reconhecidos, nomeadamente, na Carta, acrescentando que deverá ser interpretada e aplicada nos termos desses direitos e princípios.

Esta Diretiva estabelece normas que visam uma maior harmonização do direito da União aplicável aos direitos de autor e direitos conexos no mercado interno, atendendo, em especial, a que a rápida evolução tecnológica (que provocou mudanças relativamente à criação, produção, distribuição e exploração das obras), o surgimento de novos modelos empresariais e as utilizações transfronteiriças em contexto digital aumentam a insegurança jurídica para todos os intervenientes (prestadores de serviços de partilha em linha, titulares de direitos e utilizadores). Com efeito, o funcionamento do mercado de conteúdos em linha (como, p.e., YouTube, Spotify, Pinterest, Facebook, Instagram, Twitter...) tornou-se mais complexo⁶⁵, proporcionando o acesso a

a um mercado único de serviços digitais (adotado, entretanto, em 1ª leitura, pelo Parlamento Europeu, no passado mês de julho).

⁶² Tendo, especialmente, em conta a jurisprudência até à data deste Tribunal no que respeita ao equilíbrio entre a proteção conferida à propriedade intelectual e os demais direitos fundamentais e o sentido das conclusões apresentadas, neste caso, pelo Advogado-Geral Saugmandsgaard Øe, em 15 de julho de 2021, ECLI:EU:C:2021:613. Neste sentido, cf. Eleanora ROSATI, “Article 17 of the DSM Directive is valid...”, *op. cit.*

⁶³ ECLI:EU:C:2022:297.

⁶⁴ Tito RENDAS, “O artigo 17º da Diretiva 2019/790: desenvolvimentos recentes e transposição para o direito português”, *op. cit.*, p. 110.

⁶⁵ V. Considerando 61 da DAMUD.

um elevado número de conteúdos protegidos por direitos de autor carregados pelos utilizadores e esta prática (que pode ser positiva, designadamente, pelo alargamento do acesso a obras culturais e criativas) gera problemas quando esses conteúdos estão protegidos por direitos de autor e são carregados sem a autorização prévia dos titulares de direitos, já que tanto podem corresponder a atos lícitos (*v.g.*, se se integrar nalguma exceção ou limitação do direito de autor) como podem configurar atos ilícitos⁶⁶.

A DAMUD estabelece igualmente regras em matéria de exceções e limitações aos direitos de autor e direitos conexos, de facilitação de licenças, bem como normas destinadas a assegurar o bom funcionamento do mercado de exploração de obras e outro material protegido (artigo 1º, nº 1, 2ª p.).

O artigo 17º da DAMUD visa precisamente os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, isto é, os prestadores de um serviço da sociedade da informação que tem como principal objetivo ou um dos seus principais objetivos armazenar e facilitar o acesso do público a uma quantidade significativa de obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores, que organizam e promovem com fins lucrativos (artigo 2º, nº 6)⁶⁷, ainda que com a exclusão prevista no artigo 17º, nº 6.

O regime jurídico consagrado nesta norma assenta na qualificação como “ato de comunicação ao público” ou “de colocação à disponibilização do público” da oferta ao público, pelos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, do acesso a obras ou outro material protegido protegidos por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores (artigo 17º, nº 1, 1º parágrafo). Caso se verifique esta hipótese, os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha devem obter uma autorização⁶⁸ dos titulares de direitos – *p.e.*, através da celebração de um acordo de concessão de licenças (artigo 17º, nº 1, 1º parágrafo). Porém, os titulares de direitos não são obrigados a concedê-la (Considerando 61).

⁶⁶ Sobre a origem da norma, *cfr.*, entre nós, Tito RENDAS, “O artigo 17º da Diretiva 2019/790: desenvolvimentos recentes e transposição para o direito português”, *op. cit.*, pp. 109 e ss. e as Conclusões do Advogado-Geral Saugmandsgaard Øe, *cit.*, n.º 13 e ss.

⁶⁷ Há, no entanto, importantes exclusões, pois não são qualificados como prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha os referidos na 2ª parte do artigo 2º, nº 6.

⁶⁸ O nº 2 do artigo 17º estabelece ainda que essa autorização compreende também os atos realizados pelos utilizadores dos serviços abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 3º da DAMUD se estes não agirem com caráter comercial ou se a sua atividade não gerar receitas significativas.

Se essa autorização não existir, o prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha é considerado autor deste ato de comunicação, sendo responsabilizado nos termos estabelecidos no artigo 17º, nº 4⁶⁹ (não se aplicando a isenção da responsabilidade prevista no artigo 14º, nº 1, da Diretiva 2000/31/CE – Diretiva do Comércio Eletrónico –, artigo 17º, nº 3, DAMUD).

O artigo 17º, nº 4, consagra, então, um regime *específico* de responsabilidade aplicável aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha quando ofereçam ao público o acesso a obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores, *sem autorização* dos titulares de direitos em causa. Neste caso prevê-se uma isenção (*safe harbour*) da responsabilidade⁷⁰, se – sem que se exija uma obrigação geral de vigilância⁷¹ – os prestadores de serviços demonstrarem que: a) envidaram *todos os esforços* para obter uma autorização e b) efetuaram, de acordo com elevados padrões de diligência profissional do setor, os *melhores esforços* para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras e outro material protegido relativamente às quais os titulares de direitos forneceram aos prestadores de serviços as informações pertinentes e necessárias⁷² e, em todo o caso, c) *agiram com diligência*, após receção de um aviso suficientemente fundamentado pelos titulares dos direitos, no sentido de bloquear o acesso às obras ou outro material protegido objeto de notificação nos seus sítios *Internet*, ou de os retirar desses sítios (*notice-and-take-down*) e envidaram os *melhores*

⁶⁹ Qualificando esta responsabilidade como direta e objetiva, cf. as Conclusões do Advogado-Geral Saugmandsgaard Øe, *cit.*, neste caso, nº 31 e, entre nós, Alberto Ribeiro de ALMEIDA, “*In dubio pro libertate*. Um contributo para a interpretação do artigo 17º da Diretiva 2019/790/UE”, *Revista de Direito Intelectual*, vol. 1, 2022, p. 27.

⁷⁰ Esta isenção compreende-se, pois, “por um lado, são os utilizadores dos serviços de partilha que colocam em linha os conteúdos que aí se encontram, sem uma seleção prévia dos seus prestadores a este respeito, e[,] por outro, estes prestadores não conseguirão provavelmente obter autorização de todos os titulares dos direitos para todas as obras e outros material protegido, presentes e futuros, que podem assim ser aí carregados, tal responsabilidade objetiva forçaria os referidos prestadores a mudar completamente de modelo económico – e, nesse sentido, a abandonar o próprio modelo da ‘Web 2.0’ interativa” (v. nº 32 das Conclusões apresentadas pelo Advogado-Geral Saugmandsgaard Øe, neste caso, *cit.*).

⁷¹ V. artigo 17º, nº 8.

⁷² Referindo-se aos «deveres recíprocos de colaboração» entre os titulares dos DPI e os prestadores, cf. Alberto Ribeiro de ALMEIDA, “*In dubio pro libertate*. Um contributo para a interpretação do artigo 17º da Diretiva 2019/790/UE”, *op. cit.*, pp. 31 e 42, sublinhando a diferente ponderação dos interesses em conflito relativamente à Diretiva 2000/31/CE e respetivas liberdades.

esforços para impedir o seu futuro carregamento (*notice-and-stay-down*), nos termos da alínea b)⁷³.

A observância destes requisitos – para a isenção de responsabilidade – obriga a recorrer a mecanismos de filtragem automatizada que, para surtirem o efeito desejado (e desejável), devem ser capazes de diferenciar os conteúdos ilícitos dos lícitos, pois não pode ser vedada a disponibilização de obras ou outro material protegido carregado por utilizadores que não violem os direitos de autor e direitos conexos, nomeadamente nos casos em que essas obras ou outro material protegido estejam abrangidos por uma exceção ou limitação (artigo 17º, nº 7). Ora, as tecnologias que permitem a filtragem automatizada podem examinar *todos* os conteúdos carregados nas plataformas – incluindo os que correspondam a utilizações livres⁷⁴ que são lícitas –, pelo que, pelo menos por agora, parece ser indispensável a intervenção humana para os diferenciar.

Por outro lado, para além das referidas salvaguardas, a proteção dos interesses dos utilizadores assenta ainda na previsão de mecanismos (*ex post*) de reclamação e de recurso nos casos em que se verifique um bloqueio indevido, quer internos, quer judiciais e extrajudiciais (artigo 17º, nº 9).

8. No acórdão do TJUE, de 26 de abril de 2022, como referimos, a Polónia pediu a anulação do artigo 17º, parcial ou mesmo totalmente, invocando a violação do artigo 11º da Carta⁷⁵. Por razões de economia e atendendo ao objeto do presente estudo, vamos focar-nos apenas no pedido de anulação parcial.

A Polónia entendia que o artigo 17º, nº 4, alíneas b) e c), *in fine*, da DAMUD – ao impor aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha a obrigação de envidar os seus melhores esforços, por um lado, para assegurar a indisponibilidade de conteúdos protegidos específicos para

⁷³ O nº 5 do artigo 17º – como corolário do princípio da proporcionalidade – determina que, para se aferir se o prestador de serviço cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do nº 4, devem ser tidos em conta, entre outros, os seguintes elementos: a) o tipo, o público-alvo e a dimensão do serviço e o tipo de obras ou material protegido carregado pelos utilizadores do serviço e b) a disponibilidade de meios adequados e eficazes, bem como o respetivo custo para os prestadores de serviços.

⁷⁴ De resto, o artigo 17º, nº 7, no 2º parágrafo, estabelece um elenco imperativo das exceções ou limitações existentes que os utilizadores em cada Estado-Membro podem invocar ao carregar e disponibilizar conteúdos gerados por utilizadores em serviços de partilha de conteúdos em linha: a) citações, crítica, análise; b) utilização para efeitos de caricatura, paródia ou *pastiche*.

⁷⁵ V., esp. n.º 39 e ss. do acórdão *cit*.

os quais os titulares de direitos forneceram as informações pertinentes e necessárias e, por outro, para impedir o futuro carregamento dos conteúdos protegidos objeto de um aviso suficientemente fundamentado pelos titulares – limita o exercício do direito à liberdade de expressão e de informação dos utilizadores destes serviços, pois para o seu cumprimento seria necessária uma monitorização *preventiva* (i.e., antes da difusão ao público) de *todos* os conteúdos carregados pelos seus utilizadores e, na falta de outras soluções exequíveis, ter-se-ia de recorrer a ferramentas de filtragem automática que implicam o risco de bloqueio também de conteúdos lícitos. E considerava que esta restrição ao exercício daquele direito fundamental não respeita nem o seu conteúdo essencial, nem o princípio da proporcionalidade, pelo que não pode ser considerada justificada.

O TJUE assume que o regime específico de responsabilidade para os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, previsto no artigo 17º, nº 4, da DAMUD, comporta, efetivamente, uma restrição ao exercício do direito à liberdade de expressão e de informação dos utilizadores desses serviços de partilha⁷⁶. Porém, considera que essa restrição “foi rodeada, pelo legislador da União, de garantias adequadas para assegurar, em conformidade com o artigo 52º, nº 1, da Carta, a observância do direito à liberdade de expressão e de informação dos utilizadores destes serviços, garantido no artigo 11º da Carta, bem como o justo equilíbrio entre este, por um lado, e o direito da propriedade intelectual, protegido pelo artigo 17º, nº 2, da Carta, por outro”⁷⁷.

Com efeito, o artigo 52º, nº 1, da CDFUE determina que qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela Carta deve ser prevista por lei, respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades e observar o princípio da proporcionalidade, pelo que essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente

⁷⁶ V. nº 58 do acórdão *cit.*

⁷⁷ V. nº 98 do acórdão *cit.* O TJUE acrescenta ainda, no nº 99, que cabe aos Estados Membros, na transposição desta norma, “basear-se numa interpretação [que] permita assegurar o justo equilíbrio entre os direitos fundamentais protegidos pela Carta” e “na implementação das medidas de transposição da referida disposição, incumbe às autoridades e aos órgãos jurisdicionais dos Estados Membros não apenas interpretar o seu direito nacional em conformidade com esta mesma disposição mas também não se basear numa interpretação desta que entre em conflito com os referidos direitos fundamentais ou com os outros princípios gerais do direito da União, como o princípio da proporcionalidade”.

a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.

O Tribunal do Luxemburgo – depois de esclarecer que, para proceder a este exame, se deve atender não apenas ao artigo 17º, nº 4, isoladamente, mas também “às disposições que especificam e completam esse regime” (e, em especial, aos n.ºs 7 a 10 do artigo 17º da DAMUD) e “ao objetivo legítimo prosseguido pela aplicação deste regime, a saber, a proteção das pessoas titulares de direitos de autor e de direitos conexos, garantidos, enquanto direitos de propriedade intelectual, no artigo 17º, nº 2, da Carta”⁷⁸ – considerou que a restrição ao exercício do direito à liberdade de expressão e de informação dos utilizadores de serviços de partilha de conteúdos em linha:

- está prevista na lei, resultando do artigo 17º, nº 4, alíneas b) e c), *in fine*, da DAMUD e, seguindo a jurisprudência do TEDH, defende que tal não é infirmado pela formulação da limitação em termos suficientemente abertos para poder adaptar-se à evolução das circunstâncias⁷⁹;
- respeita o conteúdo essencial do direito à liberdade de expressão e de informação⁸⁰, já que “resulta claramente do artigo 17º, n.ºs 7 e 9, da DMUD, bem como dos seus considerandos 66 e 70, que, para proteger o direito à liberdade de expressão e de informação dos utilizadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, consagrado no artigo 11º da Carta, e o justo equilíbrio entre os diferentes direitos e interesses em jogo”, a Diretiva estabelece que a execução das obrigações que decorrem deste regime específico de responsabilidade “não pode, nomeadamente, conduzir à adoção de medidas que afetem o conteúdo essencial deste

⁷⁸ V. nº 69 do acórdão *cit.*

⁷⁹ V. n.ºs 72 e 74 do acórdão *cit.* Aliás, sustenta que “a fim de respeitar a liberdade de empresa desses prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha (art. 16º da Carta) e o justo equilíbrio entre esta, o direito à liberdade de expressão e de informação dos utilizadores dos seus serviços (art. 11º da Carta) e o direito de propriedade intelectual dos titulares de direitos (art. 17º, nº 2, da Carta) protegido pelo artigo 17º, nº 2, da Carta, pode ser mesmo *necessário* deixar ao critério dos prestadores de serviços a determinação das medidas concretas a tomar para alcançar o resultado pretendido (assegurar o respeito pelos direitos de autor aquando da utilização dos seus serviços), para que estes possam optar por executar as medidas que melhor se adaptem aos recursos e às capacidades de que dispõem, e que sejam compatíveis com as restantes obrigações e desafios a que deve fazer face no exercício da sua atividade” (nº 75).

⁸⁰ V. nº 76 do acórdão *cit.*

direito fundamental dos utilizadores que partilham, nas suas plataformas, conteúdos que não violam os direitos de autor e direitos conexos”⁸¹;

- e é proporcional, pois, por um lado, responde à necessidade de proteção da propriedade intelectual garantida no artigo 17º, nº 2, da Carta⁸² e, por outro, as obrigações impostas pelo art. 17º, nº 4, da DAMUD aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha não restringem, de forma desproporcionada, o direito à liberdade de expressão e de informação dos utilizadores desses serviços, demonstrando-o com várias previsões que integram o artigo 17º, nomeadamente, que não existe uma obrigação geral de monitorização; a DAMUD estabeleceu um limite claro e preciso às medidas que podem ser tomadas ou exigidas na aplicação das obrigações previstas naquela norma (excluindo, designadamente, as medidas que filtram e bloqueiam conteúdos lícitos aquando do carregamento); no que respeita às exceções e limitações aos direitos de autor, a Diretiva *impõe* aos Estados Membros – precisamente para assegurar o equilíbrio com a liberdade de expressão e das artes – que assegurem que os utilizadores sejam autorizados a carregar e a disponibilizar os conteúdos por eles gerados para fins específicos de citação, crítica, análise, caricatura, paródia ou *pastiche*⁸³; e obriga os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha a adotarem um conjunto de medidas *ex ante* (v.g., a informarem os seus utilizadores, nas suas condições gerais de utilização, da possibilidade de utilizarem obras e outro material protegido ao abrigo de exceções ou limitações aos direitos de autor e direitos conexos previstas no direito da União⁸⁴) e *ex post* (v.g., as garantias de natureza processual que

⁸¹ V. nº 80 do acórdão *cit.*

⁸² V. nº 82 do acórdão *cit.* Aliás, o TJUE afirma que o mecanismo de responsabilidade previsto no artigo 17º, nº 4, da DAMUD é apto e essencial para satisfazer a necessidade de proteção do DPI e, apesar de não ser a medida menos restritiva para o exercício do direito à liberdade de expressão e de informação, será o mais eficaz em termos de proteção dos direitos de propriedade intelectual (nº 83).

⁸³ V. artigo 17º, nº 7, segundo parágrafo, da DAMUD.

⁸⁴ V. artigo 17º, nº 9, quarto parágrafo, da DAMUD.

protegem o direito à liberdade de expressão e de informação dos utilizadores de serviços de partilha de conteúdos em linha nos casos em que os prestadores destes serviços bloqueiam, por erro ou sem fundamento, conteúdos lícitos⁸⁵)⁸⁶.

O TJUE, na senda de jurisprudência anterior, reconheceu ainda que, apesar de a proteção do direito de propriedade intelectual estar efetivamente consagrada no artigo 17º, nº 2, da Carta, não resulta de forma alguma desta disposição, nem da jurisprudência do TJUE que esse direito seja intangível e que a sua proteção deva ser assegurada de maneira absoluta⁸⁷.

9. A decisão do TJUE, neste processo, não deverá ser suficiente para superar a divergência de opiniões no que respeita ao equilíbrio dos direitos fundamentais em conflito⁸⁸, na medida em que não avançou muito relativamente ao nó górdio do regime instituído e que se encontra na necessidade de se assegurar *preventivamente* não só que não sejam carregados conteúdos que violam o direito de propriedade intelectual, mas também que não sejam censurados (i.e., controlados previamente à sua divulgação)⁸⁹ conteúdos lícitos ou, se se preferir, evitar o bloqueio excessivo e injustificado.

De facto, o TJUE assume estas duas premissas, mas não as concretiza. Isto apesar de o Advogado-Geral ter incluído, em *post scriptum* às suas Conclusões neste caso⁹⁰, uma apreciação das medidas, entretanto, apresentadas pela Comissão Europeia (e de a Comissão assumir expressamente, na sua Comunicação, que este Acórdão terá implicações na aplicação do artigo 17º pelos Estados-Membros, bem como nas orientações, que poderão ter de ser

⁸⁵ V. artigo 17º, nº 9, primeiro e segundo parágrafos.

⁸⁶ V. n.ºs 84 e ss. do acórdão *cit.*

⁸⁷ V. nº 92 do acórdão *cit.*

⁸⁸ Como muito expressivamente refere Sofia de Vasconcelos CASIMIRO, “A responsabilidade das plataformas digitais pelos conteúdos de terceiros: o reposicionamento do direito de comunicação...”, *op. cit.*, p. 272, “encontrar a medida exata para assegurar o justo equilíbrio entre os diferentes interesses em confronto no contexto da circulação de conteúdos em rede assemelha-se à tarefa de perseguir o vento”, considerando, a propósito do acórdão do TJUE, proferido no caso “YouTube/Cyando”, *cit.*, que “após várias aproximações mais ou menos fracassadas, o [TJUE] dá finalmente sinais positivos no sentido de enunciar critérios mais objetivos e concretos para chegar ao objetivo”.

⁸⁹ Em sentido próximo, cf. Alexandre L. Dias PEREIRA, “As plataformas comerciais de partilha em linha de conteúdos digitais e os direitos de autor na União Europeia”, *op. cit.*, p. 73.

⁹⁰ V. n.ºs 221 e ss. das Conclusões, *cit.*

revistas em conformidade)⁹¹ e que respeitam, por um lado, à previsão de um *bloqueio automático* nos casos em que o carregamento seja *manifestamente* ilícito (*v.g.*, a correspondência exata de obras completas ou de proporções significativas de uma obra deve, normalmente, ser considerada manifestamente infratora)⁹² – que aprecia favoravelmente⁹³ e, por outro, ao *earmarking* (marcação prévia) que permitiria que os titulares de direitos identificassem conteúdos específicos que, caso fossem disponibilizados, lhes poderia causar prejuízos económicos significativos (como, *p.e.*, os que são sensíveis ao fator tempo)⁹⁴ – que considera negativa, atendendo ao risco que representa para a tutela da liberdade dos utilizadores o bloqueio *ex ante* daqueles conteúdos se baseado na mera *alegação* do risco de prejuízo económico significativo⁹⁵.

O Tribunal do Luxemburgo não se lhes refere expressamente. Porém, no nº 90, do Acórdão sustentou que “o artigo 17º, nº 8, da Diretiva 2019/790, ao enunciar, à semelhança do artigo 15º, nº1, da Diretiva 2000/31, que a aplicação deste artigo 17º não implica qualquer obrigação geral de monitorização, impõe uma garantia *adicional* para o respeito do direito à liberdade de expressão e de informação dos utilizadores de serviços de partilha de conteúdos em linha”, já que “esta precisão implica que os prestadores desses serviços *não podem ser obrigados a prevenir* o carregamento e a disponibilização ao público

⁹¹ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho - Orientações sobre o artigo 17º da Diretiva 2019/790 relativa aos direitos de autor no mercado único digital, de 4 de junho de 2021, COM(2021) 288 final, p. 1, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0288&from=EN> [31.08.2022]. Estas orientações resultam do artigo 17º, nº 10, da DAMUD, que estabelece ainda que essas orientações têm em conta os resultados dos diálogos entre as partes interessadas organizados em cooperação com os Estados-Membros com vista a debater as melhores práticas de cooperação entre os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha e os titulares de direitos.

⁹² Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho - Orientações sobre o artigo 17º..., *cit.*, pp. 23 e ss., esp. p. 24, que refere vários critérios a aplicar na determinação do carácter *manifestamente* ilícito do conteúdo. Nesta Comunicação refere-se ainda que “os outros carregamentos que não sejam manifestamente infratores, devem, em princípio, ser colocados em linha e podem estar sujeitos a um controlo humano *ex post* quando os titulares de direitos se opõem enviando um aviso”.

⁹³ V. n.ºs 198 e ss. e esp. 201 e ss. das *Conclusões*, *cit.*, onde o Advogado-Geral explicita que os conteúdos manifestamente ilícitos serão aqueles que são “idênticos” às obras e outro material protegido identificados pelos titulares de direitos (*i.e.*, reproduções idênticas, sem elementos adicionais ou valor acrescentado) ou “equivalentes” (*i.e.*, reproduções com alterações insignificantes, de forma que o público não as diferencia do material original).

⁹⁴ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho - Orientações sobre o artigo 17º..., *cit.*, pp. 16 e ss. e pp. 20 e ss. A Comissão refere ainda que os prestadores de serviços devem exercer especial cuidado e diligência na aplicação das suas obrigações de melhores esforços *antes* de carregar tais conteúdos, o que “pode incluir, quando razoável e exequível, um controlo humano *ex ante* rápido pelos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, verificando os carregamentos que apresentam tais conteúdos marcados e identificados por uma ferramenta automatizada de reconhecimento de conteúdos” (Comunicação..., *cit.*, p. 25).

⁹⁵ *Conclusões*, *cit.*, nº 223.

de conteúdos cuja constatação do carácter ilícito necessitaria, por seu lado, de uma apreciação autónoma do conteúdo à luz das informações fornecidas pelos titulares de direitos, bem como de eventuais exceções e limitações aos direitos de autor” (itálicos nossos). Possivelmente, a desejável concretização ficará para a apreciação que vier a empreender quanto à compatibilidade das normas de transposição da DAMUD pelos Estados-Membros com os direitos fundamentais previstos na CDFUE.

“AN EVER CLOSER UNION”. UNA UE MÁS ALLÁ DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA

Maribel González Pascual*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.13>

*“Ahora veteranos
ya le damos alcance a la verdad
el océano es por fin el océano
pero la muerte empieza a ser
la nuestra”*

M. Benedetti

1. Una UE social: la Europa que Benedita quería

Para aquellos que creemos en los derechos sociales, como la profesora a la que se dedica este libro, mi llorada y querida Benedita, la UE tiene que ser una oportunidad para la igualdad. Tiene que traer no solo prosperidad económica, sino particular protección para los colectivos más vulnerables, acceso a servicios públicos de calidad para todos los ciudadanos, un mercado laboral justo y un sistema de Seguridad Social sólido y equitativo entre ciudadanos. Sin embargo, la UE ha tardado mucho en aceptar hasta sus

* Universitat Pompeu Fabra.

últimas consecuencias que, efectivamente, este es el único camino que tiene para perseverar.

Este hecho no es sorprendente porque la escasa solidaridad entre Estados Miembros y, dentro de los mismos, entre nacionales, ciudadanos de la Unión y nacionales de terceros Estados ha alimentado las crisis recientes en la UE. Las reticencias hacia una UE que sobrecargara las políticas sociales nacionales, al requerir de los Estados prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión o nacionales de terceros Estados, estuvieron en el epicentro del Brexit y de la crisis de los refugiados. La posibilidad de exigir transferencias de capital entre Estados para sufragar políticas sociales, y las duras restricciones en derechos sociales que en la práctica tuvieron lugar marcaron la crisis del euro.

En la actualidad las políticas sociales vuelven a ser capitales, porque la crisis sanitaria desembocó en una crisis socio-económica, que ha agravado las desigualdades y la pobreza en Europa. Una crisis económica de la que Europa empezaba a salir cuando estalló la guerra en Ucrania, guerra también económica que está provocando una escalada de precios en el continente que, particularmente sufren los colectivos más vulnerables.

Afortunadamente, la UE ha ido aprendiendo que necesita convertirse en mucho más que un proyecto de integración económica. De hecho, la UE empezó a modificar su discurso cuando en el debate sobre el Estado de la Unión, el 9 de septiembre de 2015, Claude Juncker, anunció su intención de desarrollar un pilar europeo de derechos sociales que sirviera de “guía para una convergencia renovada en la zona euro”.

El Pilar Europeo de Derechos Sociales fue un reconocimiento tácito, de que la UE era corresponsable del deterioro de los derechos sociales en varios Estados como consecuencia de las llamadas medidas de austeridad. No obstante, el detonante del Pilar Europeo de Derechos Sociales posiblemente fue el Brexit y la necesidad de contrarrestar el auge del euroescepticismo, superando la división Norte/Sur, provocada por las medidas de austeridad durante la crisis, y Este/Oeste creada por el miedo al dumping social ante las muy distintas condiciones laborales en el Este de Europa. En definitiva, la concurrencia casi simultánea de varios factores forzó a la Comisión a dar un paso adelante en materia social. Paso que confirmó Ursula von der Leyen en su discurso de toma de posesión prometiendo la presentación de un plan de acción para el Pilar Europeo de Derechos Sociales. Sin embargo, estos

tímidos avances fueran rápidamente desbordados por la pandemia primero y la guerra después.

2. Un nuevo paradigma en Europa: la importancia de lo público

Europa empezó a tomar conciencia de la dimensión de la crisis del coronavirus cuando el primer ministro Giuseppe Conte decretó el confinamiento de Lombardía y de otras once provincias del Norte de Italia el 8 de marzo de 2020, cuarentena que extendió al resto de Italia solo dos días después. La pandemia derivó en una crisis global, asimétrica y asincrónica que sometió a un profundo letargo a importantes sectores económicos, agravando las desigualdades y la pobreza.

En este contexto, el 18 de marzo de 2020, el Consejo acordó liberar fondos con cargo al presupuesto de la UE, flexibilizando las condiciones para usar los fondos europeos y facilitando el acceso a los fondos que no se habían utilizado en el 2019. Dos días después la Comisión Europa propuso la activación cláusula general de salvaguardia del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, propuesta que apoyó el Consejo. Su activación supuso el reconocimiento por parte de la UE que las medidas para atajar la crisis iban a ser sustancialmente diferentes de las adoptadas durante la crisis del Euro.

De hecho, el 21 de julio de 2020 se aprobó el Programa *Next Generation EU* dotado con de 750.000 millones de euros, siendo la mitad subvenciones, que los Estados no tendrán que devolver y, la otra mitad préstamos a un interés particularmente bajo. Además, se ha facultado a la Comisión para acudir en nombre de la UE a los mercados de capitales pudiendo contraer empréstitos por un valor de 750.000 millones de euros. Ello conlleva una cierta mutualización de la deuda; un hito en la solidaridad entre europeos.

En puridad, no se puede afirmar que el Programa *Next Generation EU* sea un cambio radical en la política económica y monetaria de la UE. La diferencia de criterios políticos, de situaciones socio-económicas y un proceso de toma de decisiones que tiende a favorecer el *statu quo* impide reformas radicales en la UE. *Next Generation EU* es un programa de recuperación económica, para relanzar a la UE frente a sus grandes competidores en el orden internacional y para evitar que las brechas crucen el continente euro,

Este/ Oeste y Norte/Sur, sigan creciendo. Por ello, el programa obedece a una nueva manera diferente de entender la relación entre la economía y el poder público, pero con el objetivo puesto en la primera. De hecho, el discurso de la justicia social como valor compartido por los europeos queda desdibujado en el paquete de medidas porque no hay consenso sobre el modelo social que comparten los europeos.

Ahora bien, lejos de justificar que el poder público actúe paralelamente al mercado, a los actores privados, la filosofía que nutre el programa *Next Generation EU* parte de la base de que el mercado necesita el poder público. No se trata solo de que el poder público no mutila o limita la productividad y la competitividad de los actores privados, sino que se postula todo lo contrario. El mercado solo podrá alcanzar su potencial con la intervención previa del poder público y esta no se debe ceñir a corregir los fallos del mercado. El poder público debe tomar decisiones estratégicas, asumir riesgos y liderar nuevos mercados, a la vez que regula los ya existentes¹. La revolución tecnológica necesaria para ser competitivos es factible solo si la lidera el sector público, en cuanto es el único realmente dispuesto a asumir el riesgo. Igualmente la protección medio ambiental debe ser liderada por el sector público. Esta nueva comprensión del sector público revaloriza su papel como motor del cambio que las sociedades precisan.

Si ya se consideraba necesario revisar el lugar del poder público en la economía para superar el estancamiento de la economía internacional tras la crisis del euro, con la crisis de la COVID-19 el replanteamiento se hizo inaplazable. Y es evidente que la UE abraza esta concepción en su programa *Next Generation* al impulsar una inversión inédita en las transiciones digital y ecológica. En definitiva, se apuesta por el cambio del modelo productivo incluso en algunos Estados Miembros, siendo la impulsora la UE, que no solo aconseja, que no solo regula, sino que arriesga.

Es una apuesta necesaria para la UE porque la COVID-19 y la guerra en Ucrania han llevado a replantear los proyectos de integración supranacional. No podemos olvidar que la primera respuesta a la pandemia fue incluso local porque la primera medida fue restringir los viajes y el comercio más allá de las fronteras. En la actualidad, la guerra amenaza las propias fronteras de

¹ M. MAZZUCATO, *El Estado emprendedor*, RBA Libros, 2019, p. 35.

Europa y nos quiere devolver al mundo de bloques que creímos superados. Al mundo que la creación de la UE quería poner fin.

En este marco, los Estados Miembros se enfrentan a ambos retos con más integración. El desarrollo de las nuevas vacunas ha sido un esfuerzo que muchos Estados solos no habrían podido afrontar, y esta cooperación ha perseverado para afrontar la guerra y sus consecuencias. En este sentido parece caminar la UE creando ayudas adicionales, como el REPowerEU, o aún más haciendo un llamamiento a fondos de solidaridad entre Estados Miembros y entre empresas y ciudadanos. Los Estados deben prestarse energía si llega el momento y las empresas más beneficiadas por la guerra han de ayudar a quienes más la sufren. Es un momento definitorio de la Unión, un momento que nos impele a ser solidarios, a estar más unidos, como recordó la Presidenta de la Comisión en un discurso profundamente político y comprometido el pasado 7 de septiembre.

Obviamente la UE ha apostado por ser una fuerza impulsora de profundos cambios socio-económicos no solo regulando, sino también invirtiendo, porque las crisis le ha impelido a hacerlo. Asimismo, la UE tiene una estructura compleja, sujeta a vaivenes internos que la pueden debilitar, como las recientes elecciones en Italia. Ahora bien, en una hora tan grave a la UE solo le queda avanzar, convertirse en aquello que muchos siempre hemos querido. Ser la Europa social que europeístas convencidos como Benedita habrían querido ver, la Europa que ella posiblemente quería para nosotros. La Europa por la que vale la pena luchar, aunque nuestra querida Benedita ya no vaya estar en ella, estarán sus hijos, como los nuestros, y debemos dejarles una Europa en la que no solo crezcan, sino se reconozcan como ciudadanos iguales, libres y con esperanza en un futuro cada vez mejor.

PARA OS CRIMES INTERPESSOAIS, URGE RESGATAR UMA ABORDAGEM CRIMINOLÓGICA QUE ELEVE O PAPEL DA VÍTIMA E POTENCIE A RESSOCIALIZAÇÃO DO AGENTE: UM DESAFIO VELHO, MAS ATUAL*

Mário Ferreira Monte**

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.14>

1. Introdução

O pressuposto do contributo para a reflexão que aqui queremos deixar é o de que o direito penal, através dos tipos normativos e das sanções, tem

* O bem mais valioso dos nossos dias, logo a seguir à vida e aos bens jurídicos pessoalíssimos, é o tempo. O tempo que nos escapa na imensidão de tantas tarefas académicas e outras. O tempo que gostaríamos de ter para pensar e escrever mais e melhor, como uma homenagem como a que aqui nos convoca exige. O tempo fugaz que não nos permitiu conviver mais com Benedita Ferreira Silva Mac Crorie Graça Moura e com ela aprender. De facto, partiu muito cedo. Fica-nos a memória de uma Colega que, entre muitas qualidades, que aqui não cabe enumerar, tinha uma notável preocupação pelo estudo, a promoção e a proteção dos direitos humanos. O tema que escolhemos para a homenagear, longe de estar esgotado neste trabalho, é o de uma proposta humanista, no sentido de elevar o papel das vítimas de conflitos interpessoais e de potenciar a ressocialização dos agentes do crime. Com as limitações que o tempo nos impôs, mas com o desejo de a este assunto voltar, estamos certos de que é a melhor forma de prestar esta homenagem.

** Professor na Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigador do JusGov (Centro de Investigação em Justiça e Governação), do qual é coordenador do Grupo JusCrim. Coordenador geral da Rede de Investigação em Direito da Lusofonia (REDIL) (monte@direito.uminho.pt).

funções, finalidades e efeitos que, sendo diferentes, complementam-se perfeitamente. Às funções de proteção de bens jurídicos e de ressocialização dos agentes que os tipos de ilícito sempre implicam, respondem as sanções com finalidades positivas de prevenção geral e de prevenção especial. Ambos – tipos e sanções, sendo que estas estão imbricadas naqueles¹ –, por sua vez, quer pela sua conceção, quer pela sua aplicação, têm um efeito geral de dissuasão, que é ainda preventivo, mas não negativo, e um efeito de confiança (gerador de expectativas). Por um lado, não se intimida por intimidar. Mas é natural que os tipos, pelo seu efeito comunicativo, prevendo sanções, acabem por ter um efeito dissuasor. Não se confunde isto com racionalidade teleológica das sanções penais: estas não se definem, não se determinam e não se medem por finalidades preventivas de tipo negativo. Mas pela sua existência e aplicação, acabam por ter um efeito geral de dissuasão. Por outro lado, não se duvida que as normas penais tenham a pretensão de reforçar nas pessoas em geral – potenciais vítimas –, e particularmente nas vítimas concretas, um sentimento de confiança. E até se pode dizer que existem consequências funcionais da intervenção jurídico-penal: a restauração da paz jurídica e da paz social.

Partindo deste pressuposto, é nosso entendimento que o direito penal tem margem para elevar o papel da vítima e ressocializar o agente, sem se descaracterizar, sobretudo através de soluções de reparação. Naturalmente que, neste espaço exíguo, apenas deixaremos um pequeno contributo para uma maior reflexão que urge fazer. Um contributo essencialmente de raiz criminológica – muito sulcado nos contributos da vitimologia –, que não irá além dos conflitos interpessoais, carente, como sempre, de uma adequada conformação dogmática que aqui, *brevitatis causa*, não vamos poder fazer.

2. O efeito comunicativo do tipo e da pena

É natural pretender-se, com a intervenção jurídico-penal, uma certa pacificação dos conflitos interpessoais. A paz jurídica, contudo, não se alcança com a aplicação de uma pena que pretenda anular os efeitos do crime, mas com uma solução que restabeleça a confiança nas normas que previnem o

¹ Mas, para efeitos de exposição, são aqui distinguidos, para melhor compreensão das várias dimensões implicadas.

crime. Esta conceção preventiva, integradora, porém, não pode dispensar o restabelecimento dos laços pessoais e comunitários, a começar, desde logo, por aqueles que são os principais protagonistas do crime (agressor e vítima), garantia da paz social que também realiza a paz jurídica².

Se a norma penal tem como pressuposto que ela encerra um ato de comunicação – que se dirige e envolve toda a sociedade e que deve ser produzida de modo racional, como “consequência de um procedimento isento de emoções, de ideologia, de filiação religiosa, de concepção filosófica ou política”³ – e se dizemos, e bem, que do tipo legal de crime se espera a realização de finalidades preventivas – geral e especial – positivas, então admitimos que isso só será possível se da sua aplicação resultar essa realização e se, por mor dessa concretização, o tipo tiver esse efeito comunicativo na sociedade⁴.

Há quem⁵ diga de outro modo: “[r]elativamente ao delito não cometido a prevenção opera fundamentalmente através da norma com pretensões dissuasoras, assentes tanto na *intimidação* derivada da natureza penal da norma, como na *comunicação do conteúdo de valor* que, por razões tanto formais como – desejavelmente – materiais, incorpora a mesma. Uma vez cometido o delito [o] essencial é *restabelecer o estado de paz social* prévio a tal comissão”.

A nossa concordância vai com a salvaguarda de que o efeito comunicativo do tipo, embora dissuasor, não implica finalidades de prevenção geral e especial negativas assestadas às sanções. Isto porque não se pode confundir estas realidades: uma coisa é claramente o efeito comunicativo do tipo (dissuasor e fiduciário); outra coisa é a sua finalidade e a da pena (preventiva geral e especial de tipo positivo).

Não se questionando que as finalidades da pena são as de prevenção geral positiva ou de integração e de prevenção especial positiva ou de ressocialização, cremos que não erramos se dissermos que o tipo tem um efeito

² Por isso, faz todo o sentido que certos autores, em vista da introdução de uma dimensão consensual no direito penal, falem em “tratamento integrador, restaurativo e preventivo”, como faz Nereu GIACOMOLLI, *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na Perspectiva das Garantias Constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, pp. 96 e ss.

³ Afirma-o Juarez TAVARES, *Fundamentos de Teoria do Delito*, Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 50 e ss.

⁴ Cf. Silva SÁNCHEZ, “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de “reparación””, *Poder Judicial*, 3ª época, nº 45, 1997, p. 199.

⁵ Cf. Silva SÁNCHEZ, “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de “reparación””, *op. cit.*, p. 199.

comunicativo que pode muito bem ser de dissuasão⁶, que se expressa na ameaça de uma pena a um comportamento e que se concretiza na aplicação dessa pena. Como afirma Taipa de Carvalho⁷, “a dissuasão (‘intimidação’) do condenado é conatural à pena, e constitui uma função da pena, que em nada é incompatível com a referida função positiva de ressocialização. É que não se trata de intimidar por intimidar, mas sim de *dissuasão*”. Este efeito dissuasor presente em cada pena não é o fundamento da pena. É um efeito que se impõe desde logo pelo tipo. Um efeito comunicativo do tipo que se confirma com a aplicação da sanção. Ao que se junta a outra face da moeda: o efeito de reforço da confiança de potenciais e concertas vítimas nas normas penais – *rectius*, no sistema de justiça penal.

Mas não nos iludamos: o momento da concretização da norma penal na resolução de concretos casos não é de menor importância nessa vocação comunicativa de natureza dissuasora e fiduciária. É necessário que aquele primeiro efeito comunicativo de dissuasão e confiança não seja frustrado no momento da judicativa concretização normativa pela sua ablação. Por exemplo, a desadequada aplicação de uma sanção ou a sua não aplicação, sem qualquer possibilidade de compreensão por parte dos seus destinatários, tornaria o direito penal absolutamente autopoietico, mas sem efeito positivo nos seus destinatários. Isto, sobretudo nos conflitos interpessoais, é indesejável.

A verdade é que nem sempre se consegue aquele ambicionado equilíbrio: ou porque a pena não cumpre os fins e os efeitos pressupostos; ou porque se exaspera o efeito negativo do facto em detrimento do efeito comunicativo do tipo e da pena; ou simplesmente porque se não percebe o sentido da pena.

⁶ Como, por exemplo, nos dá conta Costa PINTO, *Direito Processual Penal. Curso Semestral*, Lisboa, AAFDL, 1998, p. 3: “na realidade as normas penais têm uma pretensão de eficácia dissuasora da prática de crimes (efeito de *prevenção geral*) independentemente da sua concreta aplicação”. No direito da União Europeia é muito comum a alusão à “sanção com carácter efectivo, proporcionado e dissuasivo”, sobretudo na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. A título exemplificativo, vejam-se as decisões dos processos 68/88, de 21 de setembro de 1989, C-77/97, de 28 de janeiro de 1999, C- 176/03, de 13 de setembro de 2005, C-440/05, de 23 de outubro de 2007, entre outras.

⁷ Taipa de CARVALHO, “Prevenção, culpa e pena – uma concepção preventivo-ética do Direito penal”, in Costa Andrade *et al.* (orgs.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 325.

3. A exasperação do efeito negativo do facto, a incompreensão das soluções dos casos e a pena sem sentido

Algumas vezes, exaspera-se o efeito negativo do facto, através dos meios de comunicação social ou das redes sociais, antecipando juízos e condenações públicas, parecendo que, quando a decisão do caso se dá, ela fica aquém do que se esperava. Nestes casos, não raro, sobe de tom o requisitório de vozes em favor de um endurecimento do direito penal e em muitos casos o legislador não resiste à tentação de uma solução populista⁸. Em outros casos, no entanto, talvez a maioria, aqueles que ficam na penumbra, que não chegam a ser iluminados pelos holofotes dos *Média*, o efeito é o contrário. Percebe-se que não passa de um efeito simbólico, e de certo modo ineficiente, sobretudo se ele acabar por ser negado pela realidade jurídico-penal ou pela prática judiciária.

Significa isto que a justiça do caso concreto, a acontecer, também passa pela “compreensão” da solução pela comunidade (quantas vezes instrumentalizada por uma opinião pública e publicada pouco importada com a justiça do caso e muito mais com a sua dramatização⁹). Poderia dizer-se que não é verdadeiramente importante que a comunidade compreenda a solução do caso, se o juízo togado estiver certo, dentro do que o princípio da legalidade criminal proclama. Mas pode o Estado ter a pretensão de resolver conflitos penais sem contar com os cidadãos e com o seu “agir comunicativo”?

Um pouco à guisa do que ensina Habermas¹⁰, diríamos que não. Em particular quando refere que “o direito moderno nutre-se de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge, em última instância, do

⁸ Como bem recorda Clara CALHEIROS, “A construção retórica do processo penal”, in AAVV, *Que Futuro para o Direito Processo Penal, Simpósio de Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por Ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 368, “[a] justiça populista impulsionada pelos *media* deve ser contrariada, quer pela divulgação de um maior número de dados sobre os resultados das decisões judiciais, quer também por uma exigência de que as reformas sejam acompanhadas de estudos sobre os previsíveis ganhos da sua implementação”. Em escrito anterior, já havíamos chamado a atenção para esta realidade no *nosso* “Da autonomização do Direito Penal face à sua eventual instrumentalização”, *Scientia Iuridica*, tomo LIII, nº 300, setembro-dezembro 2004, pp. 497 e ss.

⁹ Naturalmente que as generalizações são sempre abusivas. E convém dizer que nem sempre é assim. Há – valha-nos isso – muitos bons exemplos de informação profissional apostada em informar, mais do que em dramatizar. Mas seria ingénuo pensar que o contrário não existe. Se calhar, nem tanto pela comunicação social (institucional), mas muito por conta de um certo “ruído” que sempre se gera nas redes sociais.

¹⁰ HABERMAS, *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*, vol. II, trad. Flávio Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, p. 54.

agir comunicativo”; mais: “[a] liberdade comunicativa dos cidadãos pode [assumir], na prática da autodeterminação organizada, uma forma medida através de instituições e processos jurídicos, porém não pode ser substituída inteiramente por um direito coercitivo”. O que, sem dúvida, convoca uma maior participação da comunidade e da vítima na construção da solução do caso, em interação com o agente.

Se não, vejamos: que efeito pode ter a suspensão da pena de prisão na comunidade e, em particular, na vítima, se esta não tiver participado na conformação da decisão final e se se tiver provado a culpa do agente? Naturalmente que não se discute que ainda assim se cumprem as finalidades da pena; mas realizar-se-á o efeito comunicativo que do tipo legal de crime se espera? E por mor desta ideia, cumprir-se-á a função do direito penal? Obviamente que a resposta não passa pela negação daquela função. Mas será exagerado dizer que o direito penal, aos olhos dos seus destinatários, não terá cumprido convenientemente a sua função?

Certo que a pena deve ser proporcional à culpa, no sentido de que a pena não pode ser mais grave que a medida da culpa (princípio da proibição de excesso); certo também que a pena deve atender a necessidades de prevenção geral e de prevenção especial. Mas ainda que assim seja, pode dizer-se que as soluções atingidas, exclusivamente importadas com o cumprimento do princípio da legalidade criminal, cumprem a função que está pressuposta no tipo legal de crime? Em teoria, sim; mas na prática sabemos que isso nem sempre sucede; muitas vezes, porque os cidadãos não estão preparados para fazer corretamente essa avaliação.

Sabemos que as pessoas em geral movem-se por sentimentos e emoções que nem sempre permitem uma análise racional do crime, e muito menos jurídica. Mesmo assim, se a aplicação da pena não produzir um efeito comunicativo que justifique e realize o tipo legal de crime prescrito, pode dizer-se que o direito penal é eficaz?

Não podemos ignorar que vivemos numa sociedade de informação, uma sociedade em que, para o bem e para o mal, a justiça não está imune ao fenómeno da mediatização. Ora, a participação da vítima na construção da solução do caso, que não apenas de sujeito processual que mais não faz do que servir de testemunha dos factos ou de meio de prova, pode obviar a uma certa compreensão dessa solução. Uma tal solução viabiliza aquele

efeito comunicativo do tipo, maximizando assim as finalidades das sanções e as funções do direito penal.

Pode dizer-se que isto não chega a ser muito relevante para a comunidade em geral. Mas, tratando-se de crimes interpessoais, não é mais relevante começar pelos seus protagonistas? Não é aí que se joga a ressocialização do agente e a proteção dos interesses da vítima (e seus principais interessados)? Por que razão temos de apostar tudo na prevenção geral, subestimando a prevenção especial e obliterando a vítima? Afinal, tais finalidades e interesses não são incompatíveis.

Hoje, o processo penal não é apenas um assunto de tribunais. O processo penal pode ser partilhado, antes mesmo que o tribunal o analise, por todos os cidadãos, através da comunicação social ou das redes sociais. Afirmar-se que a justiça deve ser autopoietica, deve fazer o seu trabalho, deve cumprir a sua função, sem atender ao que se passa em seu redor, é fazer uma profissão de fé claramente ingénua¹¹. Simplesmente porque a realidade desmente essa narrativa. A negação do efeito do tipo e da pena pelo efeito de uma comunicação que deturpe o sentido do tipo e da pena é um risco com o qual o Direito tem de viver e contar.

Naturalmente que a justiça penal não se realiza apenas nos casos em que é compreendida pela vítima ou pela comunidade. E a justiça penal não pode ser realizada apenas pela sua eficácia comunicacional. Ela realiza-se sempre que a cada caso se aplique adequadamente a norma. E, por isso, o princípio da legalidade é não só tipo-de-garantia, mas garantia do cumprimento da função do direito penal. Ainda assim, só um extremismo dogmático, indiferente à função político-criminal do próprio tipo, é que pode desconsiderar os efeitos que tem uma justiça penal não percebida e não participada pela vítima e pela comunidade. Sem muito esforço, é fácil verificar que o problema do direito penal em muitos casos é o de que a decisão final nem sempre é compreendida, a pena nem sempre realiza os fins que lhe estão assestados e, de permeio, a vítima fica arredada do problema. A solução do caso, mesmo que envolva a aplicação de uma pena, pode não fazer sentido. Dir-se-ia que

¹¹ Sobre este assunto, Mário MONTE, “Da autonomização...”, *op. cit.*, p. 495.

a pena muitas vezes “não tem sentido”¹². Daqui resulta um sentimento de descrença na justiça penal.

E sabemos isso não só intuitivamente, não só porque os vários estudos da criminologia, e em particular da vitimologia¹³, a isso apontam, mas também porque há muito que se adverte que “[s]ão cada vez menos os que acreditam na possibilidade de responder em termos de monismo fechado ao problema de sentido axiológico, do fundamento ético e, mesmo, da legitimidade política do direito de punir. Em seu lugar, vão-se afirmando concepções *pluralistas*, variamente entendidas, mas todas integrando uma aspiração explícita de humanização”¹⁴. E é nesta linha, como nos dá conta Costa Andrade¹⁵, que começou a crescer o número daqueles que acreditam que a reparação pode ser parte integrante da própria sanção penal ou, pelo menos, forma de humanização da justiça.

4. Velhos desafios, sempre atuais: a participação da vítima, a intensificação dos propósitos de ressocialização e a reparação penal

Falta, portanto, reforçar duas notas no cumprimento da função do direito penal: dar maior relevo aos problemas interpessoais, com maior envolvimento da vítima; dar maior espaço à dimensão reparadora, para uma maior ressocialização do agente.

Não há dúvida que o estado a que se chegou nos dias de hoje coloca ao direito penal uma missão quase “impossível”: “orientada à prevenção,

¹² Não do ponto de vista normativo, não por se desvirtuar o princípio da legalidade criminal, mas por não ser convenientemente percebida. Uma maior participação da vítima, como dizemos no texto, pode ajudar a superar esta fragilidade.

¹³ Sobre a importância da vitimologia e da sua autonomização relativamente à criminologia, veja-se Laura NUNES e Ana SANI (coords.), *Manual de Vitimologia*, Lisboa, Pactor, 2021, *passim*, especialmente, pp. 3 e rs. e 9 e ss. Sobre a importância de se conceder um maior papel à vítima, inclusivamente numa perspectiva de direitos humanos, com vista a uma maior humanização do direito penal, veja-se igualmente Laura NUNES e Ana SANI (coords.), *Manual de Vitimologia*, *op. cit.*, pp. 137 e ss.; e Margarida SANTOS e Helena GRANGEIA (coords.), *Novos Desafios em Torno da Proteção da Vítima: uma Perspectiva Multidisciplinar*, Braga, Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos, 2017, *passim*, especialmente, pp. 9 e ss., 15 e ss., 20 e ss., 27 e ss., 52 e ss.

¹⁴ Costa ANDRADE, *A Vítima e o Problema Criminal*, Coimbra, BFDUC, 1980, p. 245.

¹⁵ Costa ANDRADE, *A Vítima e o Problema Criminal*, *op. cit.*, pp. 245 e ss., recordando que essa é também a posição de Figueiredo Dias.

concentrada na vítima e intensiva quanto ao controle”¹⁶. Que o mesmo é dizer: um direito penal que lide bem com o princípio do monopólio estadual de jurisdição penal, com o princípio da legalidade, que, tanto quanto possível, concilie verdade com justiça e proporcionalidade e culpa com responsabilidade e acordo, e que dê importância à vítima sem prejuízo das garantias do arguido.

Problemas e desafios que não são de hoje.

Não se duvida que fatores ligados à penologia demonstram o “insucesso das formas tradicionais de reação criminal”¹⁷. De tal modo que na “procura de um ‘novo paradigma penal’ sobem visivelmente os créditos de uma *correctional restitution*”¹⁸. Um desafio lançado já na década de setenta do século passado e que continua plenamente atual. Continuamos a assistir à aplicação das reações criminais tradicionais que, muitas vezes, ou não são compreendidas ou claramente não cumprem as finalidades a que se referem as expectativas sobre elas depositadas.

Mas mais: como diz Roxin, há “uma grande desilusão” com o alcance da prevenção especial, o mesmo sucedendo em grande parte com a prevenção geral de integração¹⁹. Ora, também entendemos que a “reparação das vítimas do crime não será, porventura, a panaceia e a resposta total ao fracasso do nosso sistema punitivo. Poderá, contudo, dar um contributo valioso para a sua solução”²⁰. E isto porque “parece seguro que, como reacção criminal, a restituição da vítima favorece a posição do delinquente na retórica da respeitabilidade”²¹. Ela acaba por responder a exigências de prevenção especial, melhor que as tradicionais penas, ao mesmo tempo que responde a necessidades de prevenção geral. E mesmo para quem aposte numa conceção ético-retributiva da pena, a reparação só não teria lugar se “a ideia de

¹⁶ HASSEMER, “El derecho...”, *op. cit.*, p. 28. Quando precedemos o termo “impossível” é não só porque os objetivos são em si paradoxais, mas também porque é o Autor quem reconhece que não se consegue saber hoje se isto pode ser alcançado.

¹⁷ COSTA ANDRADE, *A Vítima e o Problema Criminal*, *op. cit.*, p. 245.

¹⁸ COSTA ANDRADE, *A Vítima e o Problema Criminal*, *op. cit.*, fazendo referência ao desafio lançado na década de setenta por autores como Barnett e Hagel ou Schafer.

¹⁹ ROXIN, “La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones”, in AAVV, *Jornadas sobre Reforma del Derecho Penal en Alemania*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1991, pp. 21 e ss.

²⁰ Palavras de COSTA ANDRADE, *A Vítima e o Problema Criminal*, *op. cit.*, p. 247, que continuam atuais. Será um contributo valioso, mas não decisivo, em todo o caso, porque, concordando com o Autor, p. 254, há que ter em conta os “limites do universo penal, no que se refere a esta reivindicação da vítima”.

²¹ COSTA ANDRADE, *A Vítima e o Problema Criminal*, *op. cit.*, p. 250.

retribuição devesse continuar indiferente às exigências de humanização”²². Mas para quem não julgue assim, também entendemos que, sem cair num neo-retibucionismo, “a reparação pode satisfazer e harmonizar-se com o sentido de justiça e de retribuição da comunidade”²³.

É que, quando se propõe uma maior participação da vítima na construção do caso, de modo que potencie a ressocialização do agente, *sc.*, sem que este fique capturado pelos interesses daquela, a pergunta que sempre se pode fazer é esta: qual o modo mais adequado para o realizar, sem se desvirtuar a função do direito penal de proteger bens jurídicos?

A resposta mais adequada só pode ser esta: apostar mais na *reparação penal*.

Não vamos aprofundar esta ideia, até porque o nosso objetivo é apenas o de contribuir para uma maior reflexão sobre o tema e não o de entrar em detalhes sobre a solução. Mas parece-nos claro que os propósitos do “Projeto Alternativo da Reparação” (*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*) levado a cabo por juristas alemães, austríacos e suíços não estão esgotados. Ao prever a reparação penal como *substitutiva da pena* – “sempre que o castigo não seja indispensável para influenciar o delinquente ou a comunidade” –, como *suspensiva da pena* – “serve sempre de base a um prognóstico favorável” – ou como *atenuante penal* – quando “tenha de ir-se à punição pela reserva preventiva [ou] que as prestações reparadoras não tenham compensado totalmente, senão em parte, as consequências do facto”²⁴, a reparação penal serve vários propósitos, que não necessariamente o de revogar (ou abolir) o direito penal clássico. Pelo contrário. Nos casos mais graves, a sanção prevista no tipo não poderia deixar de ser aplicada – isso é uma exigência do princípio da legalidade criminal, que cumpre exigências de justiça do caso. Mas sempre poderia funcionar como atenuante da sanção, na parte relacionada com as exigências de ressocialização. E em casos de média gravidade, a reparação poderia potenciar a suspensão da pena, mas com a compreensão

²² Costa ANDRADE, *A Vítima e o Problema Criminal*, *op. cit.*, depois de ter aferido que a reparação também realiza, com (mais) sucesso necessidades de prevenção especial e geral.

²³ Costa ANDRADE, *A Vítima e o Problema Criminal*, *op. cit.*, p. 252.

²⁴ Sobre o Projeto Alternativo, veja-se ROXIN, “La reparación...”, *op. cit.*, pp. 24 e ss.; com desenvolvimentos, BAUMANN, *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung. (AE-WGM): Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE)*, München, Beck, 1992, *passim*.

da vítima, o que é significativamente diferente do que sucede em muitos casos hodiernamente. E nos casos menos graves poderia substituir a pena, como aliás sucede hoje em dia nos processos sumaríssimos. Só que com uma diferença assinalável: neste tipo de processo especial, assim como nos casos de arquivamento em caso de dispensa de pena, normalmente a vítima não participa. Convenhamos que a sua participação se torna a todos os títulos, já analisados anteriormente, necessária e benéfica.

Por isso, como se proclamou no “Projeto Alternativo da Reparação”, sabendo que “não há nenhuma condenação a prestações reparadoras” e que tudo depende de um ato voluntário, ao que acresce uma garantia de êxito porque “se deve assegurar a realização efetiva da prestação reparadora”²⁵, cremos que nos conflitos interpessoais, com o envolvimento da vítima na construção da solução, sempre que possível, isso não só permitiria ir ao encontro das suas necessidades, como ajudaria na ressocialização do agente.

5. Conclusão

Uma efetiva participação da vítima na resolução de *conflitos interpessoais*, sem o “roubar” do monopólio estadual de jurisdição penal, permite atingir dois objetivos que são cruciais na realização da justiça penal: a) uma maior compreensão da solução do caso, do sentido da norma, das finalidades das sanções e, em suma, da função do direito penal; b) uma real sensação de realização de justiça do caso.

As soluções de *reparação penal*, que não apenas de indemnização civil ou acordos entre o Estado e o arguido, permitem atingir dois objetivos essenciais: a) viabilizar a participação da vítima na construção da solução do caso; b) potenciar a ressocialização do agente que normalmente costuma ficar prejudicada na aplicação das sanções penais.

Estas propostas permitem, desde logo, uma maior eficácia do efeito comunicativo do tipo e da sanção, relevantes para a manutenção da dissuasão que lhes está adstrita, mas também para o reforço da confiança que se deposita nas normas penais. Deste modo, o direito penal cumpre com maior eficácia

²⁵ ROXIN, “La reparación...”, *op. cit.*, pp. 26 e ss.

a sua função, sem caucionar as finalidades de prevenção geral e especial, positivas, que estão pressupostas na sua realização.

Sem prejuízo de um ulterior aprofundamento destas ideias, diríamos que estas são as linhas gerais de uma reflexão que urge resgatar em ordem a uma maior *humanização do direito penal*.

Estamos seguros de que é também a melhor forma de servir aos intentos que presidiram a elaboração deste escrito: homenagear a memória de Benedita Mac Crorie, como, entre nós, será sempre conhecida.

A GARANTIA PATRIMONIAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO: DE *LOCHNER* À 5ª EMENDA E *BACK AGAIN*?

Marta Vicente*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.15>

1. Introdução

O presente texto versa sobre a garantia patrimonial no direito constitucional norte-americano. Por garantia patrimonial entendemos, genericamente, o conjunto de normas e princípios constitucionais que protegem o património do indivíduo, ou seja, o conjunto de posições jurídicas que integram a esfera patrimonial de uma pessoa (física ou jurídica), independentemente de se reconduzirem ao conceito de direitos reais.

No direito constitucional norte-americano, essa proteção ocorre por meio de várias disposições (e emendas) da Constituição federal de 1787, entre

* Professora Auxiliar da Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (mvicente@ucp.pt); Investigadora do CEID (Centro de Estudos e Investigação em Direito). Da Benedita guardo a gentileza e a simpatia com que sempre me tratou. Agradeço, por isso, sentidamente às Professoras Andreia Sofia Oliveira e Patrícia Jerónimo a possibilidade de participar neste *Liber Amicorum* em sua homenagem.

elas a 5ª emenda, que consagra a cláusula expropriatória (*takings clause*),¹ a 14ª emenda, que integra, no § 1, a cláusula de *due process of law*², e a cláusula de não afetação dos contratos (*contract clause*), constante do artigo 1º, secção 10ª, § 1³.

Neste trabalho, o ponto central da nossa análise recairá sobre a cláusula de *due process of law*, uma cláusula de teor *prima facie* processual, mas que o Supremo Tribunal norte-americano mobilizou como parâmetro *substantivo* de validade da legislação económica com impacto negativo sobre a liberdade e a propriedade dos indivíduos, aquilo a que se vulgarizou chamar *due process* substantivo (*infra* secções 1 e 2).

Analisaremos, de seguida, a crítica violenta a que tal doutrina foi sujeita e as razões do seu declínio a partir dos anos trinta do século passado. Na verdade, a decisão mais emblemática do Supremo Tribunal durante esse período – o célebre acórdão *Lochner v. New York*⁴ – é ainda hoje considerado o “anti cânone” do direito constitucional norte-americano, isto é, um exemplo de como *não se deve decidir*, do que a Constituição *não significa* e do que os cidadãos *não defendem*. Dir-se-ia até que a melhor forma de insultar uma decisão em matéria constitucional é acusá-la de *neo-Lochnerism*⁵ (*infra* secção 3).

Acresce que a expansão e queda da doutrina do *due process* substantivo acompanha de perto um tema muito caro ao constitucionalismo

¹ “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; *nor shall private property be taken for public use, without just compensation*” (o itálico é nosso).

² “No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; *nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law*; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws” (o itálico é nosso).

³ “No State shall enter into any Treaty, Alliance, or Confederation; grant Letters of Marque and Reprisal; coin Money; emit Bills of Credit; make any Thing but gold and silver Coin a Tender in Payment of Debts; pass any Bill of Attainder, *ex post facto* Law, or Law impairing the Obligation of Contracts, or grant any Title of Nobility” (o itálico é nosso). Esta traduz-se numa proibição, dirigida ao nível infrafederal, de aprovação de leis que afetem retroativa ou retrospectivamente contratos concluídos entre privados ou entre o Governo e os privados.

⁴ *Lochner v. New York*, 198 U.S 45 (1905).

⁵ Sobre este ponto, cf. K. Sabeel RAHMAN, “Domination, democracy, and constitutional political economy in the new gilded age: towards a fourth wave of legal realism”, *Texas Law Review*, vol. 94, 2015-2016, pp. 1229-1359. O conceito também é conhecido fora dos Estados-Unidos, como testemunha o texto de Michael R. ANTINORI, “Does *Lochner* live in Luxembourg?: an analysis of the property rights jurisprudence of the European Court of Justice”, *Fordham International Law Journal*, vol. 18, 1994-1995, pp. 1778-1851.

norte-americano – na verdade, a qualquer sistema constitucional que contemple mecanismos de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis (*judicial review of legislation*) – que é o tema da relação entre o poder judicial e o poder legislativo. Com efeito, como se verá, uma das críticas dirigidas à jurisprudência da era *Lochner* assentou em argumentos institucionais, ou seja, no ativismo judiciário subjacente à proteção de direitos não consagrados na Constituição federal – os *unenumerated rights*, como é o caso da liberdade económica ou da liberdade de empresa – e de que com isso os juízes teriam inadvertidamente colocado os seus valores e preferências políticas à frente do texto e do significado histórico da Constituição⁶. Esta era a crítica que interessava, politicamente, aos progressistas do *New Deal* e que correspondia, do ponto de vista da filosofia do direito, ao movimento do *legal realism*⁷.

Interessantemente, foi com recurso aos mesmos argumentos que, já no corrente século, o Juiz Antonin Scalia rejeitou a posição da maioria no acórdão *Lawrence v. Texas*, que declarou inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas que criminalizava atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo, acusando-a, precisamente, de *neo-Lochnerism* – o que é o mesmo que dizer, de ativismo judicial. Lê-se no seu voto de vencido: “It is clear from this that the Court has taken sides in the culture war, departing from its role of assuring, as neutral observer, that the democratic rules of engagement are observed”. Uma apreciação diacrónica da jurisprudência norte-americana permitirá evidenciar que ali – tal como na verdade *em todo o lado* – as injunções à contenção judicial (*judicial self-restraint*) e as acusações de ativismo judiciário são *mais uma questão de oportunidade do que de princípio*.

É conhecido o “excecionalismo” norte-americano no domínio das restrições a direitos fundamentais⁸, designadamente o facto de a Constituição federal não contar com uma cláusula geral de restrição e de a jurisprudência

⁶ Cf. Daniel E. BERNSTEIN, *Rehabilitating Lochner – Defending individual rights against progressive reform*, Chicago, The University of Chicago Press, 2011, p. 111.

⁷ Stephen HUMPHREYS, *Theatre of the Rule of law – Transnational legal intervention in theory and practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 57-88.

⁸ Neste aspecto, cf. a síntese de Vicki C. JACKSON, “Constitutional law in an age of proportionality”, *Yale Law Journal*, vol. 124, 2015, pp. 3094-3196 (p. 3124): “Over time, moreover, the US Supreme Court has developed distinctive discourses around rights. US law does not generally discuss rights as being subject to external limitation; when US jurists, lawyers or scholars say a right has been infringed this is typically the end of the analysis”.

não contemplar um verdadeiro equivalente ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo (de estrutura tripartida), preferindo oscilar entre três “testes” ou marcadores de intensidade: o *rational basis test*, o *intermediate scrutiny* e *strict scrutiny*.⁹ Usar um teste em vez do outro, tal como sugerido pelo Juiz Stone no acórdão *United States v. Carolene Products*, é algo que só pode ser compreendido atenta a necessidade imperiosa de não confinar a fiscalização judicial das leis – sobretudo de leis discriminatórias – ao teste que, finda a era *Lochner*, se convencionou ser o mais adequado para o controlo da legislação – a saber, o *rational basis test* (infra secções 5 e 6).

Por outra banda, só a análise da cláusula de *due process of law* e da jurisprudência *Lochner* – vamos abreviadamente tratá-la desta forma – é capaz de explicar o conceito amplo de expropriação (*taking*) que hoje está subjacente à 5ª emenda. Não é errado, inclusivamente, surpreender entre aquelas duas normas (a cláusula de *due process* e a cláusula expropriatória) uma certa *fungibilidade*, e de que através do alargamento do conceito de expropriação o Supremo Tribunal pretendeu contornar a impossibilidade superveniente de utilização da cláusula de *due process* no escrutínio da legislação económica e do poder de regular.

A ideia de que seria possível (e desejável) mobilizar a 5ª emenda em situações em que não há exercício formal do poder expropriatório – e em que, por conseguinte, não há transferência de título para o público ou para terceiros – data de 1922, no caso *Pennsylvania Coal*¹⁰. A 5ª Emenda e o dever de indemnizar a ela associado devem ser acionados sempre que uma medida regulatória vai “demasiado longe” (*goes too far*, usando a formulação do Juiz

⁹ Sobre este ponto, os textos de Vicki C. JACKSON, “Constitutional law ...”, *op. cit.*, pp. 3094-3196; Richard H. FALLON, “Strict judicial scrutiny”, *UCLA Law Review*, vol. 54, 2006-2007, pp. 1267-1337; Bernhard SCHLINK, “Proportionality in constitutional law: why everyone but here?”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 22, 2011-2012, pp. 291-302; ou Moshe COHEN-ELYA e Iddo PORAT, *Proportionality and constitutional culture*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

¹⁰ *Pennsylvania Coal Company v. Mahon*, 260 US 393 (1922). Esta asserção, por vezes repetida na doutrina – v., por ex., P. C. MCGINLEY, “Bundled rights and reasonable expectations: applying the Lucas Categorical Taking rule to severed mineral property interests”, *Vermont Journal of Environmental Law*, vol. 11, 2009, pp. 525-578 (p. 527); J. STANLEY, “Keeping big brother out of backyard: regulatory takings as defined in international law and compared to American Fifth amendment jurisprudence”, *Emory International Law Review*, vol. 15, 2001, pp. 349-389 (p. 366) – não é inteiramente verdadeira, pois já antes, no caso *Pumpelly v. Green Bay Company*, 80 U.S. 166 (1871), o Supremo Tribunal admitira usar a cláusula expropriatória para avaliar uma situação em que não houvera transferência formal de título.

Holmes)¹¹. O léxico em torno do conceito de expropriação regulatória (*regulatory taking*) é de enorme valia no direito internacional público e, em especial, no direito internacional do investimento estrangeiro (infra secção 7)¹².

As últimas décadas dão conta de várias tentativas doutrinárias de reabilitação da cláusula de *due process* substantivo na fiscalização da constitucionalidade de legislação económica¹³. Alguns desses trabalhos coincidem com a emergência do movimento *Tea Party* e com as críticas e litigância em torno do *Affordable care act* (vulgo *Obama Care*)¹⁴. Daí que valha a pena abordar, mesmo que brevemente e mais em jeito de interrogação do que de afirmação, os fundamentos teóricos e as manifestações práticas deste alegado recrudescimento (infra secção 8).

2. *Due process of law* e *due process of law* substantivo

Nada de muito relevante se extrai da circunstância de a cláusula de *due process of law*, introduzida em 1864 depois da guerra da secessão, ser dirigida aos Estados e não à federação. Com efeito, tanto a disposição de que ninguém pode ser privado da sua vida, da sua liberdade e da sua propriedade sem um processo justo, como a obrigação de indemnizar em caso de expropriação valem para os dois níveis de governação, facto que permite ao Supremo Tribunal controlar a validade das expropriações regulatórias

¹¹ *Pennsylvania Coal v. Mahon*, 260 U.S 393 (1922).

¹² É preciso ter presente que a teoria da suficiência dos efeitos (*sole-effects doctrine*) ou o conceito de expectativas geradas pelo investimento (*investment-backed expectations*, na formulação original), hoje reiterados *ad nauseum* na jurisprudência da arbitragem dos tratados de investimento estrangeiro (vulgo BIT ou *bilateral investment treaties*) nada mais são do que “transplantes legais” vindos da jurisprudência do Supremo Tribunal norte-americano. Não há forma de compreender aquelas doutrinas sem passar pelo direito constitucional norte-americano, pelo *due process* substantivo, pelo poder de regular (*police powers*) e pela expropriação regulatória. Cf., em sentido crítico, Anthony B. SANDERS, “Of all things made in America why are we exporting the Penn Central test”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 30, 2010, pp. 339-381. O Protocolo de Cooperação e de Facilitação de Investimentos Intra-Mercosul (2017), através do qual o Brasil estendeu o seu modelo de acordos de cooperação e de facilitação de investimento aos países do MERCOSUL, contém uma cláusula que expressamente restringe a proteção contra expropriação “às desapropriações diretas” (artigo 6.6).

¹³ Daniel BERNSTEIN, *Rehabilitating Lochner...*, op. cit.; Howard GILLMAN, *The Constitution besieged – The Rise & Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence*, Durham, Duke University Press, 1995.

¹⁴ Thomas B. COLBY e Peter J. SMITH, “The return of Lochner”, *Cornell Law Review*, vol. 100, 2014-2015, pp. 527-602 (p. 571).

operadas por leis do Congresso norte-americano, por leis dos Estados que compõem a federação, ou por leis municipais¹⁵.

Conforme referido *supra*, a cláusula de *due process*, apesar da sua conotação marcadamente processual/procedimental, comporta também uma dimensão substantiva, isto é, de garantia da liberdade económica independentemente de a situação jurídica de um particular ser objeto de tratamento jurisdicional¹⁶. Nessa vertente substantiva, o *due process* surge associado aos conceitos de direitos adquiridos (*vested rights*) e de poder de regular (*police powers*).

Ao primeiro na medida em que existe um precedente de acordo com o qual quando a intenção do legislador (quanto à eficácia temporal da lei) seja ambígua, vale uma presunção de prospectividade, isto é, de não produção de efeitos para o passado e de não frustração de direitos adquiridos. Essa presunção justifica-se em nome de elementares razões de justiça (*fairness*), no pressuposto de que “individuals should have an opportunity to know what the law is and to conform their conduct accordingly”¹⁷.

O segundo é um conceito que permite ao legislador atuar sobre “usos nocivos” (*nuisance*) da liberdade e da propriedade, através de medidas destinadas a salvaguardar a saúde pública, a moral e a vida dos cidadãos^{18,19}.

¹⁵ *Chicago, B. & Q. R. Co. v. Chicago*, 166 U.S. 226 (1897).

¹⁶ Cf., sobre a aquisição gradual desta dimensão, Ryan C. WILLIAMS, “The one and only substantive due process”, *The Yale Law Journal*, vol. 120, 2011, pp. 408-512 (p. 120), Lawrence TRIBE, *American constitutional Law*, New York, The Foundation Press, 1978, p. 1334; e Erwin CHEMERINSKY, *Constitutional Law: principles and policies*, New York, Aspen Publishers, 2011, p. 638. Uma das primeiras decisões a confirmar expressamente a dimensão substantiva da cláusula foi, ironicamente, o caso *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. 393 (1856), em que o Justice Taney, proferindo a opinião da maioria, concluiu que proibição da escravatura existente em alguns Estados do norte dos Estados-Unidos – e consequentemente “libertação” dos escravos trazidos, ainda que temporariamente, para esses Estados – constituía uma expropriação para efeitos da 5ª emenda.

¹⁷ *Landgraf v. USI Film Products*, 511 US 244 (1994).

¹⁸ *Beer Company v. Massachusetts*, 97 U.S. 25 (1877).

¹⁹ É propositadamente que não traduzimos *police powers* por “poderes de polícia”. Em sentido amplo, fala-se em medidas de polícia para designar a atividade da administração pública destinada a assegurar e preservar o *status quo* ordenado, para prevenir (evitar ou impedir) a ocorrência de factos perturbadores que possam causar danos na segurança coletiva e individual na tranquilidade e ordem públicas, bem como para agir perante a ameaça ou a iminência de ocorrência de tais factos. A definição é de Pedro GONÇALVES, *Manual de Direito Administrativo*, vol. 1, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 1044. Ora, afigura-se-nos que os *police powers* do direito norte-americano não só não se reconduzem necessariamente à função administrativa, porquanto podem também consubstanciar a prática de atos legislativos, como também não têm de obviar à concretização de um perigo iminente. Daí que preferimos a formulação “poder de regular”, a qual está, aliás, mais próxima daquilo que no direito internacional do investimento estrangeiro, onde os *police powers* são constantemente convocados, se convencionou chamar “right to regulate”. Cf. Catharine TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos/Hart, 2014.

Importante, vê-lo-emos *infra*, é que o legislador tenha efetivamente em mente a reação contra um uso nocivo, conceito restrito e na definição do qual não se reconhecia ao legislador, pelo menos durante o período liberal, capacidade de inovação relativamente ao que resultava da *common law*.

3. O *due process* substantivo na era *Lochner*

O *due process* substantivo da era *Lochner* passou, no fundo, por um escrutínio apertado da constitucionalidade da legislação económica e social com efeitos sobre a liberdade e a propriedade dos cidadãos. A legislação a que nos reportamos inclui a fixação da jornada máxima de trabalho para profissões de risco, mulheres e crianças, a fixação do salário mínimo, a limitação do acesso ao exercício de atividades económicas, medidas *antitrust*, a determinação das tarifas a cobrar pela prestação de certo tipo de serviços ou de preços pela venda de certo tipo de bens, ou a proibição dos *yellow dog contracts*²⁰.

A jurisprudência da era *Lochner* moldou impressivamente todo o direito constitucional norte-americano e a sua influência estende-se muito para lá das liberdades fundamentais de cariz económico. *Lochner* é uma métrica inevitável na avaliação e classificação das decisões do Supremo Tribunal²¹. A leitura mais comum é de crítica a este estágio jurisprudencial, por acusações de incoerência, ativismo judicial e *laissez-faire* agressivo, mas também pululam leituras revisionistas que afastam essa diabolização²².

Da nossa parte, resumimos os postulados da era *Lochner* da seguinte forma: uma compreensão restritiva do poder de regular (*police powers*) (3.1), acoplada a uma desconfiança relativamente ao legislador (3.2), e a uma leitura liberal dos direitos inerentes à *common law* (3.3), que colocava as liberdades

²⁰ Contratos em que se estipulava a proibição de os trabalhadores integrarem associações sindicais.

²¹ Tenha-se em conta o receio de “Lochnerização” de que falava o Justice Breyer no acórdão *Eastern Enterprises v. Apfel*, 524 U.S. 498 (1998).

²² Cf., sobre o tema, James KAINEN, “The historical framework for reviving constitutional protection for property and contract rights”, *Cornell Law Review*, vol. 87, 1993, p. 79; e Victoria F. NOURSE, “A tale of two Lochners: the untold history of substantive due process and the idea of fundamental rights”, *California Law Review*, vol. 97, 2009, pp. 751-800.

económicas e a livre concorrência no mesmo plano das demais liberdades²³. Exploremos melhor estes postulados.

3.1. Compreensão restritiva do poder de regular

O *police power* da era *Lochner* é uma categoria poderosa embora de escopo limitado. Poderosa porque a conclusão de que uma medida governamental era uma manifestação legítima dos poderes de regular constituía uma indicação segura da validade da legislação. Assim se explica a relativa leniência com que o Supremo Tribunal aceitou proibições totais de produção e comercialização de certos bens, tais como álcool²⁴, tabaco²⁵ e margarinas²⁶. No caso *Austin v. Tennessee*, o tribunal afirmou enfaticamente o seguinte: “if the legislative body come deliberately to the conclusion that a due regard for the public safety and morals requires a suppression of liquor traffic, *there is nothing* (...) in the Fourteenth Amendment [to] forbid so”²⁷. O grau de lesão da restrição, que podia ser máximo – *maxime*, ascender à proibição de uma atividade económica – não tinha influência sobre o juízo de constitucionalidade da regulação desde que a mesma pudesse reconduzir-se, *sem atrito*, numa das finalidades associadas ao poder de regular.

Contudo, essa recondução andava muito longe de ser fácil porquanto, como explica Nourse, o poder de polícia estava imbuído de *common law*, assumindo-se, por conseguinte, como uma espécie de legítima defesa em benefício da comunidade²⁸. Obviamente que este entendimento leva pressuposta uma leitura liberal dos direitos inerentes à cidadania, de que trataremos *infra*:

²³ Sara PENNICINO, *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Roma, Maggioli Editore, 2012, p. 74.

²⁴ *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887); *Kidd v. Pearson*, 128 U.S. 1 (1888), *Foster v. Kansas ex. Rel. Johnston*, 112 U.S. 205 (1884).

²⁵ *Gundling v. Chicago*, 177 U.S. 183 (1900) e *Austin v. Tennessee*, 179 U.S. 343 (1900).

²⁶ *Powell v. Pennsylvania*, 127 U.S. 678 (1888) e *Plumley v. Massachusetts*, 155 U.S. 461 (1894).

²⁷ *Austin v. Tennessee*, 179 U.S. 343 (1900) – o itálico é nosso.

²⁸ Victoria F. NOURSE, “A tale of two Lochners...”, *op. cit.*, p. 762: “If a regulation were within the police powers, the case ended[.] This understanding reflects an important but forgotten aspect of the police power: its association with “public right”. Today this seems odd because we associate rights with individuals, not communities; indeed, we associate rights with claims against – rather than by – the polity. This notion of public right was analogized specifically to the right of self-defense: just like an individual the state could, on behalf of the community, defend its interests against the harms caused by the abuse of individual rights[.] This was clearly a form of common law constitutionalism, since constitutional law was quite literally formed out of common law analogies”.

o esvaziamento funcional do poder de regular é a outra face de uma teoria da propriedade e da liberdade contratual como “trunfos” contra o legislador.

A ideia era, pois, a de que um exercício válido do poder de polícia era aquele que, *sem atrito*²⁹, pudesse ligar-se a um de três propósitos: garantir a saúde e a segurança dos cidadãos – esta última englobando, também, a proteção dos consumidores *per se*, isto é, independentemente de qualquer risco para a saúde pública³⁰ - assegurar a moral e os bons costumes, eliminar usos nocivos para o público³¹.

Abertamente incluídos no poder de regular estavam, para além das medidas destinadas a proibir a comercialização de bens considerados “nocivos”, tais como o álcool, o tabaco ou os jogos de fortuna e azar³², estavam as disposições laborais destinadas a proteger os trabalhadores débeis (mulheres e crianças) e aqueles que se dedicassem a profissões de risco (ex. trabalhadores do sector do carvão)³³.

Exemplar nesta matéria é o caso *Holden v. Hardy*³⁴, a propósito de uma lei do Estado do Utah que fixava em oito horas a duração máxima de jornada de trabalho dos trabalhadores do sector mineiro. Decisivo no juízo de não inconstitucionalidade proferido pelo tribunal foi a ligação evidente

²⁹ Repetimos a expressão “sem atrito” no sentido de evidenciar que a subsunção no *police power* estadual tem de ser límpida, resolvendo-se a dúvida em desfavor do legislador, aspeto que trataremos ao abordar a segunda característica da era *Lochner*, a saber, a desconfiança relativamente ao legislador.

³⁰ *Plumley v. Massachusetts*, 155 U.S. 461 (1894): “the suggestion that oleomargarine is artificially colored so as to render it more palatable and attractive can only mean that customers are deluded by such coloration into believing that they are getting real butter. [The] statute seeks to suppress false pretenses and to promote fair dealing in the sale of an article of food. It compels the sale of oleomargarine for what it really is, by preventing its sale for what it is not”.

³¹ São sábias as palavras do Tribunal em *Stone v. Mississippi*, 101 U.S. 814 (1879), ao explicar que “[I]t is always easier to determine whether a particular case comes within the general scope of the power, than to give an abstract definition of the power itself”. Cf., também, *Beer Company v. Massachusetts*, 97 U.S. 25 (1877): “whatever differences of opinion may exist as to the extent and boundaries of the police power, and however difficult it may be to render a satisfactory definition of it, there seems to be no doubt that it does extend to the protection of the lives, health and property of the citizens, and to the preservation of good order and public morals”; *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366 (1898). Existem, porém, definições mais expansivas, como, por ex., a do acórdão *Barbier v. Connolly*, 113 U.S. 27 (1885): “But neither the amendment [nor] any other amendment, was designed to interfere with the power of the state, sometimes termed its police power, to prescribe regulations to promote the health, peace, morals, education, and good order of the people, and to legislate so as to increase the industries of the state, develop its resources, and add to its wealth and prosperity”.

³² *Stone v. Mississippi*, 101 U.S. 814 (1879), sobre uma lei do Estado do Mississippi que proibia a organização de lotarias, aprovada um ano depois do legislador desse Estado ter concedido uma autorização, por 25 anos, a uma empresa para a organização deste tipo de atividades.

³³ *Muller v. Oregon*, 208 US 412 (1908), em que o Supremo Tribunal não invalidou uma lei do Estado do Oregon fixando uma jornada máxima de trabalho de 10 horas diárias e 60 horas semanais para as mulheres.

³⁴ *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366 (1898).

entre a fixação da duração da jornada de trabalho e a saúde desses mineiros: “these employments, when too long pursued, the legislature has judged to be detrimental to the health of the employees”³⁵.

Por outro, medidas de regulação da produção e comercialização de bens e serviços “revestidos de interesse público” (*clothed with a public interest*) também são qualificados como exercícios válidos do poder de regular, desde que tal regulação não se traduza num confisco e assegure a viabilidade produtiva dos bens em causa³⁶. Tal categoria não se esgota nos monopólios de facto ligados ao transporte marítimo e ferroviário, mas abrange as atividades nas quais o público tenha um interesse direto³⁷. Por esta razão, no caso *Munn v. Illinois*, o Supremo Tribunal não rejeitou uma lei que fixava o preço máximo que os armazéns de cereais poderiam cobrar pelos seus serviços³⁸.

Fora dos *police powers* estavam, inequivocamente, leis com efeitos redistributivos sobre o rendimento³⁹. Neste grupo encontravam-se as leis laborais em sentido estrito, isto é, leis que limitavam a liberdade contratual das partes numa relação laboral predominantemente no sentido de proteger o trabalhador

³⁵ Idêntico tratamento receberam as mulheres que trabalhassem em fábricas e lavandarias, mas apenas relativamente a disposições visando fixar a jornada máxima de trabalho, não o salário mínimo. Cf. *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908): “That woman’s physical structure and the performance of maternal functions place her at a disadvantage in the struggle for subsistence is obvious. This is especially true when the burdens of motherhood are upon her”.

³⁶ *Railroad Commission Cases*, 116 U.S. 307 (1886): “Under pretense of regulating fares and freights, the state cannot require a railroad corporation to carry persons or property without reward; neither can it do that which in law amounts to a taking of private property for public use without just compensation, or without due process of law”.

³⁷ *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876): “Property does become clothed with a public interest when used in a manner to make it of public consequence and affect the community at large. When, therefore, one devotes his property to a use in which the public has an interest, he, in effect, grants to the public an interest in that use, and must submit to be controlled by the public for the common good, to the extent of the interest he has thus created[.] And it must also be conceded that it is a business in which the whole public has a direct and positive interest”. Cf., igualmente, as opiniões dissidentes do Juiz Field, acompanhado pelo Juiz Strong.

³⁸ Mais tarde, no caso *Charles Wolff Packing v. Court of Industrial Relations*, 262 U.S. 522 (1923), a propósito de um sistema de arbitragem compulsória para a resolução de disputas laborais em sectores de atividade ligados à produção de bens alimentares, vestuário, combustíveis e a serviços públicos, o Tribunal ofereceria uma taxonomia mais apurada destas atividades, no sentido de abranger: *i*) os serviços públicos e outras atividades exercidas em regime de concessão; *ii*) táxis, moinhos de moagem, estalagens; *iii*) atividades em cujo exercício o público tem um interesse particular – “Businesses which, though not public at their inception, may be fairly said to have risen to be such and have become subject in consequence to some government regulation. They have come to hold such a peculiar relation to the public that this is superimposed upon them. In the language of the cases, the owner, by devoting his business to the public use, in effect grants the public an interest in that use and subjects himself to public regulation to the extent of that interest although the property continues to belong to its private owner and to be entitled to protection accordingly”.

³⁹ Lawrence TRIBE, *American constitutional Law...*, *op. cit.*, p. 1349: “But equalization or redistribution of economic or social power, which takes property from A and gives it to B, was an impermissible end of legislation”.

da sua situação de desigualdade fáctica ou *natural* e sem que isso fosse justificado para proteger a sua saúde ou integridade física⁴⁰.

No caso *Lochner*, o Supremo Tribunal ajuizou que uma lei que fixava a duração máxima da jornada de trabalho dos padeiros destinava-se a regular o horário de trabalho de uma das partes num negócio privado, finalidade vedada ao poder de regular. De forma ainda mais categórica, o tribunal rejeitou uma lei que proibia os *yellow dog contracts*⁴¹, por considerar que a mesma tinha como fito fortalecer a posição negocial dos sindicatos. As desigualdades entre as partes de um contrato, presentes em todas as transações contratuais e não exclusivamente no domínio laboral, resultam da natureza das coisas (*the nature of things*) perfilando-se como o resultado inevitável do exercício dos direitos fundamentais de propriedade e de liberdade contratual⁴²: “The mere restriction of liberty and property cannot of itself be denominated public welfare and treated as a legitimate object of the police power”.

Dentro da categoria das leis com efeitos redistributivos sobre o rendimento há também que contar com as disposições que restringem o exercício de atividades ou a comercialização de certos bens que não são nocivos (*nuisances*) para o público nem se revestem de interesse público⁴³. No caso *Newstate Ice Co. v. Liebmann*, a propósito de uma lei que condicionava a produção e comercialização de gelo à obtenção de uma licença a conferir pelas autoridades da cidade de Oklahoma, o Supremo Tribunal rotulou a atividade como um “ordinary business”, sem interesse direto para o interesse público e sem

⁴⁰ Contrariando esta asserção, embora dando como exemplo o acórdão *Holden v. Hardy*, 169 U.S 366 (1898), Daniel E. BERNSTEIN, *Rehabilitating Lochner...*, *op. cit.*, p. 51.

⁴¹ Supra nota nº 24.

⁴² *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915). Cf. também, em sentido próximo, o caso *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923), sobre uma lei que fixava um salário mínimo para as mulheres. O Tribunal rejeita que a fixação do salário mínimo, enquanto via para garantir o bem-estar do público, constitua uma finalidade inerente ao poder de polícia – “If, in face of the guarantees of the Fifth Amendment, this form of legislation shall be legally justified, the field for the operation of the police power will have widened to a great and dangerous extent”; *Ritchie v. People*, 155 Ill. 98, em que o Supremo Tribunal do Estado do Illinois invalidou uma lei que limitava a jornada máxima de trabalho das mulheres a 8 horas; *Radice v. New York*, 401 US 531 (1971), sobre uma lei de Nova Iorque proibindo o trabalho noturno para as mulheres. Cf., a propósito deste caso, as observações de Daniel E. BERNSTEIN, *Rehabilitating Lochner...*, *op. cit.*, p. 56, dando conta que, num primeiro momento, a invalidação de leis afetando a liberdade contractual das mulheres foi bem acolhida por certos setores do movimento feminista.

⁴³ O precedente desta jurisprudência são indiscutivelmente as opiniões dissidentes dos juizes Bradley e Field nos *Slaughterhouse cases*, 83 U.S. 36 (1873), em que esteve sob análise uma lei do Estado do Louisiana que concedia a uma empresa criada para o efeito direitos exclusivos, por um período de 25 anos, para a gestão de matadouros.

ressonância ao nível da proteção dos consumidores⁴⁴. Semelhante raciocínio subjaz ao caso *Yick Wo Co. v. Hopkins*, incidente sobre uma disposição que subordinava a um regime de licença a gestão de lavandarias a operar em edifícios de madeira⁴⁵.

3.2. Desconfiança relativamente ao legislador

A desconfiança relativamente ao legislador faz-se sentir tanto ao nível do propósito da atuação legislativa como ao nível dos dados de facto que sustentam tal atuação. Significa isto que o Supremo Tribunal não só se mostra disponível para desconsiderar o propósito enunciado pelo legislador, por ausência de fundamentação adequada da ligação entre a medida e esse propósito⁴⁶, como, apresentados elementos dessa ligação, não lhes dá suficiente crédito, reputando-os de não persuasivos.

O primeiro nível de “desconfiança” ficou patente no caso *Lochner*⁴⁷. Aí o tribunal deixou claro que, estando em causa o estabelecimento de limites ao exercício das liberdades económicas fundamentais, a 14ª emenda não se basta com uma relação de mera adequação (aptidão) entre meio e fim. Na verdade, a ausência de uma relação evidente entre ambos leva o Tribunal a desconfiar do propósito formalmente invocado pelo legislador e de ensaiar as suas verdadeiras motivações. Nas palavras do tribunal, “it gives rise to at least a suspicion that there was some other motive dominating the legislative than the purpose to subserve the public health welfare”. Percebe-se, pois, que de uma outra perspetiva, Tribe prefira falar, não em desconfiança, mas em “excesso de confiança” (*overconfidence*) do poder judicial *vis-à-vis* o legislativo.

⁴⁴ *Charles Wolff Packing v. Court of Industrial Relations*, 262 U.S. 522 (1923).

⁴⁵ *Yick Wo Co. v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886).

⁴⁶ Foi o que sucedeu no caso *Liggett v. Baldridge*, 278 U.S. 105 (1928), que teve em mãos uma lei do Estado da Pennsylvania segundo a qual as farmácias só poderiam ser propriedade de farmacêuticos (no caso das farmácias sob a forma societária, todos os sócios deveriam ser farmacêuticos), excetuando as farmácias já em funcionamento. Considerou o Tribunal que a restrição assim implementada não tinha real conexão com escopo invocado pelo legislador – a proteção da saúde pública – e que este último não oferecera quaisquer “dados” que sustentassem tal conexão: “No facts are presented by the record, and, so far as appears, none was presented to the legislature which enacted the statute, that properly could give rise to a different conclusion”.

⁴⁷ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Também em *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915), discorrendo sobre a proibição dos *yellow dog contracts* e sobre os fundamentos invocados para tal imposição, o Supremo Tribunal argumenta que o legislador não é livre de reputar como “coerção” aquilo que é fixação, entre as partes, dos termos da relação laboral, com isto afastando que a lei pudesse enquadrar-se numa das finalidades do poder de regular.

A desconfiança relativamente a dados de facto, estudos e opiniões de peritos é outra das pedras de toque deste estágio jurisprudencial. Em *Adkins*, refletindo sobre os estudos que instruíam o procedimento legislativo relativo ao estabelecimento de um salário mínimo em benefício das mulheres, o tribunal destaca – não sem alguma ironia – que os considera “interessantes” mas apenas moderadamente persuasivos. De forma ainda mais impressionante, o tribunal explica que haverá certamente muitos estudos a favor e contra a introdução do salário mínimo, mas que estes são elementos a ter em conta pelo legislador e não pelos tribunais no exercício dos seus poderes de *judicial review*⁴⁸.

3.3. Leitura (ultra)liberal dos direitos inerentes à *common law*⁴⁹

Num texto citado supra, Nourse sugere que uma das críticas dirigida à jurisprudência *Lochner* – a de absolutizar a liberdade contratual e o direito de propriedade – é mal captada porquanto nenhum dos casos associados àquela fase jurisprudencial rejeita a ideia de que o poder de regular deveria prevalecer sobre as liberdades económicas fundamentais. O problema reside no escopo atribuído aos *police powers* e não na extensão da liberdade de contratar, segundo a Autora.

Trata-se, contudo, de uma contracrítica desfocada. Como sugerimos anteriormente, os limites funcionais do poder de polícia e a sua desconexão relativamente ao *input* democrático do legislador não podem ler-se separadamente de uma compreensão das liberdades económicas fundamentais – concretamente, da liberdade contratual como expressão da capacidade de adquirir propriedade – como algo pré-político, inerente à natureza das coisas. Aqueles limites são consequência do facto de se considerar que o exercício pleno daquelas liberdades não é compatível com a absorção, pelo poder de

⁴⁸ *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923): “We have also been furnished with a large number of printed opinions approving the policy of the minimum wage, and our own reading has disclosed a large number to the contrary. These are all proper enough for the consideration of the lawmaking bodies, since their tendency is to establish the desirability or undesirability of the legislation; but they reflect no legitimate light upon the question of its validity, and that is what we are called upon to decide”.

⁴⁹ A leitura ultraliberal dos direitos inerentes à cidadania distingue-se, em nosso entender, da promoção da concorrência e do controlo de práticas *antitrust*, também comuns nesta fase jurisprudencial, como evidenciam os casos *United States v. Joint Traffic Association*, 171 U.S. 505 (1898) e *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211 (1899).

legislar, de finalidades redistributivas associadas à correção de desigualdades fáticas. É exatamente isso que se lê em *Coppage*: “it is from the nature of things impossible to uphold freedom of contract and the right of private property without at the same time recognizing as legitimate those inequalities of fortune that are a necessary result of the exercise of these rights”⁵⁰.

O direito não serve, de acordo com a jurisprudência *Lochner*, para corrigir as desigualdades fáticas nem pode, acrescentamos agora, perturbar a igualdade jurídica das partes, a menos que isso se justifique por razões de saúde pública, segurança ou moral. A convicção de que a liberdade de contratar e de adquirir propriedade através do contrato é tão importante para o empregador como para o trabalhador e de que ambos podem exercê-la em iguais circunstâncias é outro dos postulados de uma leitura ultraliberal dos direitos fundamentais.

Contudo, a verdade é que nem todos os casos envolvendo o tratamento constitucional da liberdade contratual tiveram como pano de fundo a oposição entre trabalhadores e capital. A proteção da liberdade contratual ajudou, em alguns casos, aqueles que pretendiam o fim da política “separate but equal” (discriminação racial). Foi o que sucedeu a propósito de leis que proibiam os casamentos inter-raciais ou de leis que obrigavam os operadores de transportes públicos a aplicar as leis de segregação racial nas respetivas carruagens⁵¹.

4. O dissenso na era *Lochner*

Nem todos criticam a jurisprudência *Lochner* pelas mesmas razões. A crítica dita *institucional* corresponde, essencialmente, às opiniões dissidentes dos juízes Holmes, Brandeis, Harlan ou Taft, nos casos *Lochner*, *Adam*, *Adkins* ou *Newstate Ice Co*. Aqui, não sem alguns matizes, são os predicados do poder legislativo na recolha de elementos de facto e na capacidade exprimir

⁵⁰ *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915).

⁵¹ Neste sentido, Daniel E. BERNSTEIN, *Rehabilitating Lochner...*, op. cit., p. 123. Cf., entre outros, os acórdãos *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), e *State v. Gibson*, 36 Ind. 389 (1871).

preferências democráticas que justificam uma posição de deferência⁵² e, conseqüentemente, de afastamento da inconstitucionalidade.

Uma primeira linha de deferência institucional é a sustentada pelo Juiz Harlan na opinião dissidente proferida no caso *Lochner*. O fundamento do dissenso não é a convicção de que inexitem limites internos ao poder de polícia, mas antes a convicção de que a relação meio/fim, em face da credencial democrática do legislador, não tem de ser irrefutavelmente demonstrada. Por outras palavras, mesmo que a lei assuma (indevida e paralelamente) finalidades redistributivas, o não afastamento de uma relação de causalidade entre o meio selecionado e uma das finalidades associadas ao poder de polícia (*in casu*, a saúde dos padeiros) é suficiente para atestar a não inconstitucionalidade da medida.

A segunda linha de deferência é a dos juízes Brandeis e Holmes. Ambos partem de uma conceção funcionalmente irrestrita do poder de legislar. O segundo é particularmente duro nas críticas que dirige ao carácter dogmático e sacrossanto com que o tribunal perspetiva a liberdade contratual, defendendo que tal carácter assenta numa teoria económica que a Constituição não promove *nem rejeita*⁵³. O primeiro tira as consequências lógicas desta premissa, assumindo que a cláusula de *due process* é um limite externo ao poder de legislar traduzido na exigência de que a atuação legislativa não se revele arbitrária ou desrazoável⁵⁴.

Ou seja, a área económica esta repleta de “silêncios” constitucionais, cujo preenchimento incumbe ao legislador. O juiz limita-se a controlar a razoabilidade do *iter* de preenchimento desses silêncios, beneficiando as opções do legislador, pela sua capacidade de processamento de informação

⁵² Raphael JANOVE, “Yielding to the confiscation of public and private property: judicial deference under the copyright and takings clause”, *Vermont Law Review*, vol. 39, p. 89-133, 2014, p. 93.

⁵³ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), opinião dissidente do juiz Holmes: “This case is decided upon an economic theory which a large part of the country does not entertain. If there were a question whether I agreed with that theory, I should desire to study it further and long before making up my mind. But I do not conceive that to be my duty, because I strongly believe that my agreement or disagreement has nothing to do with the right of a majority to embody their opinions in law”.

⁵⁴ *Newstate Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932), opinião dissidente do juiz Brandeis: “The source is the police power. The limitation is that set by the due process clause, which, as construed, requires that the regulation shall be not unreasonable, arbitrary, or capricious, and that the means of regulation selected shall have a real or substantial relation to the object sought to be obtained[.] It is settled that the police power commonly invoked in aid of health, safety, and morals extends equally to the promotion of the public welfare”; *Adams v. Tanner*, 244 U.S. 590 (1917), opinião dissidente do Juiz Brandeis.

e de exteriorização do *input* democrático⁵⁵, de uma presunção de validade. Repare-se, por ex., que quando o Juiz Brandeis, em *Adams*, pugna pela não inconstitucionalidade da lei do Estado de Washington que proibia a cobrança de “taxas” aos trabalhadores desempregados por parte das empresas de agenciamento de emprego, fá-lo não por a lei ser constitucionalmente justa, mas porque o povo de Washington (o legislador) *tem o poder* de qualificar a cobrança de tais taxas como injusta e de antecipar que a eliminação das mesmas constitui um passo importante no combate ao desemprego⁵⁶.

5. *Due process of law* e o *rational basis test*

Com o fim da era *Lochner*, o dissenso passou a consenso. Os comentadores são categóricos no sentido de que, desde 1937, o Supremo Tribunal não afastou nenhuma lei prospectiva ou retrospectiva em matéria económica e social com fundamento na cláusula de *due process*⁵⁷. Decisivo nessa superação foi a autonomização dos poderes de polícia relativamente às categorias da *common law*, ou seja, à ideia de que ao poder de regular se impunha um conjunto limitado de finalidades que, quando extravasadas, constituíam inelutavelmente uma usurpação da liberdade de contratar e do direito de adquirir propriedade através do contrato.

A mudança de paradigma é evidente: a liberdade que a Constituição federal protege é a liberdade no quadro de uma comunidade organizada (*social organization*)⁵⁸, e, por isso, “in the absence of other constitutional restraints,

⁵⁵ *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923), opinião dissidente do Juiz Holmes: “When so many intelligent persons, who have studied the matter more than any of us can, have thought that the means are effective and are worth the price, it seems to me impossible to deny that the belief reasonably may be held by reasonable men”.

⁵⁶ *Adams v. Tanner*, 244 U.S. 590 (1917), opinião dissidente do Juiz Brandeis.

⁵⁷ Andrew WEILER, “Has Due Process struck out? The judicial rubberstamping of retroactive economic laws”, *Duke Law Journal*, vol. 42, 1992, p. 1070; Sara PENNICINO, *Contributo allo studio...*, *op. cit.*, p. 112; Matthew SCHWARTZ, “A critical analysis of retroactive legislation: a proposal for due process revitalization in the economic arena”, *Setton Hall Constitutional Law Journal*, vol. 9, 1998, p. 941; Erwin CHERMERINSKY, *Constitutional Law...*, *op. cit.*, p. 657.

⁵⁸ *West Coastal Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), sobre uma lei que retomava a política de um salário mínimo para mulheres e crianças: “What is this freedom? The Constitution does not speak of freedom of contract. It speaks of liberty and prohibits the deprivation of liberty without due process of law[.] But the liberty safeguarded is liberty in a social organization which requires the protection of law against the evils which menace the health, safety, morals and welfare of the people. Liberty under the Constitution is thus necessarily subject to the restraints of due process, and regulation which is reasonable in relation to its subject and is adopted in the interests of the community is due process”. A opinião maioritária do Tribunal evidencia igualmente a superação de um outro

a state is deemed to adopt whatever economic policy may reasonably be deemed to promote public welfare”⁵⁹, seja ela a fixação do salário mínimo, a limitação da duração da jornada de trabalho⁶⁰, a proibição de despedimento com fundamento em filiação em sindicato⁶¹, a limitação do acesso à profissão⁶², a proibição de atividades não “tradicionalmente” consideradas nocivas⁶³, a regulação do preço de certos bens⁶⁴, ou quaisquer outras medidas destinadas a pôr fim a práticas injustas no domínio comercial e social⁶⁵.

A desconfiança relativamente ao legislador, que vimos ser uma das notas características de *Lochner*, converteu-se num controlo leniente⁶⁶, de onde decorre que o *due process* se materializa, nos domínios económico e social, num *rational basis test*, isto é, num teste que faz assentar a validade da legislação na verificação de uma relação de adequação meio-fim *minimamente credível*⁶⁷.

“dogma” da era *Lochner* – a ficção de igualdade entre as partes de uma relação laboral: “There is an additional and compelling consideration which recent economic experience has brought into a strong light. The exploitation of a class of workers who are in an unequal position with respect to bargaining power and are thus relatively defenseless against the denial of a living wage, is not only detrimental to their health and wellbeing, but casts a direct burden for their support upon the community”.

⁵⁹ *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934), sobre uma lei que fixava o preço máximo e mínimo de venda a retalho do leite.

⁶⁰ *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941), sobre o Fair Labor Standards Act of 1938, uma lei do Congresso que permitia a fixação de um salário mínimo, da duração máxima da jornada de trabalho e de compensação pelo trabalho suplementar em empresas dedicadas ao comércio interestadual (“Nor is it any longer open to question that it is within the legislative power to fix maximum hours”).

⁶¹ *Lincoln Union v. Northwestern Co.*, 335 U.S. 525 (1949), lança a ideia de que a abertura teleológica do poder de polícia é, na verdade, um “retorno às origens” do constitucionalismo norte-americano.

⁶² *Williamson v. Lee Optical*, 348 U.S. 483 (1955).

⁶³ *Reinman v. City of Little Rock*, 237 U.S. 171 (1915), sobre a interdição da atividade de gestão de estábulos em certas zonas da cidade.

⁶⁴ *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934). O caso afasta ainda a enumeração taxativa de atividades revestidas de interesses público (*clothed with a public interest*), que o Tribunal propusera em *Charles Wolff Packing* (1923) e com base na qual várias iniciativas de regulação de preços haviam sido rejeitadas, confirmando, portanto, que “‘affected with a public interest’ is the equivalent of ‘subject to the exercise of the police power’”, and it is plain that nothing more was intended by the expression” (o itálico é nosso).

⁶⁵ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

⁶⁶ O adjetivo é de Andrew WEILER, “Has Due “Process struck out?...”, *op. cit.*, p. 1071.

⁶⁷ *Hadacheck v. Sebastian*, 239 U.S. 394 (1915), sobre a interdição de funcionamento de instalações destinadas ao fabrico de tijolos em certas zonas limítrofes da cidade, inclusivamente na parcela de que o recorrente é proprietário, cuja geologia oferece matéria-prima de qualidade para o fabrico de tijolos: “It may be that something else than prohibition would have satisfied the conditions. Of this, however, we have no means of determining, and besides, we cannot declare invalid the exertion of a power which the city undoubtedly has because of a charge that it does not exactly accommodate the conditions, or that some other exercise would have been better or less harsh. We must accord good faith to the city in the absence of a clear showing to the contrary and an honest exercise of judgment upon the circumstances which induced its action”; *Reinman v. City of Little Rock*, 237 U.S. 171 (1915): “and so long as the regulation in question is not shown to be clearly unreasonable and arbitrary, and operates uniformly

6. A emergência do *strict scrutiny*

Tornar-se-ia evidente, contudo, que o *rational basis test* – e os argumentos institucionais que o sustentavam – seria “curto” chegado o momento de escrutinar legislação estadual que perpetuava a política racial do “separate but equal” ou alguma legislação antiaborto mais agressiva. O problema fora, aliás, antecipado pelo Juiz Stone, na nota de rodapé nº 4 aposta ao acórdão *Carolene Products*, onde se abriu a possibilidade de um escrutínio mais exigente (e consequente afastamento da presunção de constitucionalidade) quando o parâmetro de controlo fosse a cláusula de igualdade e não discriminação inscrita na 14ª emenda⁶⁸.

Na verdade, a bifurcação do escrutínio – isto é, o surgimento ao lado do *rational basis test* de um *strict scrutiny* – foi a construção jurídica avançada pelo Supremo Tribunal no período em que foi presidida pelo Juiz Warren (e depois) para continuar a repudiar a jurisprudência *Lochner*, sem que isso significasse abdicar de controlar leis que afetavam agressivamente a igualdade entre os cidadãos e a liberdade individual (mesmo que isso implicasse o reconhecimento de direitos não expressamente consagrados no texto constitucional – os *unenumerated rights*). Foi isso que o Supremo Tribunal fez, primeiro, no acórdão *Brown v. Board of Education*⁶⁹, e depois nos acórdãos *Griswold v. Connecticut*⁷⁰ e *Roe v. Wade*⁷¹, e mais recentemente, por exemplo, nos acórdãos *Lawrence v. Texas* (já mencionado) e *Obergefell v. Hodges*⁷².

upon all persons similarly situated in the particular district, the district itself not appearing to have been arbitrarily selected, it cannot be judicially declared that there is a deprivation of property without due process of law”.

⁶⁸ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938): “There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth”. Criticando esta dualidade, cf. Matthew SCHWARTZ, “A critical analysis of retroactive legislation...”, *op. cit.*, p. 938.

⁶⁹ *Brown v. Board of Education*, 347 US 483 (1954), a propósito de leis de vários Estados que vedavam o acesso a escolas públicas por parte de alunos de origem afro-americana. Sobre a importância desta decisão na teoria da Constituição, especialmente no que respeita à cisão entre constituição formal e constituição material, cf. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 1137.

⁷⁰ *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965), a propósito de uma lei do Estado do Connecticut que criminalizava o aborto, considerando cúmplices desse crime os médicos que prescrevessem medicamentos ou prestassem aconselhamento médico nesse sentido.

⁷¹ *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973), a propósito de uma lei do Estado do Texas que criminalizava o aborto.

⁷² *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. (2015), a propósito de leis dos Estados do Michigan, Kentucky, Ohio e Tennessee, que definiam o casamento como a união entre um homem e uma mulher, inviabilizando, portanto, o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O *strict scrutiny*, na formulação de Fallon, pode ser definido como um teste para aferir da validade constitucional de interferências legislativas em certos direitos fundamentais – designadamente a cláusula de não discriminação, a liberdade de expressão e a liberdade de associação (aquilo a que se convencionou chamar “preferred fundamental rights”) – que se considera serem demasiado importantes para ficarem à mercê de um teste de mera razoabilidade (*rational basis test*). O teste desdobra-se em duas exigências. A primeira é a de que a legislação tenha em vista (recaindo o ónus de prova sobre o legislador) um interesse preeminente (*compelling interest*). A segunda é a de que a legislação não vá além do que é necessário para garantir a proteção desse interesse (*narrowly tailored*)⁷³.

Ao mesmo tempo, alguma doutrina revisitava a crítica dirigida à jurisprudência *Lochner*, desviando-a do recorte institucional e atribuindo-lhe natureza *substantiva*. Para Tribe, o que estava “errado” em *Lochner* não seria tanto o *standard* de controlo, isto é, a exigência de que os meios fossem uma “cura” quase perfeita para os males detetados, mas – afinal e sobretudo – a subscrição de uma compreensão funcionalmente apertada do poder de legislar em benefício de uma teoria agressiva de *laissez-faire* económico e a proteção de direitos sem recorte jus fundamental, como agora se afigurava a liberdade de contratar. O Autor coloca, verdadeiramente, o dedo na ferida: “There is no way for courts to review legislation in terms of the constitution without repeatedly making difficult substantive choices among competing values”⁷⁴.

Não nos estenderemos em demasia nestas considerações. O presente texto não versa sobre o *strict scrutiny* nem sobre os casos que o consagraram. Porém, as linhas precedentes põem a nu o carácter absolutamente nuclear da jurisprudência *Lochner* na evolução do pensamento da doutrina e

⁷³ Richard H. FALLON, “Strict judicial scrutiny”, *UCLA Law Review*, vol. 54, 2006-2007, p. 1267-1337 (p. 1315). A par do *rational basis test* e do *strict scrutiny*, o Supremo Tribunal mobiliza ainda um *intermediate scrutiny*, para casos envolvendo discriminações baseadas em certas categorias suspeitas (eg. sexo). De acordo com este teste, a lei será válida se o interesse prosseguido pelo legislador for importante (i), se houver uma relação “substantial” entre meios e fins (ii).

⁷⁴ Lawrence TRIBE, *American...*, op. cit., p. 1362; James L. OAKES, “Property rights in constitutional analysis today”, *Washington Law Review*, vol. 56, 1980, pp. 583-626 (p. 596) – “Can it be that what was wrong with *Lochner* was not that it examined legislation substantively but that it overtly limited the legitimate ends that government might have so as to accord with *laissez-faire* philosophy and economics of the day (including redistribution of wealth)”; Thomas B. COLBY e Peter J. SMITH, “The return of *Lochner*...”, op. cit., p. 556 – “For present purposes, it suffices to note that a general theme of many of the modern liberal theories is a belief that *Lochner* did not err simply by protecting rights, or even by protecting unenumerated rights; rather it erred by protecting the wrong unenumerated rights”.

jurisprudência constitucionais, tanto através da criação de novos *standards* de controlo e da delimitação do respetivo âmbito de aplicação, como da necessidade de, sob pena de incoerência, alterar o foco da crítica que vinha sendo formulada àquela jurisprudência.

7. Do *due process* substantivo à 5.^a emenda

Até à viragem dos anos trinta, o mesmo tipo de litígios, assente nas fronteiras do poder de regular e na validade de uma medida regulatória com efeitos sobre a liberdade contratual e/ou sobre a propriedade privada, foi analisada à luz da cláusula de *due process* substantivo, recusando-se o Supremo Tribunal a fazê-lo sob a égide dos limites ao poder de expropriação.

Atente-se, por ex., na opinião da maioria no caso *Mugler v. Kansas*⁷⁵, em que estava em causa a proibição imediata de produção e comercialização de bebidas alcoólicas no Estado do Kansas. O Tribunal afirma perentoriamente que os princípios estabelecidos em *Pumpelly*⁷⁶ têm que ver com o exercício do poder governamental de expropriação, ao passo que a situação em presença é subsumível ao exercício do poder de regular (*police powers*) para a defesa da saúde, bons costumes e segurança do público. No caso *Transportation Co. v. Chicago*, o Tribunal esclareceu, contudo, que a principal diferença entre os dois tipos de casos não se achava na presença ou ausência do poder de regular, mas sim na circunstância de o exercício desse poder, no caso *Pumpelly*, implicar uma *invasão* da propriedade privada, aquilo que se convencionaria chamar um *physical taking*.

Contudo, a partir de 1922, o Supremo Tribunal passou a usar a cláusula expropriatória para escrutinar legislação com efeitos sobre a propriedade e a liberdade de contratar⁷⁷, encetando o debate – ainda hoje vivo – sobre as

⁷⁵ *Mugler v. Kansas*, 123 U.S 623 (1887).

⁷⁶ *Pumpelly v. Green Bay Company*, 80 U.S. 166 (1871).

⁷⁷ Lawrence TRIBE, *American...*, *op. cit.*, p. 1355: “Eminent domain in *Mahon* thus became a kind of procedural substitute for substantive guarantees of contractual autonomy; rather than invalidating statutes in which the public character of the benefit was unclear while the private harm was both evident and focused, the Court in effect forced the public to internalize private costs in ambiguous cases by requiring government to compensate private parties for what they were being forced to lose”.

fronteiras entre regulação e expropriação⁷⁸. Esta “transferência” de parâmetro revitalizou a garantia da constituição económica⁷⁹ que o *rational basis test* estava em vias de depauperar, remetendo a cláusula de *due process of law* para os domínios da retroatividade e da legislação fiscal. Estes são domínios onde, mesmo durante a era *Lochner*, o Supremo Tribunal sempre se mostrou deferente para com o legislador⁸⁰.

Ou seja, a partir da segunda metade do século XX, a fungibilidade assinalada entre a cláusula de *due process* e a 5ª emenda penderia a favor da segunda. Ou seja, a 5ª emenda passou aplicar-se tanto às situações em que o Estado exerce o seu poder expropriatório formal (*eminent domain*) como aos casos de expropriação indireta, havendo então que determinar um critério de equivalência entre ambas.

O Supremo Tribunal optou por fazer assentar o juízo de equivalência numa avaliação casuística assente em critérios que reclamam elevada mediação judicativa. A origem do teste remonta ao acórdão *Penn Central*, um caso incidente sobre desenvolvimento urbanístico e património cultural. Sinteticamente, a recorrente alegou, junto do Supremo Tribunal, que a recusa, por parte da cidade de Nova Iorque, de uma autorização de construção por cima do edifício da *Grand Central Station*, considerado um *landmarking building* (edifício histórico), tinha efeitos equivalentes aos de uma expropriação. O Tribunal, recordando que a análise depende das circunstâncias do caso, enunciou os factores mais significativos, a saber, o impacto económico das medidas governamentais, o grau de interferência com as “investment-backed expectations”⁸¹ do particular e a natureza da ação governamental.

⁷⁸ *Goldblatt v. Town of Hempstead*, 369 U.S. 590 (1969): “There is no set formula to determine where regulation ends and taking begins”.

⁷⁹ Sara PENNICINO, *Contributo allo studio...*, *op. cit.*, p. 112.

⁸⁰ Andrew WEILER, “Has Due “Process struck out?...”, *op. cit.*, p. 1082: “Even at the height of the *Lochner* era, when judicial use of the Due Process of the Fifth Amendment to scrutinize prospective legislation regulating private business was at its peak and tax measures were struck down on other grounds, the Supreme Court deprived the due process clause of virtually any effect on the federal taxing power”.

⁸¹ A formulação – *investment-backed expectations* – é da autoria de Frank MICHELMAN, “Property, Utility and Fairness: comments on the ethical foundations of just compensation law”, *Harvard Law Review*, vol. 80, nº 6, 1967, pp. 1965-1258 – “whether or not the measure in question can easily be seen to have practically deprived the claimant of some distinctly perceived, sharply crystallized, investment-backed expectation”. O Juiz Brennan, autor da posição da maioria no caso *Penn Central*, 438 U.S. 104, mobilizaria a formulação como consubstanciando um dos elementos a ter em conta na questão de saber se a medida governamental foi demasiado longe ao ponto de constituir uma expropriação.

A avaliação casuística levada a cabo pelo tribunal com base nestes fatores foi no sentido de inexistência de um “taking” e, por conseguinte, pela ausência do dever de indemnização.

Os casos relacionados com a introdução de auxílios em benefício de trabalhadores do sector do carvão e respetivas famílias, a financiar mesmo por empresas sem ligação corrente ao setor, evidenciam a *fungibilidade* existente entre a cláusula de *due process* (numa dimensão substantiva) e a mobilização da 5ª emenda nos casos de expropriação regulatória⁸². No caso *Eastern Enterprises*,⁸³ ao contrário do que fizera anteriormente, o Tribunal admitiu escrutinar a imposição retroativa de responsabilidade financeira às empresas do sector à luz da 5ª emenda, transformando-a, segundo alguma doutrina, numa garantia genérica contra leis injustas. O melindre gerado por um tal entendimento está respaldado numa das (várias) opiniões anexas à decisão: “the Coal Act imposes a staggering financial burden on the petitioner, Eastern Enterprises, but it regulates the former mine owner *without regard to property*. *It does not operate upon or alter an identified property interest*”⁸⁴.

8. E *back again*...

A repulsa gerada pela jurisprudência *Lochner* não impediu, nas últimas décadas, alguns ensaios de reabilitação. Essa reabilitação pressente-se

⁸² Cf. os casos *Usery v. Turner Elkhorn Mining Co.*, 428 U.S. 1 (1976) e *Eastern Enterprises v. Apfel*, 524 U.S. 498 (1998), e em sentido próximo, os casos em que o Tribunal avaliou alterações ao ERISA (*Employee Retirement Security Act*) no sentido de responsabilizar financeiramente os empregadores que tivessem abandonado planos de pensões instituídos em benefício dos seus trabalhadores pelo pagamento de benefícios considerados “adquiridos” nos termos desses planos, a saber *PBGC v. R. A. Gray & Co.*, 467 U.S. 717 (1984), *Connolly v. Pension Benefit Guarantee Corporation*, 475 U.S. 211 (1986), e *Concrete Pipe and Products of California v. Construction Laborers Pension Trust for Southern California*, 508 U.S. 602 (1993).

⁸³ *Eastern Enterprises v. Apfel*, 524 U.S. 498 (1998).

⁸⁴ O itálico é nosso. A opinião dissidente é do Juiz Kennedy, que, no entanto, concordou com a opinião da maioria ainda que com fundamento numa violação da cláusula de *due process of law*. Igualmente relevante é a opinião dissidente do Justice Breyer, que enfatiza não só o facto de a cláusula expropriatória não ser uma garantia contra leis injustas ou arbitrárias, mas também a circunstância de a recusa da maioria em escrutinar o regime ao abrigo da cláusula de *due process of law* ficar a dever-se ao receio de “ressuscitar” a doutrina subjacente ao acórdão *Lochner*.

na doutrina⁸⁵, mas também, segundo alguns⁸⁶, na jurisprudência, designadamente nos acórdãos *AT&T v. Concepción*⁸⁷ e *DirectTV, Inc. v. Imburgia*⁸⁸, ou nas impugnações de que vem sendo objeto o *Affordable Care Act* (vulgo, *Obama Care*)⁸⁹.

As motivações (políticas e jurídicas) que sustentam o recrudescimento da doutrina do *due process* substantivo excedem em larga medida o foco do presente trabalho. Importa referir, no entanto, que, metodologicamente, aquela reabilitação se acha ancorada no chamado “novo originalismo”. Este assume que o propósito da hermenêutica constitucional não é o de procurar o sentido histórico do texto constitucional tal como os seus autores o perspetivaram, mas antes o de procurar o sentido histórico *objetivo* do texto constitucional. Daí os ensaios doutrinários no sentido de demonstrar que a dimensão substantiva do *due process* – em que se alicerçou a jurisprudência *Lochner* – não foi uma “invenção” do pensamento jurídico do século XIX, desgarrada do sentido objetivo do texto da constituição federal, antes uma concretização deste, cujas origens remontam à Magna Carta e à *common law*⁹⁰.

9. Conclusões

O texto procurou percorrer a jurisprudência *Lochner*, um período do pensamento constitucional norte-americano em que, através da cláusula de *due process* substantivo, extraída da 14^a emenda à Constituição federal, o

⁸⁵ Daniel BERNSTEIN, *Rehabilitating Lochner...*, *op. cit.*; Ryan C. WILLIAMS, “The one and only...”, *op. cit.*, pp. 408-512, 2011; Frederick Mark GEDICKS, “An originalist defense of substantive due process: Magna Carta, Higher-Law constitutionalism and the Fifth amendment”, *Emory Law Journal*, vol. 58, 2009, pp. 582-674; Victoria F. NOURSE, “A tale of two Lochners...”, *op. cit.*, p. 97.

⁸⁶ Thomas B. COLBY e Peter J. SMITH, “The return of Lochner...”, *op. cit.*, p. 536; K. Sabeel RAHMAN, “Domination, democracy, and constitutional political economy...”, *op. cit.*, p. 1334.

⁸⁷ *AT&T v. Concepción*, 563 U.S. (2011), considerando que um contrato de fornecimento de serviços de telecomunicações, onde se vedava a “arbitragem de classe” deveria ser considerado válido à luz do Federal Arbitration Act, apesar de inválido à luz do direito estadual.

⁸⁸ *DirectTV, Inc. v. Imburgia*, 577 U.S. (2015), sobre questão semelhante.

⁸⁹ *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. (2012); e, mais recentemente, *California v. Texas*, 593 US (2021). O *Patient Protection and Affordable Care Act* assenta na obrigação, por parte dos cidadãos, de subscreverem um seguro de saúde com uma cobertura mínima, e de pagarem uma “multa” em caso de incumprimento da sobredita obrigação. A lei previa ainda um alargamento da cobertura do programa *Medicaid*, no sentido de incluir qualquer adulto com rendimentos até 133% do nível de pobreza definido a nível federal.

⁹⁰ Aqui, sobretudo, Frederick Mark GEDICKS, “An originalist defense...”, *op. cit.*, pp. 582-674.

Supremo Tribunal preconizou um controlo da legislação económica caracterizado por uma compreensão restritiva do poder de regular (*police powers*) (a), uma desconfiança relativamente ao legislador (b), e uma leitura (ultra) liberal dos direitos inerentes à *common law* (c), que colocava as liberdades económicas e a livre concorrência no mesmo plano das demais liberdades civis e políticas.

A conversão do acórdão *Lochner* no *anti cânone* do direito constitucional norte-americano, e a subsequente afirmação do *rational basis test* e dos argumentos institucionais que o sustentam, afetou, como vimos, não só o tratamento da garantia patrimonial à luz da Constituição federal, como, na verdade, o tratamento de toda a legislação com repercussão nos direitos civis e políticos dos cidadãos.

Por um lado, foi precisamente para garantir um controlo mais robusto de certas leis em matéria de direitos civis e políticos que o Supremo Tribunal avançou o *strict scrutiny*, fugindo à crítica de “Lochnerização” através da segregação de um conjunto de direitos fundamentais (*preferred fundamental rights*) relativamente aos demais. Por outro, a proteção constitucional da garantia patrimonial passou a fazer-se através do conceito de *regulatory taking* e da 5ª emenda à Constituição federal, numa tentativa de garantir que certa legislação económica continuava a ser objeto de um controlo mais intenso, embora fugindo, simultaneamente, à acusação de “Lochnerização” ou da reabilitação da cláusula de *due process* substantivo.

OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS E COM FACULDADE ALTERNATIVA

Miguel Pestana de Vasconcelos*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.16>

1. Noção. Distinção de figuras próximas¹

1.1. Noção

São alternativas as obrigações que têm por objeto mais do que uma prestação, liberando-se o devedor pelo cumprimento de uma delas (artigo 543º, nº 1). As prestações podem ter uma natureza diversa, sendo de facto, de coisa, ou de facto e coisa. Assim, p. ex., A, obriga-se a pintar a casa de B ou arranjar-lhe o jardim. Pode igualmente obrigar-se a entregar-lhe 100 € ou realizar um projeto de engenharia. Quanto à fonte, elas podem decorrer do contrato ou da lei.

A pluralidade das prestações não é conjuntiva, caso em que o devedor teria que as executar no seu conjunto para cumprir integralmente a obrigação,

* Juiz Conselheiro do Tribunal de Contas. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

¹ Cf. Antunes VARELA, *Das obrigações*, vol. I, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2000, pp. 828 e ss.; Almeida COSTA, *Direito das obrigações*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 727 e ss.; Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português, II, Direito das obrigações*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 613 e ss.; Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 131 e ss.; LARENZ, *Schuldrecht I*, Munique, C.H. Beck, 1987, p. 156; FIKENTSCHER e HEINMANN, *Schuldrecht*, 10ª ed., Berlin, Walter de Gruyter, 2006, pp. 137; MEDICUS e LORENZ, *Schuldrecht I*, Munique, C. H. Beck, 2021, pp. 75 e ss.

mas disjuntiva, ou seja, basta o cumprimento de uma delas, que venha a ser escolhida, seja pelo devedor, o que é a regra supletiva (artigo 543º, nº 2), seja pelo credor, seja por terceiro (artigo 400º, nº 1).

Esta modalidade de obrigações confere uma vantagem ou ao credor ou ao devedor, consoante aquele a quem venha a ser conferido o poder de realizar a escolha. Assim, p. ex., se A se obriga a entregar a B uma determinada data uma quantia em dólares ou uma quantia em Euros, pretendendo precaver-se da desvalorização de uma destas moedas, a vantagem que a adoção do recurso a uma obrigação alternativa concede obrigações é sua.

1.2. Obrigações genéricas

As obrigações alternativas aproximam-se das obrigações genéricas, por exigirem tanto uma escolha, como a sua concretização termos de objeto depender da concentração; porém, distinguem-se delas, uma vez que estas têm por objeto uma única prestação, que por sua vez tem por objeto um género delimitado de forma mais ou menos extensa, enquanto as obrigações alternativas têm por objeto mais do que uma prestação.

Se A vender a B 10 computadores daqueles que tem em armazém, a obrigação tem por objeto uma prestação, com um objeto de determinado quanto ao género (os computadores) limitado (os que tem em armazém) e uma quantidade (10). Agora, caso A venda a B o computador X ou uma televisão Y, a obrigação tem por objeto duas prestações, cada uma delas com um único objeto. É, por isso, uma obrigação alternativa.

Nada obsta, no entanto, a que uma obrigação seja ao mesmo tempo alternativa e genérica². Basta ter por objeto mais do que uma prestação, devendo o devedor realizar uma delas para a cumprir, e, cada uma das prestações, ou só uma, ter um objeto determinado só pelo género. Nessa eventualidade, aplicam-se as regras de ambas as obrigações. Começa por se aplicar a disciplina das obrigações alternativas, que conduzem a concentração dela numa única prestação, passando-se depois às das obrigações genéricas para fixar em concreto o seu objeto. Há desta forma duas escolhas, que podem ser atribuídas a sujeitos diferentes e duas concentrações, que observam a regras distintas.

² Cf. LARENZ, *Schuldrecht I*, op. cit., p. 157.

Recorrendo a um exemplo: se A vender a B 10 impressoras ou 10 *scanners*, daqueles que tem em armazém, será necessário começar por determinar a prestação, se as impressoras se os *scanners*. Só depois, se se escolher uma dela – p. ex., as impressoras –, se fará a escolha e a concentração, passando a obrigação a incidir sobre as impressoras em concreto, com a respetiva transmissão da propriedade e dos riscos, nos termos que vimos no número anterior.

1.3. Obrigações com determinação da prestação pela verificação de um facto futuro e incerto

Diferentes das obrigações alternativas são aquelas em que a determinação da prestação se fará sem ser através da realização de uma escolha (como se observou, pelo devedor, o credor ou terceiro), mas antes pela verificação de um facto futuro e incerto. Nesse caso, a sua determinação vai depender dele³. Refira-se, a título de exemplo, A arrendar a B um imóvel no Porto ou outro em Lisboa, consoante B venha a ser colocado numa ou noutra cidade.

1.4. Obrigações com faculdade alternativa

As obrigações alternativas distinguem-se ainda de uma modalidade de obrigações próxima: as obrigações com faculdade alternativa. Elas têm em comum a existência de duas ou mais prestações.

Todavia, nas obrigações com faculdade alternativa, o objeto da obrigação é só uma delas, acordando as partes que o credor ou o devedor a podem substituir, ou seja, podem cumprir, realizando uma outra prestação, a prestação alternativa. Dito de outra forma: é conferido a um deles o poder de substituir a prestação, enquanto a outra parte só pode exigir, ou cumprir, a prestação objeto da obrigação.

³ Cf. Almeida COSTA, *Direito das obrigações*, op. cit., p. 727.

2. O regime

2.1. A escolha

É sempre necessária a concentração da obrigação numa das prestações, o que implica que seja realizada a escolha. Ela pode caber ao devedor, ao credor ou a terceiro, ficando a cargo do devedor, se nada tiver sido acordado a este respeito (artigo 543º, nº 2). Em qualquer caso, terá que ser escolhida uma das prestações, estando vedado ao devedor escolher a uma parte da prestação e outra parte da outra ou das outras, caso a escolha lhe pertencer. O mesmo sucede quando a escolha competir ao credor ou a terceiro: não é admitido que escolham uma parte de uma prestação e outra parte da outra ou outras. Elas são indivisíveis (artigo 544º).

A escolha pode realizar-se de forma expressa ou simplesmente tácita através da realização da prestação pelo devedor, como, p. ex., se ele entregar à outra parte a coisa objeto de uma das prestações.

Sendo escolha do devedor, ele terá que a comunicar à outra parte. Cabendo ela ao credor ou a terceiro, de forma idêntica ao que sucede com as obrigações genéricas (para onde a lei remete), a escolha só é eficaz se for declarada, respetivamente, ao devedor ou a ambas as partes, e é irrevogável (artigo 542º, nº 1, *ex vi* artigo 549º). O mesmo deverá suceder quanto à escolha do devedor⁴. Escolhida a prestação, dá-se a concentração da obrigação na prestação escolhida.

Pode dar-se a eventualidade de, cabendo a escolha a devedor, credor ou a terceiro, eles não a realizarem. O regime é diverso para cada um destes casos. Se a falta de escolha for do devedor, ela não passa de imediato para o credor. O ele pode fazer é, nos termos do artigo 548º, na execução, exigir que o devedor, dentro do prazo estipulado ou do estabelecido na lei de processo, declare por qual das prestações quer optar. Só se o devedor não o fizer, se devolve ao credor o direito de escolha.

Todavia, caso a escolha compita ao credor e ele não a fizer dentro do prazo estabelecido ou daquele que para o efeito lhe for fixado pelo devedor, ela passa de imediato para este último (artigo 542º, nº 2, *ex vi* artigo 549º).

⁴ Cf. Antunes VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. I, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 836; Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações I*, op. cit., p. 135.

Ao contrário do que sucede com as obrigações genéricas, nas quais quando a escolha cabe devedor a concentração se realiza só aquando do cumprimento, não tendo relevo uma escolha anterior, nas obrigações alternativas, a escolha do devedor, logo que comunicada ao credor, concentra a obrigação, com as respetivas consequências. O que significa que sempre que tenha por objeto uma coisa certa e determinada, se transmite a propriedade e o risco (artigo 408º, nº 2, e artigo 796º, nº 1)⁵.

2.2. O regime da impossibilidade

Pode dar-se o caso de uma ou mais prestações se tornarem impossíveis. Só está regulado o caso da impossibilidade superveniente, não a impossibilidade originária. A impossibilidade superveniente diz respeito tão só àquela que se verifica entre a constituição da obrigação e a concentração, porque depois desse momento a obrigação passa a ser específica, ficando sujeita ao regime geral nesta matéria (artigos 790º e ss.)⁶.

2.2.1. A impossibilidade originária

Nesta última eventualidade, aplicam-se as regras gerais do artigo 401, nº 1, que conduz à nulidade. Incidindo a impossibilidade só sobre uma prestação, estamos perante uma nulidade parcial, mantendo-se a obrigação nas restantes, caso possa funcionar a redução, decorrente do artigo 292º.

Caberá então à parte que pretende nulidade integral do negócio demonstrar que com base na vontade real ou presumida das partes que este não teria sido concluído sem a parte viciada⁷. Claro está que se pressupõe que o vício não atinge todo o negócio, hipótese em que ele será totalmente nulo⁸.

⁵ Cf. Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações I*, op. cit., p.135.

⁶ Cf. Almeida COSTA, *Direito das obrigações*, op. cit., pp. 727-729.

⁷ Antunes VARELA, *Das Obrigações em geral*, op. cit., p. 838.

⁸ Antunes VARELA, *Das Obrigações em geral*, op. cit., p. 838.

2.2.2. A impossibilidade superveniente não imputável

Na eventualidade de a impossibilidade superveniente de uma ou mais prestações não ser imputável das partes, a obrigação fica limitada às outras. Na eventualidade de só restar uma, dá-se logo a concentração, dispensando-se a escolha.

É o que sucede, por exemplo, se, tendo a obrigação por objeto o automóvel X, o automóvel Y e o automóvel Z, este último vier a ser destruído por um incêndio fortuito. A obrigação limita-se ao automóvel X e ao automóvel Y. Porém, se tivessem sido os automóveis Y e Z que tivessem sido destruídos pelo incêndio fortuito, a obrigação concentrar-se-ia de imediato no automóvel X, com a consequente transmissão da propriedade e, nos termos gerais, do risco.

2.2.3. A impossibilidade superveniente imputável

O regime legal está estruturado em dois eixos: a imputabilidade ao devedor (artigo 546º) ou ao credor (artigo 547º); a escolha caber ao devedor ou ao credor. Da sua articulação resultam quatro quadrantes. Vejamos cada um deles.

1º Se a impossibilidade for imputável ao devedor e a escolha lhe cabia, deve ele realizar uma das prestações possíveis. O que pode passar ainda pela sua escolha, se restarem mais do que uma prestação, ou dar lugar à concentração, se só sobejar uma (artigo 546º, primeira parte).

2º Na eventualidade de a impossibilidade ser ainda imputável ao devedor, mas a escolha competir ao credor, cabe a este último sujeito uma tripla opção (artigo 546º, segunda parte).

Poderá exigir uma das prestações possíveis.

Poderá exigir a indemnização (sem dúvida pelo interesse contratual positivo, aqui a “grande indemnização”) pelos danos decorrentes da prestação que se tornou impossível, mantendo nessa eventualidade o contrato e, por isso, continuando vinculado à sua contraprestação.

Poderá resolver o contrato de onde emerge a obrigação alternativa, ficando desta forma desvinculado da sua contraprestação, ou tendo direito à sua restituição. Em qualquer caso, embora a lei não o diga expressamente, mas decorre do regime geral do artigo 801º, mantém o direito a ser indemnizado pelos danos decorrentes da não realização da prestação que se tornou impossível.

3º Tornando-se a prestação impossível por causa imputável ao credor, e cabendo-lhe a escolha, considera-se cumprida a obrigação (artigo 547º, primeira parte).

4º Tornando-se a prestação impossível por causa imputável ao credor, se a escolha pertencer ao devedor, ele poderá optar entre, simplesmente considerar a obrigação cumprida, ou realizar a outra prestação, tendo direito a uma indemnização pelos danos que haja sofrido com a impossibilidade de realização da outra prestação (artigo 547º, segunda parte). Se, p. ex., A se obriga a entregar a B um automóvel ou uma moto, sendo esta destruída pelo devedor, A pode considerar cumprida a obrigação, ou entregar o automóvel e exigir uma indemnização pela destruição da moto. Antunes Varela⁹ entende que se trata de uma indemnização fundada em responsabilidade extracontratual, por destruição de coisa alheia. Sem dúvida que será. Contudo, não deixa de se verificar também uma responsabilidade contratual por se incluir no vínculo entre as partes um dever de cuidado com os bens da outra, que aqui não foi observado.

Resta a hipótese de a escolha pertencer a terceiro. Ela não está diretamente prevista na lei. Na perspetiva de Antunes Varela¹⁰, se a impossibilidade for imputável ao credor, a obrigação está cumprida. O terceiro pode, no entanto, escolher a prestação possível, com os restantes efeitos do artigo 547º. Na eventualidade de a impossibilidade da prestação ser imputável ao devedor, o terceiro pode optar por qualquer das prestações possíveis ou pela indemnização correspondente à impossibilidade da outra (artigo 546º). Porém, não poderá resolver o contrato, uma vez que, dado o seu carácter pessoal, só cabe ao credor.

Menezes Cordeiro¹¹ sustenta a este propósito uma posição diversa, a que adere Menezes Leitão¹², nos termos da qual se a impossibilidade for imputável ao credor a obrigação deve considerar-se cumprida, a não ser que o devedor opte pela indemnização, aplicando o artigo 547º, por analogia.

⁹ Antunes VARELA, *Das Obrigações em geral*, op. cit., p. 842.

¹⁰ Antunes VARELA, *Das Obrigações em geral*, op. cit., p. 842.

¹¹ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II, *Direito das obrigações*, op. cit., p. 623.

¹² Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, op. cit., p. 135.

Na eventualidade de a impossibilidade ser imputável ao devedor, o credor poderá, ou exigir uma das prestações possíveis optar pela indemnização ou resolver o contrato. Aplica o artigo 526º segunda parte por analogia. Como fundamento material aponta que ninguém deverá ser beneficiado por um ilícito por ele cometido, e que a as partes ao remeterem a escolha da prestação a terceiro, pretendem apenas que ele realize essa escolha, mas não as outras pretensões decorrentes do incumprimento¹³.

Cremos que tem razão. A atribuição a terceiro da escolha significa simplesmente que ele pode escolher a prestação. Todavia, a escolha entre a realização da prestação e as eventuais pretensões indemnizatórias deve caber ao credor ou ao devedor, consoante aquele que tenha provocado a impossibilidade da prestação.

3. A obrigação com faculdade alternativa

Como se referiu, esta obrigação tem só uma única prestação, o que significa que é só ela que o devedor tem que cumprir e o credor pode exigir. Tendo a prestação por objeto uma coisa certa e determinada, nos termos gerais, transmite-se logo a propriedade e o risco (artigos 408º e 796º, nº 1). Na eventualidade de a prestação se tornar impossível, aplica-se o regime geral da impossibilidade da obrigação, imputável ou não imputável. O mesmo sucede se o devedor incorrer em mora ou entrar em incumprimento definitivo.

A especificidade consiste na atribuição ao devedor (a *parte debitoris*) ou ao credor (a *parte creditoris*), por lei ou por contrato, do poder de realizar uma outra prestação que substitua a prestação objeto da obrigação (*Ersetzungsbefugnis*)¹⁴ ¹⁵. Um caso particularmente relevante de uma obrigação desta natureza é aquele em que o devedor está obrigado a cumprir numa moeda com curso legal só no estrangeiro (p. ex. em US dólares), mas se reserva o direito de substituir essa prestação pela entrega da mesma quantia

¹³ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português, II, Direito das obrigações, op. cit.*, p. 623.

¹⁴ Cf. LARENZ, *Schuldrecht I, op. cit.*, p. 159.

¹⁵ Sendo a distinção clara no plano conceitual, pode entanto, ser difícil de concretizar prática, cf. FIKENTSCHER e HEINMANN, *Schuldrecht, op. cit.*, p. 137.

em Euros ao câmbio da data do vencimento e do lugar estabelecido (sendo esta regra supletiva para as obrigações valutárias – artigo 558º, nº 1). O credor só pode exigir o pagamento em US dólares, mas devedor pode cumprir a prestação inicial ou substituí-la pela entrega em Euros, sem que o credor possa recusar essa prestação.

A obrigação também pode ser com faculdade alternativa *a parte creditoris*, embora seja menos comum. Nessa eventualidade, é o credor que pode exigir uma outra prestação ao devedor. Todavia, não se valendo o credor desse direito, o devedor só pode cumprir, à falta da substituição, a prestação objeto da obrigação.

Como a obrigação só tem por objeto uma prestação, sendo ela originariamente impossível a obrigação é nula; se a impossibilidade for superveniente, a obrigação extingue-se, havendo depois que distinguir conforme a impossibilidade seja imputável ou não ao devedor. Já se a prestação alternativa for originariamente impossível ou o venha a ser supervenientemente, a obrigação em si não será, em regra, afetada.

Um caso relevante de obrigação com faculdade alternativa *a parte creditoris* é o da cláusula penal em sentido estrito ou compulsório. Nessa eventualidade, sustenta Pinto Monteiro¹⁶, em caso de incumprimento, o credor pode escolher exigir a pena em vez da indemnização. E, nessa medida, se trata de uma faculdade alternativa *a parte creditoris*.

¹⁶ Pinto MONTEIRO, *Cláusula Penal e indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 100 e ss.

SOBRE O REGIME PROCESSUAL DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS

Nuno Manuel Pinto Oliveira*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.17>

1. Introdução. O concurso entre o direito de modificação e o direito de resolução do contrato afectado ou perturbado pela alteração das circunstâncias¹

O artigo 437º, nº 1, do Código Civil dá à parte prejudicada a faculdade de propor uma de duas acções constitutivas, para deduzir um de dois pedidos — o pedido de modificação ou o pedido de resolução do contrato².

* Juiz conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça. Professor catedrático da Escola de Direito da Universidade.

¹ O presente artigo propõe-se actualizar e completar os argumentos deduzidos no estudo “Em tema de alteração das circunstâncias: a prioridade da adaptação / modificação sobre a resolução do contrato”, *in* Elsa Vaz Sequeira e Fernando Oliveira e Sá (coords.), *Edição comemorativa do cinquentenário do Código Civil*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 255-311.

² Sobre a relação entre os dois direitos da parte prejudicada, o direito de modificação e o direito de resolução do contrato afectado ou perturbado pela alteração, *vide*, p. ex. António Menezes CORDEIRO, anotação ao artigo 437º, *in* António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil comentado*, vol. II — *Das obrigações em geral*, Coimbra, Livraria Almedina, 2021, pp. 270-284.

Quando a parte prejudicada proponha uma acção constitutiva de modificação do conteúdo do contrato, pergunta-se (pode perguntar-se) se o pedido de modificação deve ser um pedido específico ou pode ser um pedido genérico.

Os conceitos de pedido genérico e de pedido específico devem esclarecer-se.

O termo *pedido genérico* designa os casos em que alguma das partes pede que o regulamento contratual seja modificado, sem concretizar os termos em que deve sê-lo. Com um *pedido genérico* está a pedir-se que seja o juiz a concretizar, a determinar ou a especificar os termos em que o regulamento contratual há-de ser adaptado ou modificado³. O termo *pedido específico*, esse, designa os casos em que alguma das partes concretizam os termos em que o regulamento contratual há-de ser modificado.

Esclarecidos os conceitos, pergunta-se: será admissível um pedido genérico?; será admissível, p. ex., que a parte prejudicada peça que seja o juiz a determinar ou especificar os termos em que o contrato há-de ser adaptado?

Independentemente de o pedido deduzido ser um pedido específico ou genérico, pergunta-se duas coisas:

Em primeiro lugar, pergunta-se se a parte não prejudicada pela alteração das circunstâncias pode opor-se a um pedido de modificação deduzindo um contra-pedido de resolução o; em segundo lugar, pergunta-se se a parte não prejudicada pode opor-se a um pedido de modificação deduzindo um contra-pedido de modificação (i.e., dizendo que aceita uma modificação do conteúdo do contrato, ainda que não aceite *aquela* modificação que é pretendida pela parte prejudicada).

O pedido de modificação pode ser julgado procedente ou improcedente. Será julgado improcedente sobretudo em três situações — se não estiverem preenchidos os pressupostos ou requisitos do artigo 437º do Código Civil; se a modificação pedida não for adequada para reconstituir a justiça do contrato; se a modificação pedida não for possível ou não for exigível a alguma das partes.

Excluída a primeira situação, em que nenhum problema se põe, deve apreciar-se a segunda e a terceira: Quando o juiz considere que o pedido de

³ Cf. designadamente Francesco MACARIO, “Le sopravvenienze”, in Vincenzo Roppo (coord.), *Trattato del contratto*, vol. V — *Rimedi*-2, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 495-749 (703).

modificação deve ser julgado improcedente, porque o conteúdo da modificação pretendida não corresponde à aplicação dos critérios do artigo 437º do Código Civil, poderá *decretar a modificação do contrato em termos diferentes daquilo que a parte prejudicada tenha pedido*? Quando o juiz considere que o pedido de modificação deve ser julgado improcedente, porque a modificação do contrato é impossível ou, ainda que não impossível, é inexigível à parte não prejudicada, *poderá decretar a resolução*?

3. O pedido de modificação do contrato afectado ou perturbado pela alteração das circunstâncias

O problema da alternativa entre o pedido específico e o pedido genérico de modificação põe-se pelo facto de a *enumeração* contida no artigo 556º do Código do Processo Civil ser em geral qualificada como uma *enumeração taxativa* ⁴.

O artigo 437º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil constituirá um caso, não previsto no artigo 556º do Código do Processo em que a parte prejudicada pode deduzir um pedido genérico — p. ex., de “modificação do contrato segundo juízos de equidade”?

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Maio de 1993⁵ sugere que deva distinguir-se entre os casos em que a modificação do contrato por alteração das circunstâncias seja pedida em acção constitutiva proposta pela parte prejudicada e os casos em que a modificação do contrato seja deduzida *por via de excepção*, em acção condenatória proposta pela parte não prejudicada.

Se a modificação do contrato por alteração das circunstâncias fosse pedida em acção constitutiva proposta pela parte prejudicada, o autor teria de

⁴ Cf. José Alberto dos REIS, comentário aos artigos 267º-280º, in *Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. III — *Artigos 264º-324º*, Coimbra, Coimbra Editora, 1946, pp. 170-173, cuja doutrina concorda com a interpretação corrente do artigo 556º do Código de Processo Civil de 2013 — cf. João de Castro MENDES e Miguel Teixeira de SOUSA, *Manual de processo civil*, vol. I, Lisboa, AAFDL Editora, 2022, pp. 432-435; José Lebre de FREITAS e Isabel ALEXANDRE, anotação ao artigo 556º, in *Código de Processo Civil anotado*, vol. II — *Artigos 362º-626º*, 2ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2018, pp. 506-510 (508), ou António Abrantes GERALDES *et al.*, anotação ao artigo 556º, in *Código de Processo Civil anotado*, vol. I — *Parte geral e processo de declaração (artigos 1º a 702º)*, Coimbra, Livraria Almedina, 2018, pp. 616-618 (616).

⁵ Proferido no processo nº 083521 e relatado pelo Conselheiro Pais de Sousa.

indicar concretamente em que cláusulas deveria traduzir-se a modificação do contrato; se a modificação do contrato fosse deduzida por via de exceção, em acção de cumprimento proposta pela parte não prejudicada, o réu não teria de indicar concretamente em que cláusulas deveria traduzir-se a modificação: “Embora o nº 2 do art. 437º do Código Civil fale em requerer a resolução ou modificação, como a lei remete para juízos de equidade entrega, assim, a decisão ao prudente arbítrio do julgador, não têm os réus que indicar, concretamente, se contestaram por exceção, em que cláusulas se traduz aquele pedido alternativo, diversamente do que aconteceria na dedução de pedido reconvenicional”.

O problema poderia resolver-se através de duas soluções extremas — a primeira consistiria em admitir um pedido de modificação do regulamento contratual que seja formulado sem qualquer concretização ou especificação⁶ e a segunda consistiria em não o admitir de todo em todo⁷. O pedido de modificação do regulamento contratual deveria ser “concreto nos seus elementos” — as partes deveriam concretizar os termos da modificação do contrato e o aplicador do direito deveria, tão-só, determinar se os termos da modificação concretizados pelas partes reconstituíam o equilíbrio das prestações contratuais.

Entre as duas soluções extremas, entendemos que pode e que deve preferir-se uma solução intermédia: Baldus e Schmidt-Kessel, p. ex., alegam que o autor deverá ser admitido a deduzir o pedido de que o réu seja condenado a aceitar uma adequada adaptação ou modificação do regulamento contratual⁸, desde que faça, pelo menos, três coisas: Em primeiro lugar, desde que apresente ao tribunal os critérios que considera apropriados para a adaptação ou para a modificação do regulamento contratual; em segundo lugar, desde que, ao apresentá-los ao tribunal, os fundamente e/ou justifique e, em

⁶ Como admite, p. ex., Francesco MACARIO, “Le sopravvenienze”, *op. cit.*, p. 703 — referindo-se à possibilidade de a parte pedir que seja o juiz a concretizar ou a especificar os termos da modificação do contrato.

⁷ Como não admitem, p. ex., Giorgio CIAN e Alberto TRABBUCCI, *Commentario breve al Codice Civile*, Padova, CEDAM, 1992, pp. 1188-1191.

⁸ Martin SCHMIDT-KESSEL e Christian BALDUS, “Prozessuale Behandlung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach neuem Recht”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, pp. 2076-2078 (2076-2077) — esclarecendo que a palavra adequada significava “adequada no sentido do § 313 do Código Civil alemão”.

terceiro lugar, desde que determine ou fixe o *quadro geral* da adaptação ou da modificação pretendida⁹.

Em termos em tudo semelhantes aos de Baldus e de Schmidt-Kessel, entendemos que a complementação do pedido de modificação com um quadro geral¹⁰ da adaptação ou da modificação pretendida é adequada e suficiente para que o pedido de modificação fique determinado ou especificado — pelo menos, para que o pedido fique determinado ou especificado no seu *núcleo central*¹¹.

O *quadro geral* das cláusulas pretendidas resultará com alguma frequência da alegação e da prova dos requisitos do artigo 437º do Código Civil — a parte prejudicada, ao alegar que o cumprimento está em desacordo da boa fé, ou que a lesão não está coberta pelos riscos próprios do contrato, indicará frequentemente os *critérios*, ainda que *aproximados*, para a determinação de um cumprimento *que esteja de acordo com a boa fé* ou de uma lesão *que esteja coberta pelos riscos próprios do contrato*. Excluídas as hipóteses em que o *quadro geral* das cláusulas pretendidas resulte da alegação e da prova dos requisitos do artigo 437º, a parte prejudicada terá o ónus de apresentar *critérios*, devidamente fundamentados ou justificados, e o *quadro geral* dos resultados da aplicação dos *critérios* deduzidos.

O resultado da adaptação ou da modificação deve ser sempre um resultado determinado ou determinável pelo juiz¹²; ora, a parte lesada que não indique os critérios que considera apropriados para a modificação do regulamento contratual, que não os fundamente ou que não os justifique, ou que não fixe o *quadro geral* da adaptação ou da modificação pretendida estará, sempre ou quase sempre, a pedir uma modificação cujo resultado é indeterminável.

O facto de o autor, de a parte prejudicada, deduzir um pedido de adaptação sem indicar o *quadro geral* da adaptação ou da modificação

⁹ Martin SCHMIDT-KESSEL e Christian BALDUS, “Prozessuale Behandlung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach neuem Recht”, *op. cit.*, p. 2077.

¹⁰ Cf. Barbara DAUNER-LIEB e Wolfgang DÖSTSCH, “Prozessuale Frage rund um § 313 BGB”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2003, pp. 921-927 (922) — falando de um “quadro grosseiro” (*einem groben Rahmen*).

¹¹ Barbara DAUNER-LIEB e Wolfgang DÖSTSCH, “Prozessuale Frage rund um § 313 BGB”, *op. cit.*, p. 922.

¹² Cf. Enrico REDENTI, “L’offerta di riduzione ad equità”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, ano 1º, 1947, pp. 576-583 (580).

pretendida deverá determinar um convite ao autor para que o concretize ou o especifique¹³.

Caso o autor, caso a parte prejudicada, corresponda ao convite para concretizar ou especificar o pedido, o juiz deverá apreciar o *mérito* do pedido de modificação; caso o autor, caso a parte prejudicada, não corresponda ao convite, o juiz não deverá apreciá-lo — o réu, a parte não prejudicada, deverá ser absolvido da instância, “com base numa excepção dilatória inominada”¹⁴.

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Maio de 1993, desde que devidamente interpretado, confirmará o nosso entendimento: ainda que não tenha o encargo de indicar *concretamente* quais as cláusulas que deveria ter o contrato adaptado ou modificado, a parte prejudicada terá (deverá ter) o ónus de indicar de forma aproximada um *quadro geral* das cláusulas pretendidas.

Em todo o caso, desde que haja alguma insegurança quanto ao resultado que a parte prejudicada pretende ou pode pretender, deverá admitir-se que deduza um pedido principal, formulado em termos mais concretos e específicos, e um pedido subsidiário, formulado em termos mais genéricos e abstractos¹⁵.

3. Os meios de defesa da parte não prejudicada contra um pedido de modificação do contrato

Em abstracto, a parte não prejudicada poderá defender-se de um pedido de modificação do contrato *inadmissível* ou *inexigível* de duas formas.

Em primeiro lugar, poderá deduzir uma *excepção material* ou uma *excepção peremptória* — poderá alegar que a modificação não é possível ou que, ainda que possível, não lhe é exigível. Ao fazê-lo, estará a alegar “factos que, servindo de causa impeditiva [do] direito invocado pelo autor, determinam a improcedência [do] pedido [de modificação]”¹⁶. Em segundo lugar, poderá

¹³ João de CASTRO MENDES e Miguel TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de processo civil*, vol. I, *op. cit.*, p. 434.

¹⁴ João de CASTRO MENDES e Miguel TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de processo civil*, vol. I, *op. cit.*, p. 434.

¹⁵ Jaap HIJMA, “The Role of the Court and of the Parties in Adapting the Contract to Unforeseen Circumstances”, in A. G. Castermans *et al.* (coords.), *Foreseen and Unforeseen Circumstances*, Deventer, Kluwer, 2012, pp. 17-27 (23).

¹⁶ Cf. artigo 571º, nº 2, segunda parte, segunda alternativa, do Código de Processo Civil.

deduzir uma reconvenção — poderá alegar que, desde que a modificação não é possível ou, ainda que possível, não lhe é exigível, o contrato deve ser resolvido. Ao fazê-lo, estará a alegar que os “factos que, servindo de causa impeditiva [do] direito invocado pelo autor, determinam a improcedência [do] pedido [de modificação]”¹⁷, implicam a procedência de um pedido de resolução do contrato.

O primeiro termo da alternativa corresponde à solução alemã, em que a parte não prejudicada dispõe de uma excepção, e só de uma excepção. O efeito da procedência da *excepção* de *impossibilidade* ou de *inexigibilidade* só poderá ser a improcedência do pedido de *modificação*. O segundo termo da alternativa corresponde à solução francesa, em que a parte não prejudicada dispõe de mais que uma excepção — de uma *ação* ou de uma *reconvenção*. O efeito da improcedência do pedido de *modificação* deduzido pela parte prejudicada poderá ser a procedência do pedido de *resolução* deduzido pela parte não prejudicada.

O ponto de partida do § 313 do Código Civil alemão é o de que *há uma relação de precedência ou de prioridade entre a modificação e a resolução*, e o de que *a modificação tem precedência ou prioridade sobre a resolução do contrato*.

O § 313, nº 3, do código alemão ao dizer que “[q]uando uma adaptação [ou modificação] do contrato não seja possível ou surja inexigível para uma das partes, pode a parte prejudicada resolver o contrato”, está a designar *factos constitutivos* do direito de resolução e *impeditivos* do direito de modificação.

A parte não prejudicada poderá defender-se de um pedido de modificação, alegando e provando os *factos impeditivos* previstos no nº 3 do § 313: em primeiro lugar, pode alegar e provar que a modificação *não é possível* e, em segundo lugar, pode alegar e provar que a modificação *não lhe é exigível*.

O resultado da alegação e da prova dos *factos impeditivos* previstos no nº 3 será, tão-só, a improcedência de um pedido de adaptação ou de modificação — o direito de resolução do contrato é sempre e só um direito da parte prejudicada.

Em contraste com a arquitectura do § 313 do Código Civil alemão, o ponto de partida do artigo 1195 do Código Civil francês é o de que *não*

¹⁷ Cf. artigo 571º, nº 2, segunda parte, segunda alternativa, do Código de Processo Civil.

há nenhuma relação de precedência ou de prioridade entre a modificação e a resolução do contrato.

O artigo 1195 do código francês, ao dizer que, “[n]a falta de um acordo dentro de um prazo razoável, o juiz pode, a pedido de uma das partes, modificar o contrato ou pôr-lhe termo, na data e nas condições que fixe”, está a *equiparar* os factos constitutivos do direito de modificação e do direito de resolução.

A parte não prejudicada pode defender-se de um pedido de adaptação ou de modificação do contrato, ainda que não alegue e prove *factos impeditivos* — ainda que não alegue ou não prove que a modificação *não é possível* ou que *não lhe é exigível*. Em lugar da alegação e da prova de *factos impeditivos*, a parte não prejudicada poderá deduzir um contra-pedido de resolução — o direito de resolução é um direito das duas partes, da prejudicada e da não prejudicada.

O texto do artigo 437º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil depõe em favor do primeiro termo da alternativa. O direito de resolução do artigo 437º é um direito da parte prejudicada, e só da parte prejudicada. Embora o texto do artigo 437º deponha em favor do primeiro, Oliveira Ascensão pronunciou-se em favor do segundo.

4. (Cont.) O problema da admissibilidade de um pedido reconvenicional de resolução do contrato

O argumento de Oliveira Ascensão é o de que a vinculação a um contrato adaptado ou modificado deve ser compatível com o princípio ou com o valor da *autonomia privada* e o de que o critério da compatibilidade com o valor da autonomia privada deve ser a *substancialidade* da modificação.

O princípio da autonomia privada concretizar-se-ia, p. ex., na regra de que “[n]ão pode ser imposto a ninguém um contrato que esteja substancialmente fora daquilo que aceitou”¹⁸ e, entre as reacções a um contrato que

¹⁸ Ou seja, do princípio de que “[n]ão pode ser imposto a ninguém um contrato que esteja substancialmente fora daquilo que aceitou”. Cf. José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito civil. Teoria geral*, vol. II — *Ações e factos jurídicos*, op. cit., p. 421; José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito civil. Teoria geral*, vol. III — *Relações e situações jurídicas*, op. cit., p. 204; José de Oliveira ASCENSÃO, “Onerosidade excessiva por ‘alteração das circunstâncias’”, op. cit., p. 529.

estivesse substancialmente fora daquilo que a parte aceitou estaria o direito de desvinculação — daí que, desde que a modificação do contrato fosse *substancial*, a parte não prejudicada devesse ter o direito de se desvincular, *resolvendo-o*¹⁹.

Estando preenchidos os pressupostos do artigo 437º do Código Civil, os *factos impeditivos* do direito de modificação do contrato seriam simultaneamente *factos constitutivos* de um direito de resolução — daí que a parte não prejudicada pudesse pedir a resolução do contrato: “se a outra parte não aceita[asse] uma modificação substancial, ter[ia] de ser decretada a resolução”^{20,21}.

Em resposta ao argumento de Oliveira Ascensão, alegou-se três coisas:

Em primeiro lugar, que o contra-direito de resolução da parte não prejudicada conflitua com a relação de alternatividade entre o direito de modificação e o direito de resolução, consignada no artigo 437º do Código Civil^{22,23}.

¹⁹ José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito civil. Teoria geral*, vol. II — *Ações e factos jurídicos*, op. cit., p. 421; José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito civil. Teoria geral*, vol. III — *Relações e situações jurídicas*, op. cit., p. 204; José de Oliveira ASCENSÃO, “Onerosidade excessiva por alteração das circunstâncias”, op. cit., p. 529.

²⁰ José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito civil. Teoria geral*, vol. II — *Ações e factos jurídicos*, op. cit., p. 421; José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito civil. Teoria geral*, vol. III — *Relações e situações jurídicas*, op. cit., p. 204; José de Oliveira ASCENSÃO, “Onerosidade excessiva por alteração das circunstâncias”, op. cit., p. 529.

²¹ Concordando com o contra-direito de resolução da parte não prejudicada, Isabel ALEXANDRE, *Modificação do caso julgado material civil por alteração das circunstâncias*, dissertação de doutoramento apresentada e defendida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, pp. 772-774.

²² Cf. designadamente Inocêncio Galvão TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 346 (nota 316); ou Luís Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. II — *Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*, op. cit., p. 142 (nota 255): “esta solução é dificilmente compatível quer com a opção que é dada à parte lesada entre as duas alternativas, quer com a manifesta preferência legal pela solução da resolução”.

²³ Galvão Telles pronuncia-se sobre o tema com palavras algo sibilinas: “Se o autor pedir a modificação do contrato, poderá o réu opor-se pedindo a resolução? Temos por segura a resposta negativa. É a solução conforme com a letra da lei, o que constitui desde logo um indício da sua exactidão. Mas é também a solução conforme com o espírito da lei. O lesado não quer de todo o contrato e por isso o resolve; seria violento impor-lhe, embora com modificações, o contrato que ele em absoluto rejeitou”. Inocêncio Galvão TELLES, *Manual dos contratos em geral*, op. cit., p. 346 (nota 316). O primeiro argumento — solução conforme com a letra da lei — compreende-se com facilidade; o segundo argumento — solução conforme com o espírito da lei —, esse, não se compreende, ou não se compreende sem dificuldade: quando se diz que “seria violento impor [ao contraente lesado], embora com modificações, o contrato que ele em absoluto rejeitou”, está-se em substância a criticar a decisão legislativa do artigo 437º, nº 2. Ora a crítica da solução do artigo 437º, nº 2, é compatível com dois desenvolvimentos lógicos: é, por um lado, compatível com o desenvolvimento de que, *como a lei aceita a violência de impor ao contraente lesado o contrato que ele em absoluto rejeitou, deverá aceitar-se a violência de impor ao contraente não lesado o contrato que ele em absoluto teria rejeitado* e é, por outro lado, compatível com o desenvolvimento de que, *como a lei não deveria aceitar a violência de impor ao contraente lesado o contrato que ele em absoluto rejeitou, não deverá aceitar-se a violência de impor ao contraente*

Em segundo lugar, alegou-se que o contra-direito de resolução da parte não prejudicada conflitua com a preferência do artigo 437º, nº 2, pela modificação do contrato, dentro da relação de alternatividade do artigo 437º, nº 1.

O artigo 437º, nº 2, diria explicitamente que, “se [a parte lesada] pedir a resolução, pode a outra parte oferecer a modificação” e diria implicitamente que, se a parte lesada pedir a modificação, não pode a outra parte oferecer a resolução ²⁴: “[d]aqui resulta[ria] ser preferível a modificação à resolução”²⁵.

Em terceiro lugar, alegou-se que o artigo 437º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil desempenha uma função, a função de corrigir o desequilíbrio entre as prestações, e que, de acordo com a função de corrigir o desequilíbrio, o regime da alteração das circunstâncias é adequado e suficiente para proteger a parte não prejudicada contra o perigo de uma modificação substancial²⁶.

Catarina Monteiro Pires, p. ex., argumenta que “não faz sentido aludir a um direito da parte não prejudicada a exigir a resolução do contrato”, desde que a modificação decorra de um contrato entre as partes, prejudicada e não prejudicada, ou de uma decisão do tribunal²⁷: “Se estiverem verificados os requisitos do art. 437º, nº 1, e daqui resultar a necessidade de modificação do contrato, de modo a eliminar as distorções causadas pela superveniência contratual, será a autonomia das partes ou a equidade, aplicada por um terceiro imparcial (o tribunal), que constituem a garantia do contraente no sentido de que a modificação do contrato não constituirá uma solução injusta”²⁸.

Em consonância com os argumentos de Catarina Monteiro Pires, diz-se que a modificação do contrato substitui um desequilíbrio inaceitável ou intolerável por um desequilíbrio aceitável ou tolerável, dentro da álea ou dos riscos próprios do contrato — e que, ao substituir um desequilíbrio inaceitável por um desequilíbrio tolerável, dentro dos riscos próprios do contrato,

não lesado o contrato que ele em absoluto teria rejeitado, resolvendo-o. Em qualquer dos casos, fica por explicar por que deveria ter-se como segura uma *resposta*, ou porque deveria ser a resposta *negativa*.

²⁴ Cf. designadamente Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, 9ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2019, pp. 391 e 393.

²⁵ Pedro Pais de VASCONCELOS e Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, *op. cit.*, p. 391.

²⁶ Cf. designadamente Catarina Monteiro PIRES, “Efeitos da alteração das circunstâncias”, *O Direito*, vol. 145, 2013, pp. 181-206 (193); ou Diogo Pereira DUARTE, “Modificação dos contratos segundo juízos de equidade. Contributo para a interpretação dos artigos 252º, nº 2, e 437º do Código Civil”, *op. cit.*, p. 167.

²⁷ Catarina Monteiro PIRES, “Efeitos da alteração das circunstâncias”, *op. cit.*, p. 193.

²⁸ Catarina Monteiro PIRES, “Efeitos da alteração das circunstâncias”, *op. cit.*, p. 193.

está (deve estar) de acordo com a vontade real e com a vontade conjectural ou hipotética das partes.

O contrato adaptado ou modificado é o contrato que teria sido querido pelas partes — entre o contrato como era antes e o contrato como é depois da modificação, não haveria, ou não deveria haver, uma diferença substancial.

Diogo Pereira Duarte deduz daí que, “[s]e [a] correcção [da injustiça do conteúdo do contrato] for integralmente realizada, não se pode dizer, sem mais, que o contrato modificado é um contrato substancialmente não querido”²⁹.

Inspirando-se em Carvalho Fernandes³⁰, Henrique Sousa Antunes chama ao caso dois argumentos sistemáticos, para confirmar que a parte não prejudicada não pode defender-se de um *pedido de modificação* deduzindo um *contra-pedido*, um *pedido reconvenicional*, *de resolução* do contrato afectado ou perturbado.

O primeiro argumento decorreria da relevância dos *lugares paralelos* do artigo 252º, nº 2, e do artigo 283º, nº 2, do Código Civil: “os regimes paralelos do erro sobre a base do negócio (art. 252º, nº 2) e da usura (art. 283º, nº 2) argumenta[riam] em favor da imposição de um contrato modificado”³¹.

O segundo argumento, esse, decorreria da irrelevância dos (alegados) *lugares paralelos* dos artigos 292º e 293º — “a conversão e a redução distinguem-se da mera modificação, configurando realidades distintas e autónomas”³².

Embora concordemos, em substância, com os resultados do raciocínio de Henrique Sousa Antunes, de Catarina Monteiro Pires ou de Diogo Pereira Duarte, estamos convencido de que o caso será mais claro e mais simples desde que o artigo 437º seja reconstruído como *concretização* ou *especificação* do artigo 239º.

²⁹ Diogo Pereira DUARTE, “Modificação dos contratos segundo juízos de equidade. Contributo para a interpretação dos artigos 252º, nº 2, e 437º do Código Civil”, *op. cit.*, p. 167.

³⁰ Luís Carvalho FERNANDES, *A teoria da imprevisão no direito civil português*, reimpressão, Lisboa, Quid juris, 2001, pp. 299-300.

³¹ Henrique Sousa ANTUNES, anotação ao artigo 437º, in Luís Carvalho Fernandes e José Carlos Brandão Proença (coords.), *Código Civil anotado*, vol. II — *Direito das obrigações. Das obrigações em geral*, *op. cit.*, p. 159.

³² Henrique Sousa ANTUNES, anotação ao artigo 437º, in Luís Carvalho Fernandes e José Carlos Brandão Proença (coords.), *Código Civil anotado*, vol. II — *Direito das obrigações. Das obrigações em geral*, *op. cit.*, p. 159.

O princípio ou valor da *autonomia privada* ficará adequada e suficientemente protegido desde que se admita — como nós admitimos — que o problema da alteração das circunstâncias é, em última instância, um problema de *interpretação complementar*, de *interpretação integradora* ou de *integração do contrato*³³ e desde que se reconheça — como nós reconhecemos — que, dentro do sistema da integração do contrato, deve respeitar-se um determinado *limite*.

“A integração negocial”, dizia, p. ex., Manuel de Andrade, “tem de manter-se[.] num certo sentido, *dentro do domínio negocial traçado pelas partes*”³⁴.

Como critério *positivo*, deduz-se daí que o aplicador do direito deva “considerar o que um contraente honesto e razoável há de admitir como exigido pelo contrato”³⁵. Como critério *negativo*, deduz-se daí que o aplicador do direito não deva considerar o que nenhum contraente ou, em todo o caso, nenhum contraente razoável houvesse de admitir como exigido: “[n]ão pode proceder-se na integração como se se estivesse a aplicar uma norma *estranha* ao contrato”³⁶. Entre os corolários dos dois critérios, positivo e negativo, está o de que o juiz, ao integrar o negócio jurídico, não pode nunca *alargar* ou *substituir* o objecto, “o objecto material [do] negócio questionado (a coisa vendida, o serviço a prestar, etc.)”³⁷.

Face ao exposto, as alternativas são duas — e, das duas, uma:

Ou bem que as distinções preconizadas por Oliveira Ascensão, entre a modificação quantitativa e a modificação qualitativa e, dentro da modificação qualitativa, entre a modificação substancial e a modificação não substancial, são simplesmente uma concretização dos limites da interpretação complementar, da interpretação integradora ou da integração do

³³ Cf. designadamente Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, “Em tema de alteração das circunstâncias: a prioridade da adaptação/modificação sobre a resolução do contrato”, in Elsa Vaz Sequeira e Fernando Oliveira e Sá (coords.), *Edição comemorativa do cinquentenário do Código Civil*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 255-311, ou A flexibilidade do contrato como condição da sustentabilidade”, in João Sérgio Ribeiro e Andreia Barbosa (coords.), *Direito, sustentabilidade ambiental e desenvolvimento humano*, Braga, UMinho Editora/JusGov, 2022, pp. 81-104.

³⁴ Manuel de ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II — *Facto jurídico, em especial negócio jurídico*, reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, 1974, p. 326.

³⁵ Carlos Alberto da Mota PINTO et al., *Teoria geral do direito civil*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 457.

³⁶ Carlos Alberto da Mota PINTO et al., *Teoria geral do direito civil*, op. cit., pág. 457.

³⁷ Manuel de ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II — *Facto jurídico, em especial negócio jurídico*, op. cit., p. 326.

negócio jurídico³⁸ — ou bem que as distinções preconizadas por Oliveira Ascensão não são simplesmente uma concretização dos limites da integração do negócio jurídico³⁹.

Entre critérios *novos*, de contornos algo *imprecisos*, e critérios *antigos*, estamos convencidos de que deverá preferir-se os critérios *antigos*: com Catarina Monteiro Pires, dir-se-á que “[o] que importa saber é se a modificação é, ou não exigível, devendo este juízo abranger não só a posição da parte afectada pela alteração das circunstâncias, como, também, a posição da parte não afectada”⁴⁰.

Em consequência, a correcção interpretativa ou integrativa do artigo 437º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil é desnecessária: a parte não prejudicada ficará adequada e suficientemente protegida pelas *excepções* de impossibilidade ou de inexigibilidade. O pedido de modificação do contrato, desde que a modificação seja impossível ou inexigível, deverá ser julgado *improcedente*: “[se] não for possível uma modificação do contrato, o juiz deve absolver o réu do pedido”⁴¹.

5. (Cont.) O problema da qualificação da defesa da parte prejudicada como defesa *por impugnação* ou como defesa *por excepção*

Entre a defesa de quem alega que *a modificação não é possível ou que, ainda que possível, não é exigível* (não lhe é exigível) e a defesa de quem alega que *a modificação, ainda que exigível, deve concretizar-se em cláusulas distintas das pretendidas pela parte prejudicada*, há (pode haver) uma diferença.

³⁸ Caso em que critério da *admissibilidade* ou da *inadmissibilidade* da modificação coincidirá (tenderá a coincidir) com o critério da *exigibilidade* ou da *inexigibilidade* — em regra, a modificação que exceda os limites da interpretação complementar, da interpretação integradora ou da integração do negócio jurídico deverá considerar-se *inexigível* à parte não prejudicada e, em regra, a modificação que não exceda os limites da integração deverá considerar-se *exigível*.

³⁹ Caso em que o critério da *admissibilidade* ou da *inadmissibilidade* da modificação não coincidirá como o critério da *exigibilidade* ou da *inexigibilidade*.

⁴⁰ Catarina Monteiro PIRES, “Efeitos da alteração das circunstâncias”, *op. cit.*, p. 193.

⁴¹ Cf. Catarina Monteiro PIRES, “Efeitos da alteração das circunstâncias”, *op. cit.*, p. 193 — continuando com a explicação de que o juiz “não pode determinar a resolução do contrato *ultra petitem*”.

Quando a parte não prejudicada alega que *a modificação não é possível ou que, ainda que possível, não é exigível*, está (sempre) a defender-se por excepção; quando a parte não prejudicada alega que a modificação, ainda que exigível, *deve concretizar-se em cláusulas distintas das pretendidas pela parte prejudicada*, pode estar a defender-se *por impugnação* ou a defender-se *por excepção*.

Estará a defender-se *por impugnação* quando alegue que os factos invocados pelo autor não podem produzir o efeito jurídico pretendido⁴² — não podem, p. ex., fazer com que o prazo para a realização das prestações devidas seja prolongado por um ano, quando só deveria sê-lo por seis meses, ou com que a contraprestação seja reduzida para 50%, quando só deveria sê-lo para 25%.

Estará a defender-se *por excepção* quando alegue factos que, “servindo de causa [parcialmente] impeditiva, modificativa ou [parcialmente] extintiva do direito invocado pelo autor, determinem a improcedência [parcial] do pedido”⁴³.

O § 313 do Código Civil alemão é algo ambíguo: o nº 1 diz que “pode ser exigida a adaptação [ou modificação] do contrato” (*so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden*), sem especificar se só pode ser exigida pela parte prejudicada ou se pode ser exigida pelas duas partes e o nº 3 diz que a parte prejudicada pode resolver o contrato (*so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten*).

O texto do nº 1, em ligação com o texto do nº 3 do § 313, depõe fortemente no sentido de que a adaptação ou modificação do contrato possa ser exigida pelas duas partes, pela parte prejudicada e pela parte não prejudicada⁴⁴.

Em França, a possibilidade de a parte não prejudicada deduzir um contra-pedido de modificação é expressamente admitida no artigo 1195 do Código Civil.

O primeiro parágrafo do artigo 1195 prevê que as partes possam chegar a um acordo para pedirem a modificação do contrato. O juiz decidirá,

⁴² Cf. artigo 571º, nº 2, primeira parte, segunda alternativa, do Código de Processo Civil

⁴³ Cf. artigo 571º, nº 2, segunda parte, segunda alternativa, do Código de Processo Civil.

⁴⁴ Cf. Barbara DAUNER-LIEB e Wolfgang DÖSTSCH, “Prozessuale Frage rund um § 313 BGB”, *op. cit.*, p. 922.

de acordo com a equidade, como *amiable compositeur du litige*⁴⁵. O segundo parágrafo do artigo 1195 prevê que, quando não consigam chegar a um acordo, cada uma das partes possa pedir por si só, i.e., *unilateralmente*, a modificação ou a resolução.

Em Itália, ainda que não esteja expressamente prevista no artigo 1467º do Código Civil, a possibilidade de a parte não prejudicada deduzir um contra-pedido de modificação é de quando em quando admitida — p. ex., por Redenti, em cujo texto fundamental se diz: “excluída (‘evitada’) a rescisão ou resolução, as partes [reservar-se-iam] a faculdade de pedir ao juiz uma decisão que [concretizasse] a redução equitativa. A acção poderia ser proposta por qualquer uma das partes. Ambas poderiam discutir o *quomodo* e o *quantum* [da redução]. Nenhuma poderia sustentar, com sucesso, que o juiz devesse recusá-la ou rejeitá-la *ab ovo* (descontadas as impugnações por vícios do consentimento)”⁴⁶.

Entre as funções do juiz no direito francês e no direito italiano não haveria diferença sensível — em França, o juiz desempenharia a função de *amiable compositeur* e, em Itália, desempenharia a função de *arbitrator*⁴⁷.

Em Portugal, o artigo 437º, nº 1, do Código Civil não atribui à parte não prejudicada o *direito de modificação* e o artigo 437º, nº 2, não atribui à parte não prejudicada um *contra-direito de modificação*, como defesa contra a actuação ou contra o exercício do *direito de modificação* da parte prejudicada. O réu, a parte não prejudicada, não terá nem o direito, nem o dever, nem tão-pouco o ónus de reconvir, para sustentar que a modificação deve concretizar-se em cláusulas distintas das pretendidas pela parte prejudicada.

⁴⁵ Cf. artigo 12, terceiro parágrafo, do Código de Processo Civil francês.

⁴⁶ Enrico REDENTI, “L’offerta di riduzione ad equità”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, ano 1º, 1947, pp. 576-583 (580).

⁴⁷ Enrico REDENTI, “L’offerta di riduzione ad equità”, *op. cit.*, p. 580.

6. Os poderes do juiz no quadro de uma acção constitutiva de modificação

Esclarecido que *a parte não prejudicada não pode opor-se a um pedido de modificação defendendo-se por reconvenção para fazer valer a sua pretensão de que o contrato seja resolvido* e que *a parte não prejudicada pode opor-se a um pedido de modificação defendendo-se por impugnação ou por excepção para fazer valer a sua pretensão de que o contrato seja modificado em termos diferentes dos pretendidos pela parte prejudicada*, deve esclarecer-se duas coisas.

Em primeiro lugar, se, no caso de o juiz entender que o pedido de modificação deve ser julgado improcedente, porque o conteúdo da modificação não corresponde à aplicação dos critérios do artigo 437º e/ou do artigo 239º, em ligação com o artigo 437º do Código Civil, *poderá decretar a modificação em termos diferentes daquilo que a parte prejudicada tenha pedido*; em segundo lugar, se, no caso de o juiz considerar que o pedido de modificação deve ser julgado improcedente, porque a modificação é impossível ou, ainda que não seja impossível, é inexigível à parte não prejudicada, *poderá decretar a resolução*.

O fenómeno da alteração das circunstâncias remete-nos para o problema, de alcance mais amplo e mais geral, do sentido do *princípio do pedido* no Estado de direito contemporâneo: — se, no contexto de um Estado de direito *em sentido formal*, o princípio do pedido podia desempenhar exclusivamente uma função negativa, no contexto de um Estado de direito *em sentido material* pode e deve desempenhar uma função positiva; se, no contexto de um Estado de direito *em sentido formal*, o princípio do pedido podia ser compreendido de uma forma *absoluta e rígida*⁴⁸, no contexto de um Estado de direito *em sentido material* pode e deve ser compreendido de uma forma *flexível*^{49 50}. O pedido e, em especial, um pedido de *interpretação*

⁴⁸ Em termos de não ser (*nunca* ou *quase nunca*) permitida, p. ex., a *redução qualitativa* do pedido, com a condenação do réu num *aliud*, ainda que comparável a um *minus*. Cf. João de Castro MENDES e Miguel Teixeira de SOUSA, *Manual de processo civil*, vol. I, *op. cit.*, pp. 85-86.

⁴⁹ Em termos de ser permitida, p. ex., a *redução qualitativa* do pedido, com a condenação do réu num *aliud*, desde que comparável a um *minus*.

⁵⁰ Sobre a compreensão flexível do princípio do pedido, *vide* por todos Carlos Lopes do REGO, “O princípio dispositivo e os poderes de convalidação do juiz no momento da sentença”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. I — *Direito civil. Processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013,

complementadora ou de *integração* de um determinado contrato deverá ser o *ponto de partida* para uma *cooperação* entre as partes e o tribunal no sentido de uma *decisão adequada e justa* do caso concreto.

Miguel Mesquita distingue expressamente dois momentos essenciais de uma *compreensão moderna, flexível ou mitigada*, do princípio do pedido.

O primeiro é o momento da *interpretação* do pedido deduzido pelo autor: “[n]as situações delicadas em que o autor deduz um *pedido radical*”, o juiz deverá *interpretar* o pedido deduzido, de forma a determinar se do *pedido mais drástico, mais radical*, poderá e deverá deduzir-se um *pedido subsidiário*: desde que *menos drástico e menos radical*: “o juiz, se entender que a concessão de um *aliud* poderá resolver o litígio, e resolvê-lo bem, tem de *interpretar* o pedido deduzido, tentando entender se deste é, afinal de contas, possível extrair um *pedido subsidiário*, não expresso mas relacionado ainda com o pedido principal”⁵¹.

O segundo é o momento do *convite* ao autor, para que se pronuncie sobre a *interpretação*, “no sentido de se obter a maior utilidade ou conveniência do pedido (*Sachdienlichkeit*) e, portanto, a economia processual”: “A ideia de que ‘quem quer o mais quer o menos’ (ou algo diferente) pode... motivar a interferência do juiz no pedido *radical* deduzido pela parte”⁵²; ainda que possa motivar a interferência do juiz no pedido *radical*, “não autoriza o tribunal a, de *forma automática*, conceder coisa qualitativamente diversa daquela que foi efectivamente requerida”⁵³: “o juiz, transformando o processo numa *comunione di lavoro*, deverá notificar as partes, a fim de as ouvir sobre as diferentes medidas que pretende decretar na sentença, *sugerindo a modificação do pedido*”⁵⁴.

pp. 781-810; Luís Miguel Andrade MESQUITA, “A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo civil. [Anotação ao] acórdão da Relação do Porto de 8 de Julho de 2010”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 143º, Novembro-Dezembro de 2013, pp. 129-151; ou Luís Miguel Andrade MESQUITA, “A ‘morte’ do princípio do dispositivo?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 147º, Novembro-Dezembro de 2017, pp. 86-119.

⁵¹ Cf. Luís Miguel Andrade MESQUITA, “A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo civil. [Anotação ao] acórdão da Relação do Porto de 8 de Julho de 2010”, *op. cit.*, p. 148.

⁵² Cf. Luís Miguel Andrade MESQUITA, “A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo civil. [Anotação ao] acórdão da Relação do Porto de 8 de Julho de 2010”, *op. cit.*, p. 148.

⁵³ Cf. Luís Miguel Andrade MESQUITA, “A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo civil. [Anotação ao] acórdão da Relação do Porto de 8 de Julho de 2010”, *op. cit.*, p. 148.

⁵⁴ Luís Miguel Andrade MESQUITA, “A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo civil. [Anotação ao] acórdão da Relação do Porto de 8 de Julho de 2010”, *op. cit.*, p. 149.

Em primeiro lugar, “deve auscultar o autor, no sentido de tentar entender se a vontade deste aponta para a aceitação ou para a rejeição dessa coisa diversa (*aliud*)” — e, em consequência, se o autor quer ou não corrigir o pedido.

Em segundo lugar, deverá auscultar o réu, no sentido de tentar entender se que ou não corrigir a defesa deduzida contra o pedido inicial ou originário: “o demandado pode ter interesse nesse aperfeiçoamento do pedido e pode mesmo querer, em consequência da alteração, aperfeiçoar a defesa”⁵⁵.

Inspirando-se em Miguel Mesquita, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Novembro de 2019⁵⁶, p. ex., confirma que “o princípio do pedido deve ser hoje entendido mitigadamente” e, em consequência, “sempre que uma parte requeira uma medida ‘drástica’ [e] o juiz entenda conveniente e justo o decretamento duma medida menos radical e qualitativamente diferente[,] deve/pode fazê-lo, dentro da ideia de que o juiz deve intervir sempre com a finalidade de tornar o processo um caminho privilegiado para alcançar um resultado materialmente justo e eficiente”.

Em coerência com uma compreensão *flexibilizada* ou *mitigada* do princípio do pedido deve distinguir-se entre duas hipóteses de *improcedência*.

Se a parte prejudicada deduzir um pedido específico de modificação do contrato e o juiz considerar que o pedido deve ser julgado improcedente, porque o conteúdo da modificação não corresponde à aplicação dos critérios do artigo 239º e do artigo 437º, o juiz deverá *convidar* as partes a pronunciarem-se sobre a possibilidade de ser decretada uma modificação *menos drástica* ou *menos radical*, se a parte prejudicada deduzir um pedido, específico ou genérico, de modificação do contrato e o juiz considerar que a modificação é impossível ou que, ainda que não impossível, é inexigível à contraparte, não deverá *convidar* as partes a pronunciarem-se sobre a possibilidade de ser decretada a *resolução do contrato*.

Em primeiro lugar, se a parte prejudicada deduzir um *pedido específico de modificação do contrato afectado ou perturbado* e o juiz considere que o *pedido específico de modificação do contrato deve ser julgado improcedente*, porque o

⁵⁵ Luís Miguel Andrade MESQUITA, “A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo civil. [Anotação ao] acórdão da Relação do Porto de 8 de Julho de 2010”, *op. cit.*, p. 149.

⁵⁶ Proferido no processo nº 279/16.6T8GRD.C2.S1 e relatado pelo Conselheiro Ilídio Sacarrão Martins.

conteúdo da modificação pretendida não corresponde à aplicação dos critérios dos artigos 239º e 437º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil, os termos da alternativa são dois:

O primeiro consiste em julgar improcedente o pedido de modificação — o regulamento contratual continuaria então a valer *sem adaptações ou sem modificações* — e o segundo consiste em julgar procedente o pedido de modificação — o regulamento contratual continuaria a valer *com as adaptações ou modificações exigidas pelos artigos 239º e 437º do Código Civil*.

Em consonância com o segundo termo, o pedido mais concreto ou mais determinado de *modificação do contrato* conteria em si um pedido mais abstracto, ou mais indeterminado, de uma *integração do contrato [de uma integração do regulamento contratual]*, conforme aos artigos 239º e 437º, em termos de preencher a lacuna superveniente provocada pela alteração das circunstâncias.

Em França, o artigo 1195 do Código Civil depõe no sentido de que o juiz possa modificar o contrato em termos diferentes dos pretendidos pelas partes; em Itália, o artigo 1467º, n.º 3, do Código Civil depõe no sentido de que o juiz só possa modificar o contrato nos termos pretendidos pela parte não prejudicada; o tema é, em todo o caso, controverso⁵⁷; em Portugal, o artigo 473º do Código Civil não depõe em nenhum dos dois sentidos, devendo comparar-se os dois termos da alternativa para encontrar a solução mais adequada e mais justa.

A tese de que o pedido de modificação deve ser julgado improcedente, sem mais, faria com que o tribunal optasse sempre pela *pior solução*. O tribunal determinaria que o regulamento contratual continuasse a valer, nos termos iniciais ou originários^{58,59}. A tese de que o pedido de modificação deve ser *interpretado*, para que a modificação *mais drástica* seja substituída

⁵⁷ Cf. Francesco MACARIO, “Revisione e rinegoziazione del contratto”, in *Enciclopedia del diritto — Annali dal 2007*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 1026-1085 (1045-1046 — nota n.º 96).

⁵⁸ O juízo de valor no sentido de o primeiro termo da alternativa corresponder à *pior solução* só poderá ser reforçado pela constatação de que a parte não prejudicada poderia esperar que a parte prejudicada apresentasse uma proposta de modificação *imperfeita*, para que ficasse adstrita ao dever de cumprir o contrato, nos termos em que fora concluído. Cf. Jaap HIJMA, “The Role of the Court and of the Parties in Adapting the Contract to Unforeseen Circumstances”, *op. cit.*, p. 22 — dizendo que, “por princípio, deve preferir-se o *segundo melhor* (*second best*) ao *pior*”.

⁵⁹ Cf. Jaap HIJMA, “The Role of the Court and of the Parties in Adapting the Contract to Unforeseen Circumstances”, *op. cit.*, p. 22.

por uma modificação *menos radical*, essa, faz com que o tribunal opte pela *melhor solução*.

Entendendo-se, como deve entender-se, que há um “interesse na manutenção da relação contratual”, deverá concluir-se que o tribunal está autorizado a intervir em todos os casos em que alguma das partes peça uma modificação do contrato que não seja adequada ou que, ainda que adequada, não seja necessária⁶⁰.

A modificação ou a resolução do contrato, previstas no artigo 437º, do Código Civil “é afinal uma integração do contrato, tratando-se de preencher uma lacuna deste para uma situação não prevista”⁶¹ — e, como a modificação ou a resolução é afinal uma integração do contrato afectado ou perturbado pela alteração das circunstâncias, o pedido de modificação ou de resolução é, afinal, um pedido de integração de acordo com os critérios do artigo 239º e do artigo 437º do Código Civil.

O princípio do pedido — desde que compreendido de forma *flexível* ou mitigada — deverá dar ao juiz a competência para *interpretar* o pedido de uma modificação mais *drástica* ou mais *radical* deduzido pela parte prejudicada como compreendendo um *pedido subsidiário* de uma modificação *menos radical*.

Em segundo lugar, se a parte prejudicada deduzir um pedido de modificação e o juiz considerar que a modificação é impossível ou, ainda que não seja impossível, é inexigível à parte não prejudicada, não deverá convidar as partes a pronunciarem-se sobre a possibilidade de ser decretada a *resolução*.

A modificação é uma medida *menos drástica* ou *menos radical* e a resolução, uma medida *mais radical* — e o juiz não poderá interpretar como pedido de uma medida *menos drástica* como compreendendo uma medida *mais radical*.

Em todo o caso, ainda que pudesse interpretar o pedido de modificação, o juiz não poderia substituir-se à parte prejudicada no exercício do direito de resolução — a parte prejudicada deverá dispor da faculdade de

⁶⁰ Francesco MACARIO, “Le sopravvenienze”, *op. cit.*, p. 703.

⁶¹ Adriano Vaz SERRA, “[Anotação ao] acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Abril de 1978”, *op. cit.*, p. 349.

cumprir o contrato ou, desde que não lhe seja exigível o cumprimento, da faculdade de o resolver⁶².

7. Os meios de defesa da parte não prejudicada contra um pedido de resolução do contrato

Quando a parte prejudicada proponha uma acção constitutiva de resolução, o artigo 437º, nº 2, do Código Civil determina que a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato, ao dizer que, “[r]equerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior”.

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Março de 1999⁶³ sugere que a declaração da parte não prejudicada de que aceita a modificação do contrato deve qualificar-se como uma reconvenção e o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Maio de 1995⁶⁴ sugere que deva qualificar-se (só) como uma defesa por excepção ou (só) como uma defesa por impugnação.

O acórdão de 11 de Março de 1999 diz que “a parte lesada tem, em alternativa, o direito de resolver o contrato ou de seguir a sua modificação, segundo juízos de equidade”, e que “[a] parte contrária, através de pedido reconvenicional e nunca por excepção, pode impedir que a resolução tenha êxito, logo que declare aceitar a modificação do contrato de acordo com o critério de equidade — art. 437º, nº 2”.

O acórdão de 20 de Maio de 1995, esse, diz que “[o] pedido de alteração do contrato [se traduz] numa redução do pedido de resolução do mesmo”.

Ora, desde que o pedido de modificação se traduza, tão-só, numa redução do pedido de resolução, o exercício do contra-direito de modificação será, no máximo, um *instrumento* ou um *meio* de defesa que origina uma *questão* susceptível de conduzir à improcedência *parcial* do pedido e, no mínimo, um *instrumento* ou um *meio* de defesa que não origina nenhuma *questão* nova.

⁶² Cf. artigo 437º, nº 1, do Código Civil.

⁶³ Proferido no processo nº 99A158 e relatado pelo Conselheiro Torres Paulo.

⁶⁴ Proferido no processo nº 086692 e relatado pelo Conselheiro Figueiredo de Sousa.

Será, *no máximo*, um *instrumento* ou um *meio* de defesa que origina uma *questão* susceptível de conduzir à improcedência *parcial* do pedido.

O réu, a parte não prejudicada pela alteração das circunstâncias, alegará factos que, servindo de causa modificativa do direito invocado pelo autor, pela parte não prejudicada, determinam a improcedência parcial do pedido.

Será, *no mínimo*, um *meio* de defesa que não origina nenhuma *questão* nova.

O réu, a parte não prejudicada, negará que os factos alegados pelo autor, pela parte prejudicada, possam produzir o efeito jurídico pretendido.

Entendendo-se, como entendemos, que entre o direito de modificação e o direito de resolução há uma relação de *subsidiariedade*, com prioridade do direito de *modificação* sobre a *resolução*, estamos convencido de que a *defesa* prevista no artigo 437º, nº 2, do Código Civil é uma defesa *por impugnação*.

A parte prejudicada, ao invocar o direito de resolução, deverá alegar e provar uma de duas coisas: ou que a adaptação ou modificação não é possível, ou que a modificação, ainda que possível, não é exigível a alguma das partes⁶⁵.

Em todo o caso, deverá alegar ou provar que nenhuma das propostas ou das contra-propostas apresentadas pelas partes permita corrigir o desequilíbrio⁶⁶.

A parte não prejudicada, ao invocar o contra-direito de modificação do contrato, estará a negar os factos alegados pela parte prejudicada ou a negar que os factos alegados pelo autor possam produzir o efeito jurídico *resolução*.

Em consequência, entendemos que o artigo 437º, nº 2, é *desnecessário*.

Quando diz que “a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato”, está a dizer, tão-só, que a parte contrária, a parte não prejudicada, pode defender-se por impugnação⁶⁷ — está a dizer, tão-só, que a parte não prejudicada pode negar os factos alegados pelo autor ou a dizer que, ainda que não negue os factos alegados, a parte não prejudicada pode negar o efeito que o autor pretende que os factos alegados produzam.

⁶⁵ Cf. designadamente Martin SCHMIDT-KESSEL e Christian BALDUS, “Prozessuale Behandlung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach neuem Recht”, *op. cit.*, p. 2071.

⁶⁶ Cf. artigo 1213º da *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos* e artigo 526-5 da *Propuesta de Código Civil*.

⁶⁷ Cf. artigo 571º, nº 1, primeira parte, do Código de Processo Civil.

Entre os corolários da defesa, ainda que por impugnação, da parte prejudicada, o encargo ou ónus de apresentar os critérios que considera apropriados para a adaptação ou para a modificação do regulamento contratual, fundamentando-os e/ou justificando-os, e de determinar o *quadro geral* da modificação pretendida deslocar-se-á da parte prejudicada para a parte não prejudicada.

A diferença entre as duas estará sobretudo no seguinte: em relação à parte prejudicada, o *quadro geral* das cláusulas pretendidas resultará com alguma frequência da alegação e da prova dos requisitos do artigo 437º, nº 1; em relação à parte não prejudicada, não — a parte não prejudicada não tem o ónus da alegação ou da prova dos requisitos do artigo 437º, nº 1, do Código Civil.

Embora haja uma diferença, deverá relativizar-se: quando a impugnação seja *de facto*⁶⁸, quando a parte não prejudicada negue os factos alegados pelo autor, o problema reconduzir-se-á a uma questão de prova; quando a impugnação seja *de direito*⁶⁹, quando a parte não prejudicada negue que os factos alegados pelo autor produzam o efeito pretendido, pode dar-se uma de duas situações.

Ou bem que a parte não prejudicada alega que alguma das propostas ou das contra-propostas apresentadas durante a renegociação permite corrigir o desequilíbrio — e, ao alegá-lo, designa *indirectamente* o quadro geral da adaptação ou da modificação exigíveis. Ou bem que, não havendo propostas ou contra-propostas, a parte não prejudicada alega que a modificação do contrato ainda é possível e ainda é exigível a cada uma das partes — e, ao alegá-lo, designará *directa* ou só *indirectamente* a modificação exigível.

A parte não prejudicada, ao pôr em causa a aplicação da norma de direito feita pelo autor na petição inicial⁷⁰, irá *explícita* ou *implicitamente* designar o quadro geral das alternativas à *resolução* do contrato — logo, irá

⁶⁸ Expressão de José Lebre de FREITAS e Isabel ALEXANDRE, anotação ao artigo 571º, in *Código de Processo Civil anotado*, vol. II — *Artigos 362º-626º*, 3ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2018, pp. 556-560 (557).

⁶⁹ Expressão de José Lebre de FREITAS e Isabel ALEXANDRE, anotação ao artigo 571º, in *Código de Processo Civil anotado*, vol. II — *Artigos 362º-626º*, op. cit., p. 557.

⁷⁰ Expressão de José Lebre de FREITAS e Isabel ALEXANDRE, anotação ao artigo 571º, in *Código de Processo Civil anotado*, vol. II — *Artigos 362º-626º*, op. cit., p. 557.

designar quadro geral da *modificação* do *regulamento* ou da *regulamentação* posta a valer pelas partes.

Enquanto que o autor, enquanto que a parte prejudicada, deverá especificar aquilo que quer o réu, a parte não prejudicada deverá designar o *quadro geral* daquilo que aceita — deverá dizer algo sobre as prestações que cada uma das partes deva realizar, ou sobre as condições em que deva realizá-las.

8. Os poderes do juiz no quadro de uma ação constitutiva de resolução

Finalmente, deve perguntar-se se, no caso de o juiz entender que o pedido deva ser julgado improcedente, porque a modificação ainda é possível e ainda é exigível [às duas partes], *poderá decretar oficiosamente a modificação do contrato*.

Em França, o texto do artigo 1195 do Código Civil causa alguma controvérsia.

Chantepie & Latina⁷¹ e Mainguy⁷², p. ex., argumentam que o princípio dispositivo deve aplicar-se em todo o seu rigor: a competência para a escolha entre a modificação e a resolução deveria ser atribuída ou devolvida às partes — e, entre as duas, devolvida à parte prejudicada: “*il semble que les deux actions ne visant pas la même fin, le juge soit tenu par la demande du contractant*”⁷³.

Philippe Stoffel-Munck⁷⁴ e Bénédicte Fauvarque Cosson⁷⁵ contra-argumentam que o princípio dispositivo não deve aplicar-se em todo o seu rigor.

⁷¹ Gaël CHANTEPIE e Mathias LATINA, anotação ao artigo 1195, in *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, 2016, n° 530.

⁷² Daniel MAINGUY, anotação ao artigo 1195, in Daniel Mainguy (coord.), *Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (après l'ordonnance du 10 février 2016)*, Faculté de droit et science politique de l'Université de Montpellier, 2016, pp. 150-155 [154-155 (n° 185)] — ainda que com alguma reserva, como decorre da expressão *a priori* em “*le juge ne pouvant a priori statuer ultra petita*”.

⁷³ Expressão de Gaël CHANTEPIE e Mathias LATINA, anotação ao artigo 1195, in *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 530.

⁷⁴ Philippe MALAURIE et al., *Droit des obligations*, 8ª ed., Paris, LGDJ, 2016, p. 764.

⁷⁵ Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, “Does Review on the Ground of Imprévision Breach the Principle of the Binding Force of Contracts”, in John Cartwright e Simon Whittaker (eds.), *The Code Napoléon Rewritten. French Contract Law after the 2016 Reforms*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2017, pp. 187-206 (192).

Entre as razões por que o princípio dispositivo não se aplicaria, ou não deveria aplicar-se em todo o seu rigor estaria a de que o artigo 1195 dá ao juiz o poder de pôr termo ao contrato, “na data e nas condições que fixe”, e de que entre uma modificação e uma resolução com condições a diferença é escassa: “Se o juiz pôr termo ao contrato e atribui uma compensação significativa à parte prejudicada, não será isso uma forma de modificação do contrato, cujo fim consiste em reconstituir o equilíbrio inicial, perturbado pela alteração das circunstâncias?”⁷⁶.

Em Itália, o artigo 1467º, nº 3, do Código Civil é claro no sentido de haver uma relação de prioridade entre a modificação e a resolução — no sentido de que a parte prejudicada só pode propor uma acção deduzindo um pedido de resolução e no sentido de que a parte não prejudicada só pode opor-se ao pedido de resolução deduzindo um contra-pedido (reconvencional) de modificação do contrato.

Inspirando-se no artigo 1467º, nº 3, do Código Civil italiano, os comentadores do artigo 437º do Código Civil alegam que “o tribunal não pode [alterar] *oficiosamente* o pedido de resolução, substituindo-se [à parte não prejudicada] na opção pela modificação do contrato”⁷⁷.

Almeida Costa desenvolve o argumento, com a alegação de que “não compete ao tribunal [substituir-se] à contraparte, para trazer a debate a possibilidade de modificação do contrato”⁷⁸; concordando com Almeida Costa, Henrique Sousa Antunes diz que “[a] modificação [depende] de um pedido do interessado”⁷⁹ e Catarina Monteiro Pires, que a modificação depende do

⁷⁶ Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, “Does Review on the Ground of Imprévision Breach the Principle of the Binding Force of Contracts”, *op. cit.*, p. 192.

⁷⁷ Cf. Fernando Andrade Pires de LIMA e João de Matos Antunes VARELA (com a colaboração de Manuel Henrique MESQUITA), anotação ao artigo 437º, in *Código Civil anotado*, vol. I — *Artigos 1º a 761º*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, pp. 412-415 (415).

⁷⁸ Mário Júlio de Almeida COSTA, *Direito das obrigações*, 12ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2010, p. 348.

⁷⁹ Henrique Sousa ANTUNES, anotação ao artigo 437º, in Luís Carvalho Fernandes e José Carlos Brandão Proença (coords.), *Código Civil anotado*, vol. II — *Direito das obrigações. Das obrigações em geral*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2018, pp. 151-169 (159).

exercício, pela parte não prejudicada, da faculdade prevista no artigo 437º, nº 2, do Código Civil^{80,81}.

Excluída a *pressuposição* de que a relação entre a modificação e a resolução é uma relação de alternatividade, colocada na *disposição* das partes, da parte prejudicada ou da parte não prejudicada, pergunta-se: — deverá porventura o juiz condenar a parte prejudicada ao cumprimento, determinando que o regulamento contratual continue a valer nos termos iniciais ou originários, ou decretar uma resolução que não é adequada ou não é necessária?

Os princípios de direito material e de direito processual, incluindo o princípio do pedido, desde que *flexibilizado* ou *mitigado*, exigem que o tribunal se abstenha das duas soluções extremas — exigem que o tribunal se abstenha das duas soluções em substância, injustas — para procurar uma solução intermédia — para procurar uma solução adequada, necessária e, em substância, justa.

O problema da alteração das circunstâncias deve representar-se com um problema de integração do regulamento contratual ou, em todo o caso, como um problema relacionado com a integração do contrato (= do regulamento contratual); desde que estejam preenchidos os requisitos gerais de relevância da alteração das circunstâncias, cada um dos pedidos deduzidos pela parte prejudicada deverá construir-se, ou reconstruir-se, como um pedido de integração da lacuna do regulamento contratual; e desde que cada um dos pedidos deduzidos pela parte prejudicada seja construído, ou reconstruído, como um pedido de integração da lacuna do regulamento contratual, o tribunal deverá decidir de acordo com os critérios do artigo 239º do Código Civil. O pedido principal, *drástico*, de resolução contém quase sempre um pedido subsidiário, *menos drástico*, de modificação, “relacionado ainda com o pedido principal”.

Entre a resolução e a modificação há semelhanças, e as semelhanças são fortes.

⁸⁰ Catarina Monteiro PIRES, “Efeitos da alteração das circunstâncias”, *op. cit.*, p. 193 — falando da “negação da possibilidade de o juiz decretar oficiosamente a modificação do contrato, quando tenha sido pedida em juízo por uma das partes a resolução e a outra a tenha recusado, sem exercer a faculdade prevista no art. 437º, nº 2”.

⁸¹ Em termos algo distintos, dando a impressão de admitir a modificação do contrato, ainda que não seja pedida por nenhuma das partes, *vide*, p. ex., António Menezes CORDEIRO, anotação ao artigo 437º, *in* António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil comentado*, vol. II — *Das obrigações em geral*, *op. cit.*, p. 282: “A modificação ocorre quando as partes [o] solicitem ou quando a resolução seja impossível, dada a sua eficácia retroactiva” (sublinhado nosso).

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Maio de 1995⁸² afirma que o pedido de modificação corresponde a uma *redução* do pedido de resolução do contrato, e o acórdão do Supremo de 2 de Outubro de 2014⁸³ confirma-o, ainda que a propósito de um caso de erro sobre a base do negócio.

O Supremo Tribunal de Justiça começa por afirmar uma relação de semelhança da anulação parcial e da resolução parcial com a modificação de um contrato afectado ou perturbado pela *ausência* da base do negócio.

Entre os fundamentos da decisão está o de que, “tal como a *anulabilidade* do contrato não tem necessariamente de ser total, existindo na lei civil institutos (a *redução* e a *conversão* do contrato inválido) que permitem ainda compatibilizar a invalidade com a subsistência do negócio, amputado ou convertido, também o *efeito resolutivo/anulatório*, associado ao *erro vício acerca da base negocial*, não tem de operar necessariamente em relação a toda a disciplina convencionada pelas partes, destruindo irremediavelmente o negócio, podendo existir situações em que justificadamente tal erro não deva implicar a eliminação, pura e simples, do negócio, mas apenas a transformação ou modificação do seu conteúdo”.

Ora, “a *modificação do contrato* afectado por erro de uma das partes acerca da base negocial subjectiva representará uma *alteração ou conversão do conteúdo* do contrato, assumindo este um conteúdo qualitativamente diverso, em termos de — sem eliminar o próprio negócio jurídico celebrado no exercício da autonomia privada — se restabelecer o seu equilíbrio interno e funcionalidade próprias, afectadas pela falsa representação de circunstâncias envolventes, relevantes para a vontade de contratar e determinantes das cláusulas acordadas pelas partes”⁸⁴.

Face à relação de semelhança entre a modificação, a anulação e a resolução, a dissemelhança está sobretudo em que a resolução é uma *medida mais drástica, mais radical*, e em que a modificação é uma *medida menos radical*.

A modificação consiste numa *integração do regulamento contratual*, em que se acrescenta àquilo que foi convencionado ou estipulado uma cláusula

⁸² Proferido no processo nº 086692 e relatado pelo Conselheiro Figueiredo de Sousa.

⁸³ Proferido no processo nº 1060/11.4T2STC.E1.S1 e relatado pelo Conselheiro Lopes do Rego.

⁸⁴ Cf. acórdão do STJ de 2 de Outubro de 2014, proferido no processo nº 1060/11.4T2STC.E1.S1 e relatado pelo Conselheiro Lopes do Rego.

atributiva de um direito potestativo de modificação ou uma cláusula *modificativa*, a resolução consiste numa *integração do regulamento contratual*, em que se acrescenta àquilo que foi estipulado uma cláusula *atributiva de um direito potestativo de modificação* ou uma *cláusula resolutiva*. Enquanto que a modificação implica que a alteração das circunstâncias ponha em causa *algumas, e só algumas, das cláusulas do contrato*; a resolução implica que a alteração das circunstâncias ponha em causa *todas as cláusulas* — ponha em causa *todo o contrato*.

Entre a modificação e a resolução, ou entre duas modificações do contrato, haverá porventura algo mais que uma diferença *quantitativa*; embora, entre a modificação e a resolução, ou entre duas modificações do contrato, haja porventura algo mais que uma diferença *quantitativa*, a *flexibilização* ou *mitigação* do princípio do pedido, de quando em quando reconstruída como uma *flexibilização* ou como uma *mitigação em prol da efectividade do processo*⁸⁵, determina que o juiz deva *interpretar* o pedido formulado pelo autor, pela parte prejudicada, e que, em função de uma determinada *interpretação* do pedido, dirigir um *convite* ao autor para o seu *aperfeiçoamento* ou *correção*⁸⁶.

Em consonância com a compreensão *flexibilizada* do princípio do pedido, quando o autor deduza um *pedido de resolução* e o juiz considere que *o pedido de resolução deve ser julgado improcedente*, porque a modificação do contrato é possível e é exigível às duas partes, à parte prejudicada e à não prejudicada, o princípio do pedido deverá dar ao juiz a competência para *interpretar* o pedido de *resolução* como compreendendo um pedido subsidiário de *modificação*.

Interpretado o pedido de *resolução* como compreendendo um pedido subsidiário de *modificação* do contrato, o juiz deverá convidar o autor para que se pronuncie sobre a *interpretação*, “no sentido de se obter a maior utilidade ou conveniência do pedido (*Sachdienlichkeit*) e, portanto, a economia processual”⁸⁷.

⁸⁵ Cf. Luís Miguel Andrade MESQUITA, “A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo civil. [Anotação ao] acórdão da Relação do Porto de 8 de Julho de 2010”, *op. cit.*, p. 142.

⁸⁶ Cf. Luís Miguel Andrade MESQUITA, “A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo civil. [Anotação ao] acórdão da Relação do Porto de 8 de Julho de 2010”, *op. cit.*, p. 148.

⁸⁷ Luís Miguel Andrade MESQUITA, “A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo civil. [Anotação ao] acórdão da Relação do Porto de 8 de Julho de 2010”, *op. cit.*, p. 149.

Em primeiro lugar, deverá auscultar o autor, deverá auscultar a parte prejudicada, no sentido de tentar entender se a vontade desta aponta para aceitar a modificação do contrato afectado e, em segundo lugar, deverá auscultar o réu, a parte não prejudicada no sentido de tentar entender se quer ou não quer corrigir a defesa deduzida contra o pedido inicial ou originário de resolução.

Evitando uma *subversão* do direito material, deverá devolver-se ao juiz a competência para trazer a debate a possibilidade de uma modificação do contrato, de acordo com o artigo 437º, desde que a modificação seja consentânea com a finalidade do contrato e com o conjunto das circunstâncias atendíveis⁸⁸.

⁸⁸ Cf. Adriano Vaz SERRA, “[Anotação ao] acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Abril de 1978”, *op. cit.*, p. 348.

O RECURSO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA MULTICULTURAL DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

Patrícia Jerónimo*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.18>

1. Introdução

Como o título sugere, este capítulo pretende ser uma variação sobre o tema tratado por Benedita Mac Crorie no seu texto “O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, publicado, em 2004, nos *Estudos em Comemoração do Décimo Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*¹. A escolha deste mote para a homenagem a Benedita Mac Crorie – muito querida e saudosa colega e amiga – não é difícil de explicar. O princípio da dignidade da pessoa

* Professora Associada na Escola de Direito da Universidade do Minho. Endereço de correio eletrónico: ppmj@direito.uminho.pt.

¹ 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 Décimo Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 151-174.

humana ocupa um lugar importante no conjunto da obra que Benedita Mac Crorie nos deixou, tendo sido por ela discutido em numerosas publicações e encontros científicos, tanto sob a perspectiva das suas diferentes densificações jurisprudenciais, como da sua relevância para matérias específicas de direitos fundamentais, incluindo a admissibilidade de renúncia a estes direitos², a (i)legitimidade do Estado para defender as pessoas contra elas próprias³, os limites ao retrocesso na proteção dos direitos sociais⁴ e a regulação da procriação medicamente assistida⁵, por exemplo. A discussão do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos em geral juntou-nos em várias ocasiões ao longo dos anos, na docência, em obras coletivas e em painéis de encontros científicos. Mais recentemente, tivemos oportunidade de trabalhar juntas no projeto *Igualdade e Diferença Cultural na Prática Judicial Portuguesa: Desafios e Oportunidades na Edificação de uma Sociedade Inclusiva* (InclusiveCourts)⁶, no âmbito do qual Benedita Mac Crorie tratou, entre outras questões, da definição de dignidade da pessoa humana em sociedades plurais⁷.

Este capítulo é, em boa medida, uma forma de prolongar esta colaboração, retomando o tema tratado por Benedita Mac Crorie em 2004, a partir de um recorte culturalista da jurisprudência do Tribunal Constitucional (TC). Em linha com os objetivos do projeto InclusiveCourts, interessa-nos observar de que modo o TC responde a e/ou mobiliza argumentos culturais

² Considerem-se, entre outros, Benedita MAC CRORIE, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, Coimbra, Almedina, 2013; IDEM, “Renúncia (a) ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in Jorge Bacelar Gouveia (dir.), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 3º suplemento, Lisboa, Coimbra Editora, 2007, pp. 618-642.

³ Considere-se, por exemplo, Benedita MAC CRORIE, “O paternalismo estadual e a legitimidade da defesa da pessoa contra si própria”, 2012, disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/53898> [25.08.2022].

⁴ Considere-se, por exemplo, Benedita MAC CRORIE, “Os direitos sociais em crise?”, in Mário Ferreira Monte *et al.* (orgs.), *Estudos em Comemoração dos 20 Anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 115-126.

⁵ Considere-se, por exemplo, 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, FDUP, 2017, pp. 55-62.

⁶ Projeto financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia com a refª PTDC/DIR-OUT/28229/2017. Para mais informações sobre o projeto, consultar <https://inclusivecourts.pt/> [25.08.2022].

⁷ Benedita MAC CRORIE, “The definition of human dignity in plural societies”, comunicação apresentada no quadro do encontro anual da Law and Society Association que decorreu em Washington DC, entre 30 de maio e 2 de junho de 2019, inserida no painel intitulado *Dignity, Equality and Cultural Difference in the Practice of Domestic Courts in Europe*, em que também participámos (texto inédito, cópia cedida pela Autora).

na fundamentação das suas decisões. Ao mesmo tempo, atenta a importância do contexto cultural para a determinação do conceito de dignidade da pessoa humana⁸, interessa-nos aferir se e até que ponto a maior ou menor abertura do TC face a argumentos culturais se repercute na interpretação e no uso que este faz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nas páginas que se seguem, começaremos por esclarecer o que entendemos por *jurisprudência multicultural* e de que modo esta categoria pode ser recortada no acervo dos acórdãos do TC, explicitando os critérios adotados na seleção dos acórdãos relevantes. Os acórdãos selecionados serão depois divididos em quatro subcategorias – minorias étnico-raciais, religiões e objeção de consciência, estrangeiros, cultura e tradição⁹ – e apresentados de forma breve, atentando sobretudo à terminologia e ao uso de informação sociocultural. De entre os acórdãos assim selecionados e apresentados, deter-nos-emos, por último, naqueles em que o TC tenha recorrido ao princípio da dignidade da pessoa humana.

2. A jurisprudência multicultural do Tribunal Constitucional português

2.1. Significado da expressão *jurisprudência multicultural*

A expressão *jurisprudência multicultural* (*multicultural jurisprudence*) surgiu nos meios académicos anglo-saxónicos no quadro dos debates sobre multiculturalismo e políticas de imigração das décadas de 1980 e 1990, tendo começado por ser usada a respeito da chamada *culture defence*, isto é, do recurso a argumentos culturais como defesa em processo penal e dos desafios daí decorrentes para a prática dos tribunais¹⁰. Com o tempo, a questão da

⁸ Uma importância sublinhada por Benedita Mac Crorie: “Assumir a importância do contexto cultural no conceito da dignidade da pessoa humana não significa, no entanto, dizer que os contornos deste princípio são intangíveis ou imutáveis. O contexto cultural não é estático, estando em constante mutação, até porque, cada vez mais, este conceito se desenvolve através de um intercâmbio com outras culturas”. Cf. Benedita MAC CRORIE, “O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 167.

⁹ Para um inventário parcialmente coincidente, cf. 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*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 232-265.

¹⁰ Cf. William I. TORRY, “Multicultural jurisprudence and the culture defense”, *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 31, nº 44, 1999, pp. 127-161; Sylvia MATER, *Multicultural Jurisprudence: A Study of the Legal*

admissibilidade de informação cultural em juízo foi sendo alargada a outras jurisdições, como a família e o asilo, com o que a expressão *jurisprudência multicultural* passou a designar genericamente a prática dos tribunais em contextos pluriculturais.

Entendida nesta aceção abrangente, a *jurisprudência multicultural* cobre todos os processos judiciais em que exista “algum elemento de diferença face à norma definida pela cultura maioritária (e refletida no sistema jurídico estatal), o que pode resultar, alternativa ou cumulativamente, do facto de as partes processuais pertencerem a uma minoria étnico-racial, religiosa ou linguística, terem nacionalidade estrangeira, não falarem nem compreenderem a língua do processo, ou invocarem razões culturais para justificar comportamentos ou pretensões *sub judice*”¹¹. O mapeamento da *jurisprudência multicultural* dos tribunais estatais tem vindo a ocupar muitos académicos norte-americanos e europeus nas últimas décadas, em projetos gizados – à semelhança do InclusiveCourts – para produzir conhecimento sobre o papel que fatores culturais como a religião ou a pertença étnica assumem na prática judicial e sobre o modo como os tribunais lidam com a diversidade cultural ao aplicar a lei geral à solução de casos concretos. Subjacente está o entendimento de que a diversidade cultural que caracteriza as nossas sociedades – com a sua crescente visibilidade política e jurídica – traz ao Direito uma série de problemas novos e exige dos tribunais que estes repensem algumas das suas práticas e interpretem os quadros normativos existentes com novos olhos¹².

Tal como acontece com o termo *multiculturalismo*, a expressão *jurisprudência multicultural* pode ser usada com um sentido meramente descritivo ou assumir um carácter programático ou prescritivo. Pode designar a prática dos tribunais tal como ela é – observada a partir da análise do texto das decisões, do acompanhamento de audiências de julgamento e/ou da auscultação dos operadores judiciais –, mas também refletir o desiderato de que os tribunais

Recognition of Cultural Minority Rights in France and Germany, Los Angeles, University of Southern California, 2001; Marie-Claire FOLETS e Alison Dundes RENTELN (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford e Portland, Hart Publishing, 2009.

¹¹ Cf. Patrícia JERÓNIMO e Manuela Ivone CUNHA, “A jurisprudência multicultural dos tribunais portugueses”, in AAVV, *Multiculturalidade e Direito*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, Coleção Formação Contínua, 2022, p. 41.

¹² Cf. Roger BALLARD *et al.*, “Cultural diversity: Challenge and accommodation”, in Ralph Grillo *et al.* (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, reimpr., Farnham, Ashgate, 2011, pp. 10-11.

sejam “sensíveis à cultura”¹³, para assegurar o igual acesso à justiça por parte das minorias étnico-raciais, religiosas ou linguísticas, dos estrangeiros e apátridas e das pessoas racializadas. Ainda que subscrevamos este segundo entendimento de *jurisprudência multicultural*, será sobretudo num sentido descritivo que usaremos a expressão neste trabalho, já que o que nos propomos fazer é observar a prática do TC através da análise das suas decisões.

Quando aplicada à jurisprudência do TC português, a expressão *jurisprudência multicultural* designa, desde logo, os recursos de constitucionalidade interpostos em processos que envolvam membros de minorias étnicas ou religiosas ou pessoas estrangeiras e em que a pertença étnica, religiosa ou nacional seja invocada pelos sujeitos processuais ou considerada pelo TC de moto próprio. Mas não só. Também nos interessam os processos de fiscalização abstrata da constitucionalidade de normas que versem sobre matérias como o estatuto dos estrangeiros, o ensino da religião ou sobre temas “fraturantes” com refrações identitárias, como o aborto ou a procriação medicamente assistida, e os processos relativos a partidos políticos em que sejam feitas alegações de racismo. Porque nos interessa observar de que modo o TC responde a e/ou mobiliza argumentos culturais na fundamentação das suas decisões, entendemos serem subsumíveis à categoria *jurisprudência multicultural* para efeitos da análise a desenvolver neste trabalho os acórdãos em que ocorram referências à cultura maioritária. Ainda que, não raro, esta seja tomada como o neutro normal/não cultural, inclusive no conceito operativo de *jurisprudência multicultural* que enunciámos antes, a cultura maioritária também é cultura e importa observar em que termos esta é invocada, sobretudo, por comparação com o tratamento dispensado às “culturas outras”.

2.2. Critérios para a pesquisa no acervo de jurisprudência

Para a identificação dos acórdãos potencialmente relevantes para a nossa análise, utilizámos a base de dados de jurisprudência do sítio de internet do TC¹⁴, o que nos permitiu fazer uma pesquisa por descritores combinada com

¹³ Cf. Annette DEMERS, “Cultural competence and the legal profession: An annotated bibliography of materials published between 2000 and 2011”, *International Journal of Legal Information*, vol. 39, n.º 1, 2011, p. 25.

¹⁴ Disponível em <https://acordaosv22.tribunalconstitucional.pt/>. A pesquisa incidiu sobre os acórdãos publicados até 31 de julho de 2022. Não incluímos na análise as decisões sumárias proferidas ao abrigo do artigo 78.º-A da Lei

uma pesquisa por palavra-passe nos textos dos acórdãos. Começámos por usar os descritores diretamente relacionados com estrangeiros, minorias étnicas e liberdade de religião, mas, em linha com a abordagem abrangente explicada na secção anterior, usámos também descritores de algum modo relacionados com questões éticas e/ou identitárias ou em que o contexto sociocultural possa assumir importância. Do primeiro tipo, seleccionámos descritores como arguido estrangeiro, asilo político, autorização de residência, cidadania, cigano, cultura, direito à objecção de consciência, ensino da religião, estrangeiro, expulsão do território nacional, extradição, Igreja Católica e nomeação de intérprete. Do segundo tipo, seleccionámos descritores como bioética, costume, direito à identidade pessoal, ensino, ideologia fascista, reinserção social e tourada. Em complemento da pesquisa por descritores, fizemos também uma pesquisa por palavra-passe (*e.g.*, crença religiosa, etnia, identidade cultural, nacionalidade estrangeira, racismo, xenofobia) no texto dos acórdãos, o que nos permitiu sinalizar alguns acórdãos adicionais.

Na triagem das centenas de acórdãos sinalizados nesta primeira etapa da pesquisa, fizemos uma primeira leitura perfunctória de todos eles, para identificar o tipo de questão jurídica e o perfil das partes (nos recursos de constitucionalidade), combinada com uma pesquisa por palavra-chave no texto dos documentos mais extensos e de pertinência não imediatamente aparente. Isto permitiu-nos excluir os acórdãos sem interesse para a nossa análise, bem como os acórdãos pertinentes, mas de conteúdo meramente remissivo, de que são exemplo as várias dezenas de acórdãos que, em matéria de objecção de consciência, se limitam a remeter para o acórdão nº 681/95, de 5 de dezembro.

Apesar de termos usado uma rede de malha muito larga, admitimos que alguns acórdãos potencialmente relevantes tenham escapado ao crivo e ficado por sinalizar, sobretudo nos recursos de constitucionalidade, por a nacionalidade, a religião ou a pertença étnica das partes no processo não serem mencionadas no texto. Teria sido esse o caso, por exemplo, do acórdão nº 193/2016, de 4 de abril, se do seu texto não constasse a referência ao acórdão *Soares de Melo c. Portugal* do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

do Tribunal Constitucional, por o acervo reunido no sítio de internet do TC – em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decumarias/> – não permitir a pesquisa por descritor ou palavra-passe.

(TEDH), cuja leitura permitiu perceber tratar-se de um processo envolvendo uma cidadã cabo-verdiana de religião islâmica. Curiosamente, um acórdão em que o TEDH censura os tribunais portugueses por estes não terem tomado em devida consideração as diferenças culturais na apreciação do caso¹⁵.

Importa ainda esclarecer que, dos acórdãos do TC em que ocorram os termos *cultura*, *cultural* ou *culturais*, apenas consideramos subsumíveis à categoria *jurisprudência multicultural* aqueles em que estes termos sejam usados com o sentido de *identidade cultural* (*i.e.*, modos de vida, sistemas de valores, tradições, crenças) e não quando se refiram a *bens culturais* ou a *património cultural*. Ambos os sentidos cabem certamente na definição de *cultura*, mas não é de artes e letras, de património histórico e arquitetónico ou de direitos de autor que falamos quando discutimos o modo como os tribunais lidam com a diversidade cultural que caracteriza as nossas sociedades.

2.3. Acórdãos subsumíveis à categoria *jurisprudência multicultural*

2.3.1. Racismo e minorias étnico-raciais

Os recursos de constitucionalidade relevantes para esta subcategoria foram quase todos interpostos por pessoas de etnia cigana no quadro de processos-crime. A pertença étnica dos recorrentes/reclamantes é referida pelos próprios nas suas alegações, via de regra, para invocar a existência de tratamento discriminatório por parte dos tribunais judiciais. O TC só tomou conhecimento do pedido num dos casos sinalizados, já que, nos demais, entendeu não estarem reunidos os pressupostos da sua intervenção¹⁶. No acórdão nº 695/95, de 5 de dezembro, o TC julgou inconstitucionais as normas dos artigos 89º, nº 3, e 342º, nº 2, do Código de Processo Penal, por violação

¹⁵ Acórdão *Soares de Melo c. Portugal*, TEDH (4ª secção), queixa nº 72850/14, de 16 de fevereiro de 2016, § 118, disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-160938%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-160938%22]}) [28.08.2022].

¹⁶ Seja por a decisão recorrida não ser definitiva (acórdão nº 37/2020, de 16 de janeiro); seja por o recurso não versar sobre normas, mas sim sobre a decisão *a quo* enquanto tal (acórdãos nº 169/2005, de 31 de março, nº 281/2012, de 30 de maio, nº 462/2018, de 3 de outubro, e nº 209/2021, de 14 de abril); seja por a questão da inconstitucionalidade normativa não ter sido suscitada durante o processo (acórdãos nº 69/2003, de 12 de fevereiro, nº 593/2016, de 9 de novembro, e nº 209/2021, de 14 de abril); seja ainda por a norma arguida de inconstitucionalidade não ter constituído *ratio decidendi* da decisão impugnada (acórdãos nº 467/95, de 11 de julho, e nº 255/2004, de 14 de abril).

do princípio das garantias de defesa ínsito no artigo 32º da Constituição. O recorrente alegara também que a forma como a sua origem étnica fora considerada na decisão condenatória violara o artigo 13º da Constituição, mas, quando convidado pelo TC a indicar a norma de Direito ordinário que considerava violadora do artigo 13º, disse apenas que tinha havido “violação direta” do preceito, por este não autorizar leituras “desabonatórias do arguido pela sua inserção numa etnia”, o que levou o TC a concluir não estar perante uma questão de natureza normativa.

A única ocasião em que o TC se pronunciou diretamente sobre o eventual tratamento discriminatório de pessoas de etnia cigana foi o acórdão nº 452/89, de 28 de junho, em que procedeu à fiscalização abstrata sucessiva das normas do artigo 81º do Regulamento Geral do Serviço da Guarda Nacional Republicana, aprovado pela Portaria nº 722/85, de 25 de setembro. Um acórdão que é, ademais, interessante pelo uso que o TC fez de informação sociocultural. A fiscalização fora pedida pelo Procurador-Geral da República, para quem as normas em causa visavam fundamentalmente a “raça cigana”, como indiciado pela epígrafe “nómadas”, e instituíam uma diferenciação ilegítima, violadora do princípio da igualdade. O TC declarou a inconstitucionalidade da norma do artigo 81º, nº 2, na parte em que permitia buscas nos segmentos habitacionais dos grupos e caravanas (em trânsito ou estacionadas) de pessoas que habitualmente se deslocam de terra em terra fazendo comércio, participando em feiras ou desenvolvendo quaisquer outras atividades próprias de vida itinerante, sem as fazer depender, na ausência de consentimento dos interessados, de determinação da autoridade judicial competente, nem as limitar ao período diurno, por violação do disposto no artigo 34º, n.ºs 1, 2 e 3, da Constituição. Em contrapartida, não declarou a inconstitucionalidade das normas dos n.ºs 1, 2 (segmento sobranter) e 3 do artigo 81º, onde se estabelecia o dever de especial vigilância sobre grupos e caravanas de nómadas, observando-os nos seus movimentos com o fim de prevenir e reprimir a prática de atos delituosos, de tomar sempre nota da identidade dos principais chefes dos grupos e de dar conhecimento ao comandante do posto da área para onde se dirigissem, sempre que as caravanas ou grupos iniciassem novo deslocamento e se conhecesse o seu destino. Em sustento desta segunda parte da decisão, o TC cotejou o Regulamento com o seu antecessor, de 1920, que fora declarado inconstitucional pelo Conselho

da Revolução (resolução nº 179/80), por infração ao disposto no artigo 13º da Constituição, e concluiu que a referência a *nómadas* no Regulamento de 1985 não podia ter-se por “perfeitamente equivalente” à referência a *ciganos* constante do Regulamento de 1920¹⁷, pelo que não podia entender-se que as normas controvertidas conferissem um “especial estatuto discriminatório a determinado grupo de cidadãos, única e exclusivamente em função da raça”. Segundo o TC, a especial vigilância era motivada pelo nomadismo e não pela raça dos vigiados, conclusão que saía “reforçada pelo facto de inexistir, na nossa ordem jurídica, norma que imponha a qualquer corpo policial o dever de especial vigilância sobre ciganos com residência permanente, os quais, hoje, já não serão, na nossa sociedade, em número tão limitado como há décadas”. Assim sendo, o TC entendeu que as normas controvertidas se destinavam apenas a “proteger, em termos de adequação e proporcionalidade, a sociedade das situações de perigosidade criminal que os *nómadas* por onde passam, e em maior ou menor grau, quase sempre suscitam”¹⁸, pelo que se inscreviam num campo de diferenciações constitucionalmente válidas.

¹⁷ Depois de definir *nómadas* como “pessoas cujo estilo de vida se caracteriza por uma constante mobilidade de residência, imposta pela premente necessidade de obter e assegurar meios de subsistência”, e de distinguir dentro desta categoria global diferentes subcategorias (caçadores-recolectores, pastores, agricultores itinerantes, comerciantes) e classes de *nómadas*, o TC observa que, em Portugal, “os ciganos que recusaram a sedentarização têm vindo, tradicionalmente, a preencher apenas uma dessas subcategorias, a dos *nómadas* comerciantes. Mais: no nosso País, tal subcategoria é preenchida quase exclusivamente por ciganos, sendo, ao que tudo indica, em número muito reduzido os não-ciganos que igualmente a integrarão”. O TC nota, por outro lado, que as subcategorias de *nómadas* que participam em feiras no campo das diversões e dos que desenvolvem outras atividades próprias da vida itinerante só excecionalmente são representadas por ciganos. O Conselheiro Vital Moreira distanciou-se do posicionamento da maioria, observando, na sua declaração de voto, que, “em Portugal, quem diz grupos *nómadas* diz essencialmente ciganos” e que a referência feita no artigo 81º, nº 2, aos “principais chefes dos grupos” indicava de forma inequívoca que os grupos *nómadas* especialmente (se não exclusivamente) visados eram as comunidades ciganas, já que as estruturas de hierarquia e chefia comunitária próprias destas comunidades não têm qualquer correspondência nas restantes categorias de *nómadas*.

¹⁸ Como se isto não bastasse, o TC ainda acrescentou que o legislador ordinário dispunha de uma área de discricionariedade na atuação normativa do princípio da igualdade “atentas as especificidades do estilo de vida dos *nómadas* (por via da sensação de impunidade que a ausência de residência permanente e o desconhecimento da sua identidade lhes proporciona, particularmente propensos a ‘resolver’ na área criminal as suas crises económicas)” (aspas no original). Na sua declaração de voto, o Conselheiro Vital Moreira notou que a “ideia preconcebida (culturalmente ainda enraizada) de que os ciganos, sobretudo quando *nómadas*, são delinquentes potenciais, por atavismo rácico ou idiossincrasia étnica” – e a discriminação em função do modo de vida errante dos ciganos que lhe anda associada – não tem fundamento material razoável, “já que assenta tão-só num juízo de suspeição dirigido a certos grupos de pessoas pelo facto de viverem segundo determinados usos e costumes que lhes são próprios – em termos de tradições étnicas e culturais – e que merecem ser havidos como legítimos numa sociedade aberta ao pluralismo de concepções e práticas de vida, em que aqueles usos e costumes, ainda que socialmente heterodoxos, não são todavia censuráveis como comportamentos ‘desviantes’ e muito menos podem ter-se por ilícitos ou, sequer, apenas como penalmente ‘tolerados’” (aspas no original).

No campo dos processos relativos a partidos políticos, há a referir os acórdãos nº 369/2009, de 13 de julho, e nº 396/2021, de 7 de junho. No primeiro, o TC indeferiu o pedido de inscrição do “Partido da Liberdade”, com fundamento na desconformidade constitucional e legal de várias disposições do projeto de Estatutos do partido, mas desvalorizou os aspetos que, no Programa Político do partido, apontavam para um ideário racista, como o peso a conferir à etnia na atribuição da nacionalidade e o propósito de exigir aos estrangeiros que quisessem exercer qualquer atividade em Portugal “a aceitação dos nossos usos e costumes e o respeito pelas nossas tradições e religião”. Fazendo uma leitura rígida dos conceitos *raça* e *etnia*¹⁹, o TC entendeu que o partido apenas visava definir aquilo que é “eticamente identificativo do Povo português”, com base em fatores “sobretudo de ordem cultural”, e que o Programa Político não fazia “apelo a características físicas, muito menos se lhe atribuindo um significado justificativo da concessão ou exclusão de direitos, como é timbre de posições de índole racista”. Sobre a importância atribuída à etnia para o estabelecimento do “vínculo com a Pátria”, o TC admitiu que a proposta do partido conduziria a “condições de aquisição da nacionalidade portuguesa algo restritivas”, mas considerou que esta não poderia ser “confundida com a defesa de discriminação ou opressão raciais”.

No acórdão nº 396/2021, o TC pronunciou-se sobre o processo disciplinar instaurado contra um militante do Partido Socialista, por este ter proferido declarações na rede social Twitter “eivadas de um preconceito rácico e misógino”, no termo do qual havia sido aplicada a sanção de suspensão de eleger e ser eleito pelo período de dois anos. Nas suas alegações de recurso perante o TC, o militante afirmou não ter tido qualquer intenção “racista, xenófoba ou ciganófoba” e imputou um conjunto de vícios ao procedimento disciplinar e à decisão impugnada. O TC concedeu provimento ao pedido, anulando a decisão impugnada, com fundamento na violação das garantias de defesa por omissão de diligências probatórias. O Conselheiro João Caupers emitiu, no entanto, uma declaração de voto em que manifestou o seu repúdio

¹⁹ Em que o primeiro assenta em características fenotípicas e o segundo em características culturais. Apesar de adotar um enunciado cauteloso, o TC acaba por fazer uma leitura redutora do significado das referências a *etnia* no Programa Político do Partido da Liberdade, parecendo ignorar as formas culturalistas do “racismo sem raças”, que tão populares têm sido de há algumas décadas a esta parte e que tão claramente se entreveem neste Programa Político. Sobre o “racismo cultural”, cf., por exemplo, Jorge VALA, *Racismo, Hoje: Portugal em Contexto Europeu*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2021, pp. 95-105.

pelo comportamento do militante, por entender que, ao procurar humilhar e achincalhar a visada apelidando-a de cigana, aquele dera mostras de “evidente e chocante racismo”.

Em matéria de organizações de ideologia fascista, há a referir o acórdão nº 17/94, de 18 de janeiro. Em causa estava o Movimento de Acção Nacional (M.A.N.), que, entre outras coisas, se assumia como “racialista” (*i.e.*, contrário à coexistência de várias raças no mesmo espaço territorial e à miscigenação), usava como *slogan* “Portugal aos portugueses” e defendia o repatriamento dos “negros, indianos e outros de origem não europeia”. O Procurador-Geral da República havia requerido a declaração de extinção da organização ao abrigo do artigo 46º, nº 4, da Constituição e dos artigos 1º e 8º da Lei nº 64/78, de 6 de outubro. O TC mostrou-se hesitante quanto à qualificação do M.A.N. como “organização de ideologia fascista”, pela dificuldade de determinar com precisão o conceito de *ideologia fascista*, mau grado (e, em boa medida, por causa d’) a definição oferecida pelo artigo 3º da Lei nº 64/78. Admitiu que, no M.A.N., ocorriam algumas características que se aproximavam ou mesmo correspondiam a notas ou índices a que se faz apelo neste artigo 3º – nomeadamente, o facto de o M.A.N. e os seus militantes professarem o culto da pureza da raça e divulgarem esta conceção em termos “indiscutivelmente susceptíveis de provocar sentimentos de xenofobia e ódio racial” –, mas não excluiu que se pudesse questionar se tais características assumiam consistência bastante para qualificar o Movimento como organização de ideologia fascista, tendo em conta que não ficara provado o seu carácter violento. Depois destas hesitações, o TC acabou por concluir não ser necessário responder à questão, atenta a circunstância de o Movimento ter sido, entretanto, dissolvido. O TC notou, em todo o caso, que o alcance tutelar, preventivo e pedagógico da Lei nº 64/78 não perdera atualidade, atento o “renovado surto de xenofobia e racismo, associados à violência, veiculado por grupos em geral catalogados como de extrema-direita, a que se vem assistindo no espaço europeu, e a cuja propagação ou reflexo Portugal não poderá considerar-se imune”.

2.3.2. Religiões e objeção de consciência

Em matéria de religião e objeção de consciência, importa distinguir os acórdãos que versam sobre minorias religiosas (adventistas do sétimo dia,

testemunhas de Jeová) daqueles em que está em causa a religião majoritária, seja porque se discutem valores caros ao catolicismo ou o próprio estatuto da Igreja Católica.

Do primeiro tipo, os mais relevantes são os acórdãos nº 544/2014 e nº 545/2014, ambos de 15 de julho, prolatados no quadro de recursos de constitucionalidade interpostos por recorrentes identificadas como membros da Igreja Adventista do Sétimo Dia contra decisões do Tribunal da Relação de Lisboa e do Supremo Tribunal Administrativo que haviam feito uma interpretação restritiva do artigo 14º, nº 1, alíneas *a*) e *c*), da Lei da Liberdade Religiosa (Lei nº 16/2001, de 22 de junho), nos termos da qual o trabalho prestado em regime de turnos não integraria o conceito de “trabalho em regime de flexibilidade de horário” para efeitos de dispensa do trabalho, de aulas e de provas por motivo religioso²⁰. As recorrentes haviam invocado a liberdade de religião e de culto protegida pelo artigo 41º da Constituição e manifestada no exercício do direito de guarda desde o pôr do sol de sexta-feira até ao pôr do sol de sábado. O TC concedeu provimento a ambos os recursos, decidindo interpretar as normas do artigo 14º, nº 1, alíneas *a*) e *c*), da Lei da Liberdade Religiosa, no sentido de que incluem também o trabalho prestado em regime de turnos. Em apoio desta interpretação, o TC sublinhou a dimensão positiva da liberdade de religião, notando que o Estado tem, não apenas um dever de não ingerência, mas também um dever de atuar para remover obstáculos e criar condições mais favoráveis ao exercício das liberdades protegidas pelo artigo 41º. Assim sendo, interpretar o artigo 14º, nº 1, da Lei da Liberdade Religiosa – precisamente, uma concretização da liberdade de religião na sua dimensão positiva – em termos de tal modo restritivos que conduzissem a uma sua aplicação meramente residual e sem qualquer efeito prático minimamente relevante levaria a concluir pela inconstitucionalidade da norma, por esta não salvaguardar em termos razoáveis o próprio princípio da liberdade religiosa. Dignas de nota para o presente estudo são ainda as referências explícitas que encontramos no acórdão nº 544/2014 à proteção

²⁰ No primeiro caso, tratava-se de uma trabalhadora que fora despedida por se recusar a cumprir o horário integral às sextas-feiras, quando o seu turno terminava às 24h00, e a prestar trabalho suplementar ao sábado quando solicitado pela entidade empregadora. No segundo caso, tratava-se de uma magistrada do Ministério Público que vira indeferido o seu pedido de dispensa da realização dos turnos de serviço urgente que coincidissem com os dias de sábado.

das minorias religiosas e à ideia de “acomodação da liberdade religiosa numa comunidade plural”.

Em matéria de objecção de consciência, a maioria dos acórdãos relevantes versa sobre a aquisição do estatuto de objetor perante o serviço militar obrigatório por parte de testemunhas de Jeová. Entre estes, avultam os acórdãos nº 65/91, de 9 de abril, e nº 681/95, de 5 de dezembro.

No acórdão nº 65/91, o TC pronunciou-se sobre o artigo 24º, nº 4, alínea c), da Lei nº 6/85, de 4 de maio, que o juiz *a quo* havia considerado inconstitucional por, em seu entender, obrigar o tribunal a pronunciar-se sobre se determinada doutrina era ou não contrária ao uso de meios violentos e conduzir a uma classificação das doutrinas religiosas em boas ou más, de que resultaria “a existência de cidadãos beneficiados (ou prejudicados) em razão da religião”²¹. O TC concluiu pela não inconstitucionalidade da norma, por entender que dela não podia ser feita a interpretação pretendida pelo juiz *a quo* – “não está em causa (nem poderia estar) a formulação de qualquer juízo sobre a doutrina religiosa em si, isto é, sobre o seu merecimento, mas apenas a verificação do corpo doutrinário da confissão invocada”. O TC sublinhou que a isenção da prestação do serviço militar obrigatório se justificava, não por razões de privilégio, mas sim por incompatibilidade séria entre as atividades castrenses e as convicções do objetor, o que era confirmado pela “possibilidade de substituir aquele serviço por um outro, de interesse público, mais adequado às suas convicções pessoais”, e pela equivalência de encargos entre o serviço militar e o serviço cívico alternativo. Apesar de situar a questão “no âmbito de uma liberdade fundamental”, o TC não deixou, no entanto, de se referir ao exercício desta liberdade como “um certo comportamento ‘desviante’ do regime-regra, não obstante legítimo (e de natureza muito discutida)”, reconhecendo ser “natural que se pondere acauteladamente quanto à harmonização entre os interesses da comunidade [e] o espaço de liberdade (de consciência) reconhecido ao objetor por razões inicialmente estranhas ao Direito mas, afinal, por este tomadas em consideração”.

²¹ O tribunal *a quo* havia denegado a concessão do estatuto de objetor de consciência depois de, num primeiro momento, ter indeferido liminarmente o pedido, por entender não estarem “alegados factos demonstrativos da coerência e do comportamento do autor com o facto de pertencer a uma seita religiosa que nem tão pouco se sabe se defende o pacifismo a um nível tal de concepção que proíba em todas as circunstâncias a utilização de meios violentos contra o seu semelhante”. O requerente havia invocado, entre outros argumentos, o facto de, desde criança, sempre se ter sentido atraído pelas ideias religiosas da sua mãe, que era testemunha de Jeová, e de ter “aderido a essa fé”.

No acórdão nº 681/95, o TC pronunciou-se sobre a norma do artigo 18º, nº 3, alínea *d*), da Lei nº 7/92, de 12 de maio, que exigia que a declaração de objeção de consciência contivesse a declaração expressa da disponibilidade do declarante para cumprir o serviço cívico alternativo, sob pena de indeferimento liminar. O recorrente alegara que a declaração de disponibilidade se traduzia numa “‘restrição’ não consentida pelo texto constitucional”. Fixando jurisprudência que foi posteriormente reiterada em dezenas de acórdãos, o TC rejeitou que se tratasse de uma restrição do direito à objeção de consciência e concluiu pela não inconstitucionalidade da norma, notando, entre outros aspetos, que o dever de prestar serviço cívico resultava da própria Constituição e que a exoneração do dever de cumprimento do serviço cívico – *i.e.* reconhecimento do estatuto a quem fosse objetor total – envolveria ofensa ao princípio da igualdade de encargos dos cidadãos perante a coletividade. Segundo o TC, a exigência de uma declaração expressa de aceitação do serviço cívico não constituía um dever suplementar na esfera jurídica do declarante, já que a aceitação deste serviço podia ter-se como implícita no simples pedido de atribuição do estatuto²².

Diferente é o peso atribuído às razões de consciência no acórdão nº 75/2010, de 23 de fevereiro, para o que não será indiferente o facto de, neste caso, estarem sobretudo em causa as consciências dos católicos. Entre as normas sindicadas estava o artigo 6º, nº 2, da Lei nº 16/2007, de 17 de abril, segundo o qual os médicos e demais profissionais de saúde que invoquem objeção de consciência relativamente a qualquer dos atos respeitantes à interrupção voluntária da gravidez não podem participar na consulta destinada a facultar à mulher grávida o acesso à informação relevante para a formação da sua decisão livre, consciente e responsável, nem no acompanhamento da mulher grávida durante o período de reflexão. O grupo de deputados

²² Na sua declaração de voto, o Conselheiro José de Sousa e Brito explicou os imperativos religiosos que levam as testemunhas de Jeová a serem objetores totais, contextualizando esta posição por referência à história das ideias e a outras confissões religiosas. Pronunciando-se no sentido da inconstitucionalidade da norma, por esta representar uma negação do estatuto de objetor de consciência ao serviço militar, Sousa e Brito notou que o reconhecimento do direito à objeção era feito em função do carácter fundamental desta (o seu nexó com a integridade moral da pessoa) e não em função dos fundamentos invocados para a objeção, pelo que a opinião vencedora andara mal ao distinguir entre bons e maus objetores, contra o espírito do direito à objeção de consciência como este se desenvolveu historicamente. José de Sousa e Brito reconheceu que a pura dispensa das testemunhas de Jeová do serviço cívico, recomendada pelo Conselho da Europa, seria inconstitucional à luz do artigo 276º, nº 4, da Constituição, mas defendeu que o facto de se saber que as testemunhas de Jeová são objetores totais não podia impedir que fossem reconhecidos como objetores ao serviço militar.

à Assembleia da República que apresentou o pedido de fiscalização alegou que este preceito lesava a dignidade dos médicos ao discriminar os médicos objetores, “mais próximos da principiologia do artigo 24º da Constituição”. O TC decidiu não declarar a inconstitucionalidade da norma, por entender que o artigo 6º, nº 2, “não corporiza uma diferenciação ‘negativa’, no sentido de revelar uma desqualificação da aptidão funcional desses médicos ou uma suspeição quanto à sua idoneidade profissional”. Para o que nos interessa, cumpre referir que o TC sublinhou a generosidade com que o legislador aceita a recusa de participação, por objeção de consciência, na execução do ato de interrupção de gravidez, notando não ser comum que a eficácia da objeção fique apenas dependente de declaração do interessado, mas acrescentou que não poderia ser de outro modo, “tendo em conta a força jurídica da garantia constitucional de liberdade de consciência”.

A importância das razões de consciência foi também sublinhada no acórdão nº 275/2009, de 27 de maio, em que o TC se pronunciou pela inconstitucionalidade orgânica de norma extraída da conjugação de disposições do Código Penal e do Código da Estrada segundo a qual constituía crime de desobediência a recusa injustificada a ser-se submetido a colheita de sangue para análise, nos casos em que, para apurar a taxa de alcoolemia do condutor, não fosse possível a realização de prova por pesquisa no ar expirado. Vale a pena notar que não partiu do arguido/recorrido a alegação de razões de consciência para a recusa do exame de sangue, tendo sido o TC a observar, de moto próprio, a “notória preocupação do legislador em salvaguardar o direito à integridade física e, eventualmente, moral, em casos de recusa fundada em razões religiosas ou filosóficas”, e a concluir que a norma controvertida viera agravar a responsabilidade criminal dos condutores que recusem sujeitar-se à colheita de sangue, “muitas vezes, admite-se, por razões plenamente justificadas e até protegidas pela Lei Fundamental (direito à integridade física e moral, direito à intimidade privada, direito à objeção de consciência)”. Acórdãos subsequentes pronunciaram-se em sentido contrário²³, tendo sido o juízo de não inconstitucionalidade que prevaleceu. No acórdão nº 647/2011, de 21 de dezembro, um dos poucos deste tipo em que a recusa da colheita de sangue é explicitamente justificada pela pertença religiosa do arguido/reclamante

²³ Por exemplo, os acórdãos nº 485/10, de 9 de dezembro, e nº 397/2011, de 22 de setembro.

(testemunha de Jeová)²⁴, o TC confirmou a decisão sumária que, remetendo para a linha de jurisprudência prevalecente, julgara não inconstitucional a norma controvertida. A decisão sumária não apreciara a eventual violação do artigo 41º da Constituição e o acórdão também não a apreciou, notando que os factos alegados como justificativos da recusa da recolha de sangue para análise e a sua relevância jurídica constituíam matéria que ainda não tinha sido alvo de apreciação pelo tribunal *a quo* e que estava, nessa específica dimensão casuística, subtraída à sindicância do TC.

Quanto ao segundo tipo de acórdãos, *i.e.*, aqueles em que o TC analisa o estatuto especial da Igreja Católica e/ou reflete a adesão a valores caros à mundividência cristã (católica), importa referir, por um lado, as pronúncias sobre o ensino da Religião e Moral Católicas nas escolas públicas e, por outro lado, as pronúncias sobre questões ditas “fraturantes”, como o aborto, a colheita de órgãos ou tecidos em cadáveres, a morte medicamente assistida e o direito à autodeterminação da identidade de género.

No acórdão nº 423/87, de 27 de outubro, o TC reconheceu existirem em Portugal outras confissões religiosas, “algumas mesmo com muitos milhares de crentes”, mas entendeu que os benefícios e as vantagens concedidos à Igreja Católica pelo Decreto-Lei nº 323/83, de 5 de julho, se justificavam atenta a realidade sociológica do país e os compromissos internacionais assumidos pelo Estado português²⁵. O TC não teve qualquer pejo em invocar a cultura do país, referindo-se ao sistema concordatário como um facto jurídico, cultural e social irrecusável e sustentando que “a separação e a não confessionalidade implicam a *neutralidade* religiosa do Estado, mas não já o seu desconhecimento do facto religioso enquanto facto social”. Segundo o

²⁴ O único outro acórdão nestas circunstâncias, também envolvendo arguido identificado como testemunha de Jeová, é o nº 623/2013, de 26 de setembro, em que TC decidiu não conhecer do objeto do recurso, por este não ter uma dimensão normativa e por a questão de constitucionalidade não ter sido suscitada de forma processualmente adequada. Segundo o TC, o recorrente limitara-se a tecer considerações genéricas sobre a liberdade religiosa e as referências feitas no acórdão recorrido “ao culto religioso do recorrente e à meramente hipotética situação de perigo para a vida dos que professam aquele culto [havião sido] feitas a título especulativo e apenas ‘*ad latere*’, sem que se apresent[ass]em como determinantes da decisão então proferida” (interpolação nossa, aspas e itálico no original).

²⁵ O estatuto privilegiado da Igreja Católica em matéria de ensino suscitara já uma pronúncia do TC no acórdão nº 92/84, de 31 de julho. O pedido de fiscalização da constitucionalidade fora feito pelo Presidente da Assembleia da República, que questionara se o Despacho do Ministro da Educação nº 95/ME/83, de 4 de outubro, ao estabelecer uma equiparação ao ensino oficial do ensino preparatório e secundário ministrado nos seminários menores católicos, não ofenderia os artigos 13º e 41º da Constituição. O TC dispensou-se de apreciar a eventual inconstitucionalidade material do Despacho, por ter concluído que este, tendo invadido a área da competência exclusiva da Assembleia da República, padecia de inconstitucionalidade orgânica.

TC, nada obstava a que a disciplina de Religião e Moral Católicas fizesse parte do currículo escolar normal nas escolas públicas, nem a que os professores da disciplina fizessem parte do corpo docente dos estabelecimentos de ensino público, ainda que fossem contratados ou nomeados mediante proposta da autoridade eclesiástica competente. Apenas a exigência de declaração expressa por parte daqueles que não desejassem receber o ensino da Religião e Moral Católicas, constante do artigo 2º do Decreto-Lei nº 323/83, foi considerada incompatível com a Constituição, por colidir com o princípio da liberdade religiosa, na sua vertente de “direito de guardar reserva pessoal sobre [a] escolha [de confissão ou de recusa de qualquer confissão], mantendo-a indevassável no foro íntimo”²⁶. Esta decisão dividiu o TC, tendo sido adotada pelo coletivo de dez juízes com nove votos de vencido parciais²⁷.

No acórdão nº 174/93, de 17 de fevereiro, em que se pronunciou sobre normas de duas Portarias adotadas para dar cumprimento ao estatuído no Decreto-Lei nº 323/83, o TC voltou a mostrar-se sensível à informação cultural, que convocou para justificar o dever do Estado de proporcionar o ensino religioso na escola pública e para legitimar o “tratamento diversificado” de que a Igreja Católica beneficia neste domínio. O TC observou que o “Estado não pode fechar os olhos à dimensão social do fenómeno religioso”, uma vez que os crentes são simultaneamente cidadãos cujas necessidades religiosas cabe ao Estado garantir. Estas necessidades incluem, segundo o TC, a possibilidade de os crentes regularem as relações sociais de acordo com a sua visão da vida e em conformidade com a escala de valores que para eles resulta da fé professada²⁸. À semelhança do que se verifica no acórdão nº 423/87, o TC

²⁶ Mais recentemente, com o acórdão nº 578/2014, de 28 de agosto, o TC teve oportunidade de reiterar esta posição, ao pronunciar-se pela inconstitucionalidade da norma contida no artigo 9º, nº 1, *in fine*, do Decreto enviado ao Representante da República para a Região Autónoma da Madeira para assinatura como Decreto Legislativo Regional, onde se determinava que os encarregados de educação que pretendessem que os seus educandos não frequentassem atividades educativas de natureza moral e religiosa teriam de manifestar essa vontade negativa.

²⁷ Destes, vale a pena referir o voto do Conselheiro Luís Nunes de Almeida, que considerou não ser legítimo usar a regra da maioria (*i.e.*, o facto de a maioria da população portuguesa professar a religião católica) para sustentar a inexistência de uma violação do princípio da igualdade, já que este princípio visa salvaguardar “aquelas situações de desfavor que, em regra afectam as minorias”.

²⁸ Numa aparente equivalência entre *religião e cultura*, o TC afirma que “qualquer forma de *dirigismo cultural* fere o bem comum e mina os alicerces do Estado de direito” e que o Estado não pode impor aos cidadãos “quaisquer formas de concepção do homem, do mundo e da vida”. É interessante que o TC vá ao ponto de fazer uma concessão deste tipo, sobretudo se tivermos presentes os alarmes sociais suscitados em vários Estados europeus face à possibilidade de os muçulmanos regularem as suas relações sociais de acordo com a cosmovisão e a escala de valores

alude às “diversas confissões religiosas que, para além da Igreja Católica, se encontram implantadas em Portugal”, mas parece desvalorizar a diversidade religiosa presente na sociedade portuguesa, já que a oposição teórica que usa para discutir os princípios da separação e da não confessionalidade continua a ser a que opõe o catolicismo e o ateísmo. Retomando muitos dos argumentos aduzidos no acórdão nº 423/87, o TC concluiu pela não inconstitucionalidade de qualquer das normas sindicadas, apesar de estas incluírem a possibilidade de a disciplina de Religião e Moral Católicas ser lecionada pelo professor da turma e de preverem, para esta hipótese, que os alunos que não frequentassem a disciplina deveriam ser distribuídos em grupos por outras turmas, ou, se tal não fosse possível, deveriam ser ocupados pelos pais, encarregados de educação ou outros elementos da comunidade²⁹.

O ascendente da Igreja Católica é também visível no acórdão nº 25/84, de 19 de março, em que o TC apreciou preventivamente a constitucionalidade de normas relativas à exclusão da ilicitude em alguns casos de interrupção voluntária da gravidez. Tanto o acórdão como as declarações de voto referem os ensinamentos da Igreja Católica e a “tradição cultural imperante no País”. O TC decidiu não se pronunciar pela inconstitucionalidade das normas controvertidas, em nome de uma interpretação da lei conforme à Constituição, mas o relator fez questão de deixar registado que era com ressalva das suas “convicções morais, filosóficas e religiosas”. Apesar de entender que a vida humana intrauterina está abrangida pelo artigo 24º da Constituição, o TC rejeitou que daí resultasse uma imposição de tutela por via penal. Para “tranquilizar tanto quanto possível as consciências que se guiam na vida por motivos éticos e religiosos”, o TC sublinhou, em todo o caso, que o aborto

islâmica. Cf. e.g. Maleiha MALIK, *Minority Legal Orders in the UK: Minorities, Pluralism and the Law*, Londres, The British Academy, 2012.

²⁹ Na votação desta decisão, o TC voltou a dividir-se, ainda que de forma menos “impressiva” do que a verificada para o acórdão nº 423/87, com seis dos treze juízes que compunham o coletivo a votar vencido. Na sua declaração de voto, o Conselheiro José de Sousa e Brito recordou a “complexa evolução histórica da civilização cristã ocidental e da sociedade portuguesa em particular” e o entendimento daí resultante do princípio da separação como um “direito do homem”, i.e., enquanto elemento da liberdade de religião, notando *inter alia* que o “regime jurisdicionalista” estabelecido pela Concordata de 1940 deixara de ser conforme à doutrina da Igreja Católica a partir de 7 de dezembro de 1965, data da promulgação por Paulo VI da declaração *Dignitatis humanae*, e que “todas as disposições da Concordata de 1940 que estabelecem privilégios da Igreja Católica ou direitos *in sacra* do Estado [haviām sido] revogadas pela Constituição”.

não ficava desprovido de sanção e que se mantinha a sua “reprovação social, tão importante ao seu fim pedagógico ou corretivo”³⁰.

No acórdão nº 130/88, de 8 de junho, o TC invocou as palavras do Papa João Paulo I, a propósito do direito a dispor do próprio corpo. Em causa estava a eventual inconstitucionalidade parcial do artigo 5º do Decreto-Lei nº 553/76, de 13 de julho, por este autorizar que os médicos procedessem à colheita de órgãos ou tecidos em cadáveres, para efeitos de transplantes ou de outros fins terapêuticos, sem terem de diligenciar pela notificação das pessoas do círculo mais próximo do falecido e de aguardar que elas lhe dessem conta da eventual oposição deste. Apesar de reconhecer que o artigo 5º padecia de um “défice de regulamentação”, o TC decidiu não declarar a inconstitucionalidade do preceito com aquela dimensão normativa. Para além de invocar o Papa João Paulo I, o TC aludiu a razões de carácter religioso para enquadrar o direito da pessoa a opor-se à utilização do seu próprio cadáver para efeitos de recolha de tecidos ou órgãos e os sentimentos de piedade dos familiares e pessoas próximas do falecido.

Referências ao “pensamento judaico-cristão” e a passagens da Bíblia podem ser encontradas, mais recentemente, no acórdão nº 123/2021, de 15 de março, em que o TC se pronunciou, em sede de fiscalização preventiva, sobre a descriminalização e regulação da morte medicamente assistida. As implicações éticas, filosóficas e religiosas da matéria e a inevitabilidade de leituras opostas das normas constitucionais fruto de mundividências distintas – para parafrasearmos a declaração de voto conjunta encabeçada pela Conselheira Mariana Canotilho – foram evidentes, resultando num TC dividido e num grande número de declarações de voto. O TC observou que a opção do autor

³⁰ Quando foi chamado a pronunciar-se sobre estas normas em sede de fiscalização abstrata sucessiva (acórdão nº 85/85, de 29 de maio), o TC decidiu no mesmo sentido, mas já não incluiu referências à doutrina da Igreja Católica nem à importância dos sentimentos religiosos. Entretanto, no acórdão nº 617/2006, de 15 de novembro, em que se pronunciou sobre uma proposta de referendo sobre a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez, o TC referiu que a perspectiva de que o crime reclama sempre punição não é isenta de dúvidas, mesmo para quem, como Paul Ricoeur, se posiciona dentro da “cultura bíblica, na qual o mal do pecado – que é a separação de Deus – é superado pelo perdão e pela graça”. Na sua declaração de voto, o Conselheiro Benjamim Rodrigues criticou a convocação da doutrina bíblica para o *thema decidendum*, manifestando a suspeita de que esta tivesse sido feita, de forma subliminar e utilitarista, “para gerar alguma aceitação da doutrina do acórdão por parte de alguns sectores sociais que seguem, ou estão próximos de tal cultura, como regra de conduta da sua vida”. Depois de algumas considerações sobre o conteúdo da doutrina bíblica, o Conselheiro rematou afirmando que “o que resulta dessa doutrina é que, correspondendo a vida a um acto pessoal do Amor de Deus, não deverá o Homem negar a sua contínua revelação real, no devir do tempo e dos tempos”.

do Decreto se fundava “numa conceção de pessoa própria de uma sociedade democrática, laica e plural dos pontos de vista ético, moral e filosófico[, segundo a qual] o *direito a viver* não pode transfigurar-se num *dever de viver em quaisquer circunstâncias*”, e reconheceu que o legislador democrático não está impedido de regular a antecipação da morte medicamente assistida. Concluiu, no entanto, pela inconstitucionalidade das normas controvertidas com fundamento numa sua insuficiente densificação normativa.

Outro acórdão de 2021 que merece referência neste contexto é o acórdão nº 474/2021, de 29 de junho, em que o TC apreciou as normas do artigo 12º, n.ºs 1 e 3, da Lei nº 38/2018, de 7 de agosto, que dispunham sobre as medidas a adotar no sistema educativo para promover o direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à proteção das características sexuais de cada pessoa. Segundo os deputados subscritores do pedido de fiscalização, um dos problemas das normas sindicadas residia no facto de violarem a liberdade de ensino das escolas privadas de orientação religiosa, por imporem “uma conceção culturalista ou construtivista da identidade de género”, que impedia estas escolas de programarem a educação segundo uma determinada orientação confessional. O TC escusou-se a entrar nesta matéria, apreciando a questão apenas do ponto de vista do segundo argumento avançado pelos autores do pedido, o de que as normas sindicadas não eram suficientemente precisas e reenviavam a regulamentação para simples despacho ministerial, em desrespeito do princípio da reserva de lei parlamentar³¹.

³¹ A declaração de voto conjunta encabeçada pelo Conselheiro Fernando Vaz Ventura criticou o TC por se manter “aparentemente neutro” e nunca afirmar que o “direito fundamental à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à proteção das características sexuais de cada pessoa *existe*” e tem por fundamento o artigo 26º, nº 1, da Constituição. Segundo os Conselheiros, o reconhecimento da pré-existência deste direito fundamental constituía uma “premissa interpretativa básica” do caso *sub judice* e deitava por terra os argumentos acerca da *novidade* e *indeterminabilidade* do regime jurídico estabelecido pelas normas questionadas. De resto, disseram, uma pormenorização excessiva por via legislativa das medidas a adotar correria, essa sim, o risco de violar a proibição constitucional de programação da educação segundo diretrizes filosóficas, políticas, ideológicas ou religiosas, e, por aí, a liberdade de ensino das escolas privadas de orientação religiosa.

2.3.3. Estrangeiros

A jurisprudência do TC em matéria de estrangeiros – *i.e.*, acesso ao território português³², direitos titulados durante a estada ou residência em território português³³ e acesso à nacionalidade portuguesa – é muito vasta. Atentos os objetivos deste trabalho, consideraremos apenas os acórdãos em que a condição de estrangeiro não seja um mero dado de facto, mas surja associada a observações de ordem cultural sobre barreiras linguísticas ou o nível de integração na comunidade nacional, por exemplo.

No acórdão nº 338/95, de 22 de junho, o TC julgou inconstitucional, por violação do princípio do tratamento nacional (*i.e.*, equiparação dos estrangeiros e apátridas aos cidadãos portugueses, pelo artigo 15º da Constituição), a norma segundo a qual os estrangeiros ou apátridas sem residência legal em Portugal há mais de um ano, que quisessem impugnar contenciosamente a recusa de concessão do estatuto de refugiado político, só gozariam do direito de apoio judiciário se as leis do Estado da respetiva nacionalidade atribuíassem aos portugueses idêntico direito. O TC sublinhou que o princípio do tratamento nacional se inscreve numa “linha tradicional do [D]ireito português” e reflete a perspetiva universalista assumida pela Constituição de 1976 ao impor que os preceitos de direitos fundamentais sejam interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Este acórdão, que faz parte de uma longa linha de arestos de sentido semelhante, tem o particular interesse de chamar a atenção para as especiais necessidades

³² Em matéria de acesso ao território português, os acórdãos mais relevantes correspondem a processos de asilo e a processos-crime em que tenha sido decretada pena acessória de expulsão. Nos primeiros, estão em causa garantias processuais, como apoio judiciário (*e.g.*, acórdãos nº 316/95, de 20 de junho, nº 340/95, de 22 de junho, e nº 962/96, de 11 de julho), prazos e custas (acórdãos nº 219/2004, de 30 de março, e nº 114/2017, de 8 de março), enquanto, nos segundos, se discute o carácter automático das penas acessórias de expulsão (*e.g.*, acórdãos nº 359/93, de 25 de maio, e nº 577/94, de 26 de outubro) e a possibilidade de expulsar estrangeiros que tenham a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa residentes em Portugal (*e.g.*, acórdãos nº 470/99, de 14 de julho, e nº 232/2004, de 31 de março).

³³ Muitos dos acórdãos deste tipo dizem respeito a garantias processuais em processos de extradição ou de execução de mandado de detenção europeu: (a) ordem da intervenção do defensor do extraditando e do Ministério Público para alegações (acórdãos nº 45/84, de 23 de maio, e nº 138/2017, de 16 de março); (b) possibilidade de extradição por crimes puníveis no Estado requerente com pena de morte ou pena de prisão perpétua, havendo garantia da sua substituição (acórdãos nº 417/95, de 4 de julho, nº 384/2005, de 13 de julho); (c) possibilidade de detenção “não solicitada” de um presumível extraditando (acórdãos nº 90/84, de 30 de julho, e nº 228/97, de 12 de março); (d) razoabilidade do prazo para deduzir oposição à extradição (acórdão nº 113/95, de 23 de fevereiro); (e) diligências probatórias (acórdãos nº 113/95, de 23 de fevereiro, e nº 35/00, de 18 de janeiro); (f) custas (acórdãos nº 56/00, de 4 de fevereiro, e nº 17/2021, de 7 de janeiro); (g) requisitos formais do pedido de extradição (acórdão nº 596/2015, de 18 de novembro); e (h) admissibilidade de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça das decisões interlocutórias proferidas no âmbito do processo de extradição (acórdão nº 273/2022, de 26 de abril).

dos estrangeiros, com o argumento de que estes, presumivelmente, não têm familiaridade com a língua portuguesa nem com o Direito português.

Em contrapartida, no acórdão nº 587/2005, de 2 de novembro, o TC entendeu não ser inconstitucional a norma que fixava um prazo de oito dias para recorrer para o tribunal administrativo de decisão final proferida pelo Comissário Nacional para os Refugiados, quando aplicada a casos em que o requerente de asilo, sem domínio da língua portuguesa, formulasse pedido de proteção jurídica. O TC rejeitou a relevância da falta de domínio da língua portuguesa para a avaliação da razoabilidade do prazo, por o requerente de asilo ter beneficiado dos serviços de intérprete desde o início do procedimento até à decisão final, notando, quanto à alegação de que a notificação da decisão de indeferimento fora efetuada sem a presença de intérprete, que essa era uma circunstância cuja verificação escapava aos seus poderes de apreciação e, além disso, não fora ponderada pelo tribunal recorrido. A questão da nomeação de intérprete e/ou da tradução de documentos é tratada noutros acórdãos, em que, à semelhança deste último, o TC parece desvalorizar a importância das barreiras linguísticas para o exercício por estrangeiros do direito de acesso à justiça e aos tribunais³⁴. Deter-nos-emos, por razões de brevidade, no acórdão nº 547/98, de 23 de setembro, em que estava em causa a alegada irregularidade da notificação da acusação, por esta não ter sido efetuada mediante a entrega da peça acusatória traduzida (por escrito) em língua que o arguido compreendesse, mas apenas com tradução oral pela intérprete nomeada para assistir o arguido naquele ato. O TC concluiu que a interpretação do artigo 92º, nº 2, do Código de Processo Penal, com o sentido de que bastava a tradução oral da acusação, por intérprete, não lesava as garantias de defesa do arguido, já que nem a Constituição nem a Convenção Europeia dos Direitos Humanos exigiam a tradução escrita da peça acusatória. Curiosamente, o TC entendeu por bem começar por pôr a questão à luz do princípio da equiparação (artigo 15º), notando que este enfoque conduziria a uma conclusão diferente, já que “a perfeita equiparação do cidadão estrangeiro ao cidadão português postularia que, tal como a este é entregue cópia

³⁴ Considerem-se, designadamente, os acórdãos nº 632/99, de 17 de novembro, nº 347/02, de 12 de julho, nº 529/03, de 31 de outubro, nº 418/2005, de 4 de agosto, nº 374/2006, de 22 de junho, nº 456/2021, de 24 de junho, nº 23/2020, de 16 de janeiro

da acusação em língua que ele compreende, ao primeiro devesse igualmente ser entregue cópia da mesma peça vertida na língua por ele conhecida”. O TC contrapôs, no entanto, que uma tal argumentação “de pendor formalista” seria inadequada por desatender “à necessidade de uma regulação adaptada a realidades irreduzivelmente diferentes e que não contenda com outros bens e valores igualmente protegidos”³⁵. Segundo o TC, uma vez que o funcionário encarregado da notificação está obrigado a transmitir fielmente o conteúdo da acusação, “o desempenho perfeito da função de interpretação há-de permitir ao arguido os procedimentos referidos em termos que o apetrechem com o conhecimento necessário e suficiente para gizar a estratégia de defesa subsequente”. O TC admite que o intérprete possa não ter um desempenho perfeito, mas nota que, nesse caso, o problema não é a inconstitucionalidade da norma controvertida³⁶.

No domínio das garantias contra a expulsão e com uma interessante alusão aos laços com os países lusófonos, importa referir o acórdão nº 181/97, de 5 de março. O TC julgou inconstitucional a norma do artigo 34º, nº 1, do Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de janeiro, enquanto aplicável a estrangeiros que tivessem filhos menores de nacionalidade portuguesa com eles residentes em território nacional, por violação das disposições conjugadas dos artigos 33º, nº 1, e 36º, nº 6, da Constituição, que não admitem que cidadãos nacionais sejam expulsos de território português, nem que os filhos sejam separados

³⁵ O TC entende que a consagração de normas processuais distintas para nacionais e estrangeiros não é contrária à Constituição, “desde que elas igualmente assegurem que o fim da garantia em causa – o de permitir uma defesa eficaz, desde logo com a tomada das decisões já acima referidas com base no conhecimento minucioso da matéria da acusação – possa ser alcançado”. O problema, em nosso entender, reside no facto de o TC confiar que esta condição pode ser sempre satisfeita com a tradução oral, sobretudo se pensarmos que, no caso *sub judice*, a acusação era um documento de 100 páginas e a notificação desencadeara um prazo perentório de 20 dias para requerer a instrução. A nossa percepção de que o TC subvaloriza a importância das barreiras linguísticas para os direitos de defesa dos arguidos é reforçada pela observação feita, noutro passo, de que “esta forma de notificação [tradução oral por intérprete] não obsta a que o arguido p. ex. vá colhendo da leitura as notas (escritas) que entender convenientes, peça esclarecimentos ao intérprete ou solicite repetições sobre trechos eventualmente mais complexos, tudo no sentido de uma percepção completa, minuciosa e profunda da peça acusatória” (interpolação nossa). E também pela conclusão de que esta forma de notificação pode ser “menos cómoda” para o arguido, mas não comprime, de forma “minimamente relevante”, os seus direitos de defesa.

³⁶ Questões quanto à idoneidade dos intérpretes nomeados foram levantadas, por exemplo, nos processos que deram origem aos acórdãos nº 429/2004, de 16 de junho, e nº 699/2004, de 15 de dezembro. No acórdão nº 197/2007, de 14 de março, em que estava em causa a intervenção de intérprete não ajuramentado (mas não fora posta em causa a conformidade da tradução), o TC decidiu não julgar inconstitucional o artigo 91º do Código de Processo Penal na interpretação segundo a qual a omissão da prestação de compromisso de honra por parte de intérprete de comunicações telefónicas em língua estrangeira constitui mera irregularidade, que se considera sanada se não tiver sido arguida nos termos e dentro do prazo fixado pelo artigo 123º do mesmo Código.

dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais. Sublinhando a importância da família, o TC observou que é das relações estabelecidas com a família que depende o harmonioso desenvolvimento do ser humano, por ser aí que este “inicia as suas relações com os outros e desenvolve a sua personalidade, sendo no relacionamento, nomeadamente afectivo, que estabelece com os pais, que desperta a sua consciência individual e colectiva, a sua própria forma de ver o mundo”. Curiosamente, o TC entendeu por bem comparar as regras aplicáveis aos nacionais de países de língua oficial portuguesa (a requerente era cabo-verdiana) com as aplicáveis aos cidadãos da União Europeia, considerando que “não seria seguramente razoável sustentar que a nossa Constituição pretende tornar mais fácil a expulsão de um cidadão de um país de língua oficial portuguesa aqui residente com seus filhos menores de nacionalidade portuguesa, que a expulsão de um cidadão britânico, austríaco, sueco ou finlandês, por exemplo”.

Entre os acórdãos que discutem a constitucionalidade da reserva de certos direitos para os cidadãos portugueses³⁷, avulta o acórdão nº 345/02, de 11 de julho, sobre o direito de ingressar na carreira de educador de infância e de professor do ensino básico e secundário, que interessa ao nosso estudo pelas observações que o TC faz a respeito do “modelo cultural português”. Em causa estava a norma do artigo 22º, nº 1, alínea *a*), do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, que fixava como requisito geral de admissão a concurso de provimento a exigência de que o candidato tivesse nacionalidade portuguesa ou fosse nacional de país que, por força de Direito da União Europeia, convenção internacional ou lei especial, tivesse acesso ao exercício de funções públicas em Portugal. Quando notificado para se pronunciar, o Primeiro-Ministro havia justificado a “restrição de princípio a naturais portugueses”, por estes educadores serem, “na fase mais precoce do ensino, agentes privilegiados, a par com a família, da

³⁷ Esta questão foi analisada também a respeito do direito de requerer inscrição marítima (acórdão nº 96/2013, de 19 de fevereiro), de obter ou manter a situação jurídica de aposentação (*e.g.*, acórdãos nº 354/97, de 30 de abril, nº 159/98, de 10 de fevereiro, e nº 72/02, de 20 de fevereiro), e o de beneficiar do estatuto de deficiente das Forças Armadas (acórdão nº 423/01, de 9 de outubro). À semelhança do acórdão analisado em texto, nestes casos, o TC entendeu que as normas (ou interpretações normativas) que excluam os estrangeiros da titularidade dos direitos eram inconstitucionais por violação do princípio da equiparação (artigo 15º).

integração social e comunitária da criança e do jovem e da transmissão dos valores, comportamentos e princípios nacionais”. O TC não afastou a possibilidade de aferir a constitucionalidade da norma controvertida “em função dos princípios norteadores do sistema de ensino que, nomeadamente nas fases iniciais do processo educativo, prestam atenção particular a uma formação que assegure o quadro dos valores tidos por preponderantes na identidade nacional”. Disse, no entanto, que não lhe cabia cuidar de saber se, em regra, os educadores portugueses são mais qualificados e estão mais bem preparados do que os docentes estrangeiros para alcançar os objetivos pedagógicos propostos pela Lei de Bases do Sistema Educativo e notou que, se fossemos atribuir relevância a eventuais dificuldades dos estrangeiros na identificação com o “modelo cultural português”, isso conduziria, no limite, a excluir da docência os cidadãos estrangeiros naturalizados portugueses. O TC notou ainda que, apesar de, à luz do Direito da União Europeia, a salvaguarda da identidade nacional ser um interesse legítimo, não era possível invocá-la para justificar a exclusão dos nacionais de outros Estados Membros da totalidade dos empregos no setor do ensino, por haver outros meios para prosseguir aquele fim. Para além disso, os estrangeiros sempre teriam de preencher todas as condições exigidas para o recrutamento, nomeadamente, as respeitantes à formação, experiência e conhecimentos linguísticos.

Também interessante, agora pelas considerações tecidas a propósito da imigração e da integração na comunidade nacional, é o acórdão nº 296/2015, de 25 de maio, em que o princípio da equiparação voltou a ser decisivo. O TC declarou a inconstitucionalidade do artigo 6º, nº 1, alínea b), e nº 4, da Lei nº 13/2003, de 21 de maio, que fazia depender o reconhecimento do direito ao rendimento social de inserção do facto de o requerente e os membros do seu agregado familiar possuírem residência legal em Portugal nos últimos três anos, se fossem nacionais de Estados terceiros não signatários de acordo de livre circulação de pessoas com a União Europeia. O Governo havia argumentado que o requisito de residência se destinava a assegurar a sustentabilidade financeira do regime de segurança social, evitando um “efeito de chamada”, mas o TC considerou que os dados estatísticos disponíveis não confirmavam o risco de afluxo anormal de imigrantes interessados em aceder à prestação, pelo que não se justificava o desvio ao “princípio da igualdade de tratamento entre

nacionais e estrangeiros”. O TC notou que o número total de beneficiários e a despesa com a prestação tinham vindo a diminuir desde 2010 e que os estrangeiros constituíam uma percentagem muito diminuta do total de beneficiários, sendo que a imigração era importante para “contrabalançar o envelhecimento demográfico do sistema de segurança social, contribuindo para a sua sustentabilidade, aliviando-o”. O TC referiu os requisitos fixados pela lei portuguesa para a concessão de autorização de residência e para a concessão do rendimento social de inserção, sublinhando, em relação a este, que “a atribuição depende de uma série de compromissos que exigem uma certa vocação de continuidade, uma possibilidade e desejo reais de permanência em território nacional e de integração efetiva na sociedade, bem como disponibilidade para o trabalho”. Sendo o rendimento social de inserção uma prestação destinada a garantir um mínimo de existência socialmente adequado, a exigência de um período de residência mínima de três anos constituía, segundo o TC, um sacrifício desproporcionado.

Cumpra ainda referir o acórdão nº 282/2004, de 21 de abril, em que estava em causa o pedido de confiança judicial de dois menores de nacionalidade guineense, que, na sequência da morte dos pais num acidente aéreo, haviam sido provisoriamente confiados, por decisão judicial, a uns vizinhos, que posteriormente requereram a sua adoção. O irmão mais velho e dois tios dos menores tinham visto ser-lhes negada legitimidade para contestarem o pedido de confiança judicial, por, contrariamente ao exigido pelo artigo 164º, nº 1, da Organização Tutelar de Menores, estes não terem os menores a seu cargo nem viverem com eles. Perante o TC, os recorrentes alegaram que a interpretação dada ao artigo 164º, nº 1, violava a Constituição, ao permitir ao julgador, em caso de morte simultânea dos pais, afastar os parentes mais próximos dos menores de toda a possibilidade de os manterem integrados no seio da sua família natural e, deste modo, fazer tábua rasa da “origem étnica, religiosa, cultural e linguística” dos menores. O TC julgou a norma inconstitucional, mas não se pronunciou sobre este argumento identitário, tendo deslocado o parâmetro de aferição da constitucionalidade para o direito de acesso à justiça (artigo 20º), conjugado com a relevância dos laços familiares reconhecidos pelo artigo 67º da Constituição. O mais que o TC fez foi afirmar, a propósito do “conceito constitucional de ‘família’”, que, em casos como este, em que estava em causa a proteção de menores que haviam

perdido os pais, “o conceito relevante de família não [podia] deixar de ser o de família alargada”³⁸.

Em matéria de acesso à nacionalidade portuguesa, há a referir os acórdãos nº 599/2005, de 2 de novembro, e nº 605/2013, de 24 de setembro, que analisam requisitos para a aquisição (meios de subsistência, reconhecimento judicial da situação da união de facto), e os acórdãos nº 106/2016, de 24 de fevereiro, nº 331/2016, de 19 de maio, nº 497/2019, de 26 de setembro, e nº 534/2021, de 13 de julho, que analisam fundamentos de oposição à aquisição da nacionalidade (condenação penal, inexistência de ligação efetiva à comunidade nacional). Deter-nos-emos apenas nas passagens que incidem sobre argumentos de ordem cultural. Encontramo-las, desde logo, no primeiro dos acórdãos referidos, em que o TC decidiu não julgar inconstitucional a norma constante do artigo 6º, nº 1, alínea f), segunda parte, da Lei da Nacionalidade, entendida no sentido de exigir que os estrangeiros que pretendam obter a cidadania portuguesa possuam capacidade para assegurar a sua subsistência. Começando por afirmar que não se podia deixar de reconhecer a todos os não nacionais a expectativa jurídica de adquirirem a nacionalidade portuguesa, observados que fossem determinados pressupostos que o legislador interno entendesse como expressando o vínculo de integração efetiva na comunidade nacional, o TC concluiu que o requisito de meios de subsistência não era desadequado nem desproporcionado, “tendo em vista a sua função de não constituir obstáculo social ou político à integração do cidadão estrangeiro na comunidade portuguesa e à sua aceitação por parte da mesma comunidade”. E acrescentou: “Na verdade, tendendo o vínculo da nacionalidade a dar expressão aos valores sociológicos, culturais, económicos, jurídicos, políticos e outros que constituem o património da comunidade nacional, compreende-se que essa comunidade nacional não queira assumir sacrifícios económicos, financeiros e sociais com quem não está em condições de não onerar essa comunidade: o vínculo não seria então expressão de uma ligação sociológica afectiva e intensa entre os dois elementos, mas a resultante

³⁸ Também relacionados com um processo de confiança de menores para adoção são os acórdãos nº 243/2013, de 10 de maio, e nº 193/2016, de 4 de abril, que respeitam ao caso *Soares de Melo c. Portugal* do TEDH, que referimos antes. Ambos os acórdãos concluem pela inconstitucionalidade das normas controvertidas nos respetivos processos, mas fazem-no por razões ligadas às garantias processuais dos pais das crianças (prazos, constituição de advogado), sendo que só o primeiro dos acórdãos inclui a indicação de que estes tinham nacionalidade estrangeira e fá-lo apenas por isso constar das alegações dos recorrentes.

de um ‘casamento de conveniência’”. No acórdão nº 106/2016, o TC proferiu uma decisão interpretativa do artigo 9º, alínea *b*), da Lei da Nacionalidade, e do artigo 56º, nº 2, alínea *b*), do Regulamento da Nacionalidade, para superar a “contradição intrasistémica” resultante da circunstância de o legislador não permitir a valoração da conduta criminosa para além dos limites decorrentes da reabilitação ou da cessação da vigência das condenações no registo criminal, mas, ao mesmo tempo, valorar a conduta criminosa para além desses limites ao regular a oposição à aquisição da nacionalidade. O TC considerou, em todo o caso, que a inclusão da condenação penal entre os fundamentos de oposição à aquisição da nacionalidade se justificava por resultar da “conexão estabelecida pelo legislador entre a inserção do indivíduo na comunidade nacional, de acordo com a vontade por si manifestada, e uma exigência de respeito pelos bens jurídicos reputados de valiosos pelos cidadãos dessa mesma comunidade política, aos quais, através do legislador democraticamente eleito que os representa, entenderam conferir uma tutela penal”. Uma observação interessante foi a de que, apesar da “progressiva tendência de reconhecimento expresso e da protecção do direito à nacionalidade enquanto direito da pessoa humana”, no plano do Direito internacional, a cidadania nacional continuava a assumir grande importância no plano interno, pelo seu significado “simbolic[o], cultural e de pertença”, mas também pelo facto de alguns (importantes) direitos constitucionais, sobretudo de participação política, ainda serem reservados aos cidadãos portugueses. No acórdão nº 497/2019, o TC voltou a pronunciar-se sobre a valoração da condenação penal como fundamento de oposição à aquisição da nacionalidade, sendo que, desta feita, concluiu mesmo pela inconstitucionalidade das normas sindicadas, por estas impedirem a concessão da nacionalidade portuguesa por naturalização a um indivíduo que tinha cometido crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a três anos, mas a pena concretamente aplicada (um ano de prisão) fora suspensa na sua execução e fora decidida a não transcrição da decisão condenatória. Um aspeto interessante deste acórdão reside na relevância atribuída pelo TC à circunstância de o recorrente, para além de ter vivido em Portugal desde a menoridade, ser cidadão de um país de língua portuguesa. Segundo o TC, “a concretização do que deve considerar-se a ‘*nacionalidade real e efetiva*’ para efeitos de naturalização (em especial de cidadãos que já são nacionais de outro Estado) apela a diferentes indícios

de *efetiva ligação vivencial* ao Estado que confere a nacionalidade, de entre os quais sobressai a *residência habitual e permanente* [mas] é também determinada pela ‘*inevitável comunicação entre direito da nacionalidade e valores constitucionais*’”, sendo, a essa luz, “*especialmente digna de tutela* a expectativa de um residente que preencha requisitos que, à luz do [D]ireito internacional, o Estado português se encontre adstrito a valorizar [ou] que aspire a beneficiar da proteção conferida pela Constituição da República Portuguesa a outros fatores”, como a especial consideração dedicada aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa.

2.3.4. Cultura e tradição

Nesta última subcategoria, reunimos acórdãos em que o TC invoca o contexto sociocultural, seja em resposta a argumentos esgrimidos pelos recorrentes ou de moto próprio. Veremos que, apesar das dificuldades associadas à definição e concretização prática do conceito de *cultura*, o TC não parece ter qualquer problema em usar o termo, ainda que o faça quase sempre de passagem, sem se deter no seu exato alcance ou significado. Mais cautelas parecem merecer-lhe os conceitos de *costume* e de *tradição*, como teremos oportunidade de observar a propósito dos acórdãos que versam sobre touradas.

Podemos encontrar referências a cultura, desde logo, nos acórdãos em que o TC compara as soluções legislativas controvertidas com soluções adotadas nos países e sistemas jurídicos do “nosso círculo cultural”³⁹. Por exemplo, no acórdão nº 231/94, de 9 de março, o TC referiu-se aos “países do nosso espaço civilizacional”, para observar que, nestes como em Portugal, “razões de ordem cultural (entendidas em sentido muito amplo)” haviam, no passado, fundado tratamentos jurídicos discriminatórios em relação às mulheres. A norma controvertida, que consagrava um tratamento mais favorável ao cônjuge sobrevivente do sexo feminino no acesso às pensões de sobrevivência por morte do cônjuge, tinha subjacente o reconhecimento de uma exigência de ordem social “decorrente, no fundo, de uma profunda desigualdade de base, a saber, a dificuldade de acesso das mulheres ao mercado de trabalho”. O TC concluiu, no entanto, pela inconstitucionalidade da norma, por

³⁹ Acórdão nº 227/97, de 12 de março.

considerar que as diferenças entre homens e mulheres trabalhadores se tinham vindo sucessivamente a atenuar, fruto do estabelecimento, pela Constituição de 1976, de um “paradigma cultural distinto, de incentivo e apoio à inserção da mulher no mercado de trabalho”⁴⁰.

No acórdão nº 288/98, de 17 de abril, em que se pronunciou sobre a primeira proposta de referendo sobre a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, o TC referiu-se aos “povos de uma mesma comunidade cultural alargada” (*i.e.* Estados Membros da União Europeia) que não podem deixar de partilhar o “sentimento jurídico coletivo” de que a tutela jurídica deve ser progressivamente mais exigente à medida que avança o período de gestação⁴¹. O TC assumiu que o seu juízo nunca poderia ser “inteiramente alheio a um sistema subjectivo de mundividências e pré-compreensões”, num contexto de intensos debates em que “multifacetadamente se entrecruzam e defrontam diferentes convicções filosóficas e religiosas, posições éticas, perspetivas sociais, concepções jurídicas e, até, apreciações de ordem científica”⁴². Alguns anos mais tarde, no acórdão nº 75/2010, de 23 de fevereiro, o TC referiu-se aos “padrões jusculturais sobre a posição da mulher hoje largamente aceites”, a propósito da ponderação

⁴⁰ Em idêntico sentido se pronunciara já o acórdão nº 181/87, de 20 de maio, em que, invocando a “evolução sócio-cultural”, o TC concluiu já não se justificar a estatuição de disciplinas jurídicas diferentes no estabelecimento da pensão, quer do viúvo quer da viúva, por falecimento de outro cônjuge em acidente de trabalho. O acórdão nº 191/88, de 20 de setembro, reflete a mesma ideia, afirmando que as diferenças normativas poderiam ter alguma justificação em tempos idos, em vista das “discriminações vindas do passado e com grande carga tradicional”, mas já não se justificavam no presente, em que se caminhava “decididamente para a igualização do homem e da mulher em confronto com o mercado de trabalho”. Em contrapartida, no acórdão nº 609/94, de 22 de novembro, o TC considerou que a diferença de tratamento dos ascendentes das vítimas mortais de acidente de trabalho consoante fossem do sexo masculino ou feminino se justificava atento o peso das tarefas domésticas da mulher no “presente contexto cultural, social e económico português”. De igual modo, o acórdão nº 81/95, de 21 de fevereiro, afirmou que, “enquanto esta situação social, económica e cultural perdura[sse]”, se justificava a discriminação positiva a favor das mulheres, de modo a que estas atingissem a idade de reforma antes dos trabalhadores do sexo masculino.

⁴¹ Esta ideia estava já presente no acórdão nº 85/85, de 29 de maio, em que o TC observou que o facto de o feto não ser ainda uma pessoa era “um dado simultaneamente biológico e cultural” e que não era indiferente, “à luz da consciência cultural e jurídica, a fase de desenvolvimento do feto, reclamando este uma tutela tanto maior quanto mais próximo estiver o nascimento”. O Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, por seu turno, invocou a nossa “tradição cultural” para se opor à descriminalização da interrupção voluntária da gravidez, em declarações de voto idênticas para os acórdãos nº 25/84, nº 85/85 e nº 288/98.

⁴² No acórdão nº 617/2006, de 15 de novembro, em que se pronunciou sobre uma nova proposta de referendo sobre a mesma matéria, e decidiu em sentido semelhante, o TC defendeu a oportunidade de voltar a apreciar a questão por, entre outros motivos, o momento histórico-jurídico ser outro, sendo necessário considerar os “novos dados da presente situação histórica e cultural”, no quadro de um “horizonte cultural complexo”. São várias as referências à cultura feitas neste acórdão. O TC observou, por exemplo, que, na generalidade dos sistemas jurídicos, o feto não é considerado uma pessoa titular de direitos e que esta perspectiva se insere “num contexto histórico, cultural e ético que recolhe informação da Ciência mas não extrai dela, por mera dedução lógica, o conceito de pessoa”.

de interesses subjacente ao regime fixado pela Lei nº 16/2007 e da atenção aí dispensada aos interesses da mulher grávida.

No acórdão nº 247/2005, de 10 de maio, o TC convocou a experiência de “países com raízes culturais e civilizacionais próximas do nosso” para sustentar que não havia fundamento racional para um tratamento distinto dos atos homossexuais de relevo, tendo concluído pela inconstitucionalidade da norma do artigo 175º do Código Penal, na parte em que punia a prática de atos homossexuais com adolescentes mesmo que se não verificasse, por parte do agente, abuso da inexperiência da vítima. De modo não muito diferente, no acórdão nº 121/2010, de 8 de abril, o TC usou a expressão “espaço civilizacional”, para observar que Portugal não estava sozinho na procura de resposta para as “questões dos modos e âmbito de proteção, reconhecimento e legitimação das situações de vida em comum entre pessoas do mesmo sexo [que] irromperam nas últimas três ou quatro décadas, com premência crescente”. Olhando aos exemplos de Direito Comparado, o TC entendeu que a eliminação do requisito de que o casamento fosse a união entre duas pessoas de sexo diferente não era inconstitucional. O TC notou que, nos domínios da família, a realidade social está em assinalável e acelerada mudança, pelo que sobre esta matéria “só poderá haver, numa sociedade aberta e plural, uma ‘divergência razoável’ a provocar remédios que se inserem na discricionariedade legislativa”.

As questões relacionadas com a família – sobretudo se “fraturantes” – são, sem surpresa, particularmente propícias ao uso de argumentos culturais. No acórdão nº 105/90, de 29 de março, o TC pronunciou-se sobre a possibilidade de o divórcio ser requerido com base na separação de facto por seis anos consecutivos pelo cônjuge que deu causa à separação e sem o consentimento do cônjuge inocente, uma possibilidade que a recorrente equiparara ao “repúdio” e que alegara ser contrária ao princípio da dignidade da pessoa humana. O TC observou que, sendo o conteúdo da ideia de dignidade da pessoa humana algo que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente, cabe primacialmente ao legislador essa concretização, sendo-lhe confiada, “em primeira linha, a tarefa ou o encargo de, em cada momento histórico, ‘ler’, traduzir e verter no correspondente ordenamento aquilo que nesse momento são as decorrências, implicações ou exigências dos princípios ‘abertos’ da Constituição”. Assim

deveria ser, desde logo, em domínios, como o do divórcio, em relação aos quais se cruzavam, na comunidade jurídica, pontos de vista muito diferentes e em que devia reconhecer-se como legítimo um “‘pluralismo’ mundividencial ou de concepções”.

No acórdão nº 486/04, de 7 de julho, o TC julgou inconstitucional a norma do artigo 1817º, nº 1, do Código Civil, por esta prever a extinção do direito de investigar a paternidade, em regra, a partir dos vinte anos de idade, sublinhando que o direito à identidade pessoal abrange o “direito ao *conhecimento das próprias raízes*”, incluídas aqui as “raízes familiares, geográficas e culturais, e também genéticas”, cuja importância implica a existência de meios legais para a demonstração dos vínculos biológicos, bem como o reconhecimento jurídico desses vínculos. Entretanto, o acórdão nº 488/2018, de 4 de outubro, o TC julgou inconstitucional o artigo 1817º, nº 1, do Código Civil, na redação dada pela Lei nº 14/2009, de 1 de abril, na parte em que, aplicando-se às ações de investigação da paternidade, prevê um prazo de dez anos para a propositura da ação, contado da maioridade ou emancipação do investigador. O TC afastou a possibilidade de o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar tutelar o eventual interesse do progenitor em não assumir o papel de pai, notando que, “na cultura social e jurídica atual, o Estado responsabiliza, pelo bem-estar da criança nascida, em primeiro lugar, os progenitores biológicos, e tem um interesse de ordem pública [em] que estes vínculos biológicos adquiram a devida relevância jurídica no domínio do direito da filiação e do estado da pessoa, mesmo para além da maioridade dos filhos”.

No acórdão nº 225/2018, de 24 de abril, em que apreciou a constitucionalidade de várias disposições da Lei da Procriação Medicamente Assistida, o TC referiu-se às “formas ética, cultural e socialmente aceites de procriar”, sobre as quais não havia consenso, e à “abertura inerente à natureza histórico-cultural da pessoa”. O TC declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de algumas das normas sindicadas, nomeadamente, na parte em que admitiam a celebração de negócios de gestação de substituição a título excecional e mediante autorização prévia, não admitiam a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários e impunham uma obrigação de sigilo absoluto

relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida⁴³.

No domínio penal, há a referir o uso de argumentos culturais nos (muitos) acórdãos que versam sobre a criminalização do lenocínio. Por razões de brevidade, atentaremos apenas em dois exemplos – os acórdãos nº 144/2004, de 10 de março, e nº 522/2007, de 18 de outubro. Ambos concluem pela não inconstitucionalidade da norma constante do (então) artigo 170º, nº 1, do Código Penal. No primeiro caso, o TC notou que a norma sindicada tinha subjacente uma “perspectiva fundamentada na História, na Cultura e nas análises sobre a Sociedade segundo a qual as situações de prostituição relativamente às quais existe um aproveitamento económico por terceiros são situações cujo significado é o da exploração da pessoa prostituída”⁴⁴. Uma perspetiva – acrescentou – a que preside “uma certa ideia cultural e histórica da pessoa”. No segundo caso, o TC reiterou a fundamentação expendida no acórdão nº 144/2004, acrescentando que os valores a que o legislador se encontra vinculado fazem “parte integrante não já da ‘natureza’ de um povo e de uma civilização, mas da sua própria ‘cultura’”.

O conhecimento da “ambiência económica, social e cultural” do arguido foi um ponto saliente do acórdão nº 182/99, de 22 de março, em que o TC se pronunciou sobre a eventual inconstitucionalidade da norma do 370º do Código de Processo Penal, na interpretação segundo a qual não haveria necessidade de elaboração do relatório do Instituto de Reinserção Social. O arguido/recorrente invocara a inconstitucionalidade desta interpretação da norma, por entender que o relatório social era imprescindível para a prova sobre o seu “circunstancialismo concreto de vida” e as “condições envolventes do meio cultural e familiar” (e, por aí, para o respeito pelas suas garantias de defesa). O TC negou provimento ao recurso, afirmando que o conhecimento sobre a personalidade do arguido e a sua ambiência económica, social

⁴³ Refira-se que, na declaração de voto da Conselheira Maria Clara Sottomayor, encontramos ainda referências à prerrogativa do legislador democrático de “avaliar as tradições culturais e a realidade social em que a lei vai ser aplicada” e de definir o que considera a solução mais adequada, ao estigma com que a “cultura dominante” trata o recurso à procriação medicamente assistida, à tendência que este “ambiente cultural” terá para evoluir até se atingir um estágio em que as técnicas de reprodução assistida ficarão “inscritas na consciência coletiva como naturais” e às “diferenças culturais” entre Portugal e os países nórdicos.

⁴⁴ É interessante notar que o TC deposita muita confiança nos dados proporcionados por estudos empíricos que retratam o mundo da prostituição, incluindo várias referências bibliográficas para publicações não jurídicas, o que não é muito comum.

e cultural se podia fazer por outros meios que não o relatório social, sendo que, no caso dos autos, ficara demonstrado que o tribunal *a quo* recolhera elementos de facto de onde se extraíram dados sobre essa personalidade e ambiência. Entretanto, no acórdão nº 313/2021, de 13 de maio, o TC apreciou a norma do artigo 6º, nº 1, alínea k), da Lei nº 13/2003, de 21 de maio, que estabelece como condição do reconhecimento do direito ao rendimento social de inserção o facto de o requerente não se encontrar a cumprir pena de prisão em estabelecimento prisional, salvo nos 45 dias anteriores à data previsível de libertação. Mais uma vez, o TC pronunciou-se pela não inconstitucionalidade da norma. Para o que diretamente nos interessa, cumpre referir as menções feitas no texto do acórdão à necessidade de compreender a expressão *mínimo para uma existência condigna* tendo em conta a “integração da pessoa na sociedade, [a] sua existência num contexto sociocultural e [as] condições reais de uma existência digna em função desse contexto”. Noutro passo, o TC afirma que a reclusão penitenciária não implica a privação de “prestações materiais que assegurem o desenvolvimento da personalidade, da participação e integração comunitária – o ‘*mínimo existencial sociocultural*’”.

Próxima da ideia de *cultura dominante* é a ideia de *normalidade*, que encontramos de forma significativa nos acórdãos nº 6/84, de 18 de janeiro, e nº 486/03, de 21 de outubro. No primeiro, o TC considerou não ser inconstitucional a obrigação, imposta pelo Regulamento de Transportes em Automóveis, de que o pessoal do serviço de transporte coletivo de passageiros se apresentasse devidamente uniformizado e barbeado. Numa interpretação problemática do princípio da dignidade da pessoa humana, a que voltaremos *infra*, o TC sustentou que a proibição de usar barba ou bigode não ofendia o direito das pessoas a determinarem a sua própria aparência externa, “dentro daquilo que é normal e corrente, sem molestar as outras pessoas”. No acórdão nº 486/03, o TC considerou não serem inconstitucionais as normas que fixavam, para os resultados de excelência obtidos na prática desportiva em competições internacionais, por atletas portadores de deficiência, prémios de montantes inferiores aos previstos para atletas não portadores de deficiência. O TC entendeu que a diferenciação não violava o princípio da igualdade, por não radicar na deficiência, mas sim na “diversa relevância cultural, social e, quiçá, económica” dos Jogos Olímpicos e dos Jogos Paraolímpicos e no diferente contributo de uns e outros para a “projeção internacional do País”.

Em apoio desta “diversa relevância”, o TC invocou, *inter alia*, a “importância atribuída pela opinião pública e pelos *media*, nacionais e internacionais, à classificação num dos três primeiros lugares nos Jogos Olímpicos”, sem paralelo para idêntica classificação nos Jogos Paraolímpicos⁴⁵.

Para finalizar, cumpre referir os acórdãos nº 93/00, de 15 de fevereiro, e nº 473/02, de 19 de novembro, sobre touradas, em que o TC se deteve na definição dos conceitos de *costume* e de *tradição*. No primeiro caso, o TC foi chamado a apreciar a constitucionalidade e a legalidade de uma proposta de consulta direta à população de Barrancos sobre as touradas tradicionais dessa localidade. A primeira das perguntas constantes da proposta referia-se genericamente às “Festas de Agosto” e procurava saber se os eleitores concordavam que estas continuassem a realizar-se “na sua integralidade, tal como [era] tradição, sem qualquer excepção”. Atento o enunciado das restantes perguntas – e a atenção mediática à volta do assunto –, o TC não teve dúvidas de que o que estava em causa era o facto de uma das componentes “quicá lúdicas” das festas ser a realização de touradas com “sorte de morte”⁴⁶. Tendo concluído pelo carácter equívoco da primeira pergunta, o TC acrescentou que, mesmo que esta fosse clara, nem por isso seria legalmente admissível, já que implicava, em caso de resposta positiva, a vinculação dos órgãos autárquicos a realizar ou autorizar um ato proibido e sancionável criminalmente pela lei geral, conduzindo a uma “fractura do ordenamento vigente”. Apesar de a lei em causa remontar à década de 1920, o TC entendeu que a proibição de “touros de morte” nela estabelecida não podia considerar-se abrogada pela vinculação externa de Portugal ao Tratado da União Europeia e ao compromisso aí assumido com o “desenvolvimento das culturas dos Estados-Membros” e com o respeito e promoção da “diversidade de culturas”. Por último, o TC afirmou não dispor de elementos concretos para poder asseverar, de forma inequívoca, que “a realização de ‘touradas’ com ‘sorte de morte’ no concelho

⁴⁵ Na sua declaração de voto, a Conselheira Maria Fernanda Palma criticou a maioria por se basear em “ideias estereotipadas sobre a notoriedade internacional do país” e por legitimar uma “lógica de premiar a ‘normalidade’”.

⁴⁶ O TC notou que as “Festas de Agosto” não se resumiam às touradas, compreendendo “muitos outros eventos que se encontra[va]m arreigados, como valores materiais e imateriais, nas tradições e costumes da população barranquenha e que, por isso e para além do mais, se pod[ia]m inquestionavelmente, considerar como manifestações de uma identidade cultural dessa parcela do povo português”. O TC disse não ser certo que existisse “ainda que por mera tradição”, um programa de festas do qual decorresse uma enunciação de todos os eventos festivos e de que nunca estaria arredada a realização das touradas com sorte de morte, tendo, por isso, concluído que o enunciado da primeira pergunta era equívoco, por escamotear a finalidade pretendida.

de Barrancos representa[va] um nítido costume local constitutivo de fonte de [D]ireito vinculativo para as autoridades[,] que implicaria a revogação ou derrogação, naquela comunidade local, da proibição de tais eventos”⁴⁷. No acórdão nº 473/02, o TC apreciou, em sede de fiscalização preventiva, as normas do decreto da Assembleia Legislativa Regional que adaptara à Região Autónoma dos Açores o regime instituído pela Lei nº 92/95, de 12 de setembro, sobre proteção dos animais. Invocando uma tradição consolidada que remontava às “antiquíssimas festas Sanjoaninas em Angra”, o decreto autorizava, a título excecional, a realização de espetáculos tauromáquicos com “sorte de varas” (*i.e.*, com picadores), desde que se tratasse de “tradição local relevante”, que se tivesse mantido, “como expressão de cultura popular, de forma legal e ininterrupta, pelo menos nos dez anos anteriores à entrada em vigor do diploma”. O TC entendeu que o decreto não preenchia o requisito constitucional do interesse específico regional, por a “sorte de varas” não ser um espetáculo exclusivo dos Açores, nem assumir na Região Autónoma uma “configuração particular diversa da que assumiria noutros pontos do território nacional, correspondendo antes a um elemento de uma certa tradição taurina que não é especificamente portuguesa mas sim ibérica”. Para além disso, não estava objetivamente demonstrada a existência de uma tradição arraigada, através de uma prática prolongada e ininterrupta, uma vez que, segundo o próprio legislador regional, só nos últimos doze anos é que as touradas com “sorte de varas” vinham a realizar-se de forma ininterrupta⁴⁸. Convocando dicionários e publicações académicas sobre o tema, o Tribunal explicou que um aspeto fundamental do conceito de *tradição* é a “transmissão de geração em geração” dos usos, valores ou normas, razão pela qual não podia ter-se por “verdadeira tradição” o “inculcar [de] certos valores e normas de comportamento através da repetição’ sem correspondência num passado remoto”. Uma vez que a prática da “sorte de varas” na Região Autónoma dos Açores não se elevava a este “patamar de antiguidade e de continuidade”, o

⁴⁷ Segundo o TC, não ficara demonstrada a clara consciência da população de Barrancos quanto à legitimidade e à juridicidade da realização de touradas com “tours de morte” e também não se podia dizer que, da parte das autoridades estatais, houvesse uma “postura de tolerância”, atentos, por exemplo, os processos-crime instaurados contra os organizadores das festas.

⁴⁸ Segundo o TC, a “existência de tradição como factor de identificação cultural”, apta a justificar exceções à lei geral, teria de “tomar como ponto de partida uma antiguidade e uma continuidade suficientemente intensas”.

TC concluiu não haver uma “configuração especial” que justificasse que a proibição daquela prática se regesse, na Região, por critérios diversos dos que valiam para o todo nacional.

3. O princípio da dignidade da pessoa humana nos acórdãos selecionados

Como começámos por indicar na introdução a este capítulo, interessa-nos aferir se e até que ponto a maior ou menor abertura do TC face a informação cultural se repercute na interpretação e no uso que este faz do princípio da dignidade da pessoa humana. A primeira observação a fazer é a de que o princípio está praticamente ausente dos processos que cabem numa definição estrita de *jurisprudência multicultural*, ou seja, nos recursos de constitucionalidade que envolvem minorias étnico-raciais ou religiosas ou pessoas estrangeiras e em que são invocados argumentos culturais para justificar comportamentos ou pretensões *sub judice*. Destes, apenas o acórdão nº 544/2014 refere a dignidade da pessoa humana. Neste caso, em que o TC fez valer o direito de guarda de uma trabalhadora identificada como adventista do sétimo dia, o princípio da dignidade da pessoa humana aparece na sua função normogénica⁴⁹, como fundamento de um direito fundamental geral à objeção de consciência e do espaço de autonomia individual de crenças garantido pela dimensão interna da liberdade religiosa. No acórdão nº 681/95, em que o TC concluiu pela não inconstitucionalidade da norma que justificara o indeferimento da declaração de objeção de consciência de indivíduo identificado como testemunha de Jeová, por falta da declaração de disponibilidade para o serviço cívico alternativo, a dignidade da pessoa humana é referida, não na decisão subscrita pela maioria, mas sim nas declarações de voto dos Conselheiros José de Sousa e Brito, Maria Fernanda Palma e Maria da Assunção Esteves. Em todo o caso, a influência da declaração de voto do Conselheiro Sousa e Brito fez-se sentir na pronúncia do TC no acórdão nº 544/2014, como resulta da associação entre a “basilar dignidade

⁴⁹ Uma das três funções identificadas por Benedita MAC CRORIE, “O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, pp. 154-164.

da pessoa humana” e a integridade moral da pessoa, fundamento do direito à objeção de consciência.

Nos recursos de constitucionalidade que envolvem estrangeiros, mas em que os recorrentes não aduzem argumentos culturais, a dignidade da pessoa humana aparece tanto na sua função normogenética, enquanto fundamento do princípio do tratamento nacional (acórdão nº 340/95) e dos princípios jurídico-constitucionais de processo penal aplicáveis aos processos de extradição (acórdão nº 474/95), como na sua função de princípio interpretativo das normas de direitos fundamentais (acórdão nº 599/2005). Lê-se, no acórdão nº 340/95, sobre apoio judiciário a requerente de asilo, que a regra geral da equiparação se traduz na “emanação do valor supremo da dignidade da pessoa humana[,] referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais e suporte basilar da República Portuguesa”⁵⁰. Combinando as funções normogenética e interpretativa do princípio da dignidade da pessoa humana, o acórdão nº 599/2005 explica que o conceito de “cidadania” nem sempre deve ser interpretado com o sentido de “cidadania portuguesa”, sendo seguro que “ao estabelecer o limite negativo dos efeitos da declaração do estado de sítio ou do estado de emergência [ou] ao enunciar os direitos dos trabalhadores[,] o conceito surge aplicado num sentido de abranger quer os cidadãos nacionais quer os estrangeiros, atenta a sua radical imbricação com o princípio da dignidade humana do qual brotam directamente esses direitos”. O acórdão nº 474/95 conclui que a Constituição impede a extradição quando ao crime corresponda a pena de prisão perpétua, por esta pena “repugnar à consciência jurídica que enforma o nosso ordenamento tendo em conta a prevalência da dignidade da pessoa humana e do seu reflexo na ponderação dos fins das penas onde necessariamente avulta a recuperação e a reintegração social do delinquente”.

⁵⁰ De modo não muito diferente, mas em sede de fiscalização abstrata, o acórdão nº 962/96 sublinhou que o princípio da equiparação não pode ser limitado ao ponto de desvirtuar o estatuto dos estrangeiros constitucionalmente fixado (um estatuto que “assenta na dignidade do homem, como sujeito moral e sujeito de direitos, como ‘cidadão do mundo’) e explicou que a “desejabilidade constitucional de realização do direito de asilo” se radica, entre outros, “nos valores da dignidade do homem [e] na ideia de uma República de ‘indivíduos’ e não apenas de ‘cidadãos’”. Também em sede de fiscalização abstrata, mas a respeito do acesso por estrangeiros ao direito de inscrição como marítimo, o acórdão nº 96/2013 justificou uma conceção ampla do princípio da equiparação (*i.e.*, a abranger não apenas os direitos constitucionalmente garantidos, mas também os direitos consignados na lei ordinária) por referência ao “caráter universalista da tutela dos direitos fundamentais num Estado de Direito Democrático baseado na dignidade da pessoa humana”.

Os acórdãos mais interessantes – por desenvolverem o conteúdo do princípio e por incluírem considerações sobre cultura e pluralidade de mundividências – acabam por ser os prolatados nos recursos de constitucionalidade e nos processos de fiscalização abstrata (preventiva ou sucessiva) e de controlo da constitucionalidade de referendos que foram sinalizados para análise por envolverem alusões a fatores culturais. Aqui, o princípio da dignidade da pessoa humana tanto aparece nas suas funções normogenética e interpretativa, como ainda na de fundamento direto de juízos de constitucionalidade.

Entre os acórdãos deste tipo, avulta claramente o acórdão nº 105/90, em que o TC se pronunciou, em sede de fiscalização concreta, sobre a eventual inconstitucionalidade do artigo 1785º, nº 2, do Código Civil, na parte em que consente a ambos os cônjuges o requerimento do divórcio com fundamento na separação de facto por seis anos consecutivos. Como referido *supra*, o princípio foi diretamente invocado pela recorrente. O TC reconheceu que a dignidade da pessoa humana, para além de ser um “valor axial e nuclear da Constituição”, fundamento de todo o ordenamento jurídico, também pode, só por si, constituir um critério para a emissão de um juízo de constitucionalidade sobre normas jurídicas. Concluiu, no entanto, pela não inconstitucionalidade da norma sindicada, por entender que cabe ao legislador concretizar o conteúdo da ideia de dignidade da pessoa humana e que o controlo jurisdicional das soluções normativas a que o legislador chegue deve fazer-se com particular cautela e contenção. A “dimensão eminentemente ‘cultural’” do conteúdo concreto da ideia de dignidade da pessoa humana, o facto de este conteúdo dever necessariamente “concretizar-se histórico-culturalmente” e a existência, na comunidade jurídica, de um legítimo “‘pluralismo’ mundividencial ou de concepções” não são invocados pelo TC para fundamentar um qualquer dever de respeito pela diferença, mas sim para justificar a margem de conformação reconhecida ao legislador⁵¹. Segundo o

⁵¹ O TC invocou o “pluralismo de concepções” sobre o divórcio para reconhecer que “a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial com base em simples causas objectivas, inequivocamente denotadoras da ‘ruptura da vida em comum’, não é algo que deva ser tido (muito menos pelo juiz controlador da constitucionalidade) como contrário à ‘dignidade da natureza humana’”. E acrescentou: “Atento quanto se expôs, não se vê, na verdade, como possa afirmar-se (e, em especial, como possa o Tribunal afirmar) que a salvaguarda da dignidade da pessoa do outro cônjuge exija que o cônjuge culpado fique para todo o sempre (ou enquanto o primeiro assim o quiser) amarrado a um casamento já desfeito na ordem dos factos”. Em apoio desta conclusão, o TC referiu ainda a “convergência de soluções legislativas” em ordenamentos como o alemão, o belga, o brasileiro, o francês, o inglês e o turco, que,

TC, o legislador só será censurável quando adote soluções normativas que sejam real e inequivocamente incompatíveis com o princípio da dignidade da pessoa humana, “não segundo o critério subjectivo do juiz, mas segundo um critério objectivo, como o será, p. ex.[,] o de ‘todos os que pensam recta e justamente’”⁵².

Temos dúvidas de que o entendimento da dignidade da pessoa humana por todos os que pensam reta e justamente fosse, ao tempo da prolação do acórdão, particularmente aberto à diversidade de modos de vida numa sociedade plural. Seis anos antes, com um coletivo parcialmente coincidente, o TC havia sustentado que o direito geral de personalidade decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana não impedia a imposição de restrições ao direito da pessoa a determinar a sua aparência externa (como o uso de barba, que era o que estava em causa no processo principal), precisamente por “o direito a proteger, porque tem de relacionar-se com a dignidade da pessoa humana, tem ele mesmo de possuir um mínimo de dignidade, respeitando as susceptibilidades dos outros, o seu decoro, os seus conceitos de uma certa respeitabilidade, o seu direito a não ser afrontado com situações que o molestam na sua maneira de estar na vida e de conviver, e no direito de ser atendido por quem se apresente com uma aparência higiénica, não repulsiva, pelo seu aspecto de desmazelo, desleixo, falta de limpeza e de decoro” (acórdão nº 6/84). A dignidade da pessoa humana funciona aqui, simultaneamente, como fonte do direito geral de personalidade e como seu limite, a interpretar, ao que tudo indica, por referência aos conceitos de respeitabilidade e de maneira de estar na vida e de conviver próprios da sociedade maioritária.

De então para cá, podemos dizer que a interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana pelo TC tem evoluído no sentido de uma maior abertura à diversidade de mundividências e modos de vida, ainda que a trajetória não seja linear nem inteiramente coerente.

com Portugal, integram a mesma “básica ‘civilização jurídica’”, assente no pressuposto fundamental da dignidade da pessoa humana.

⁵² Vinte anos mais tarde, com o acórdão nº 121/2010, o TC viria a reafirmar a margem de conformação do legislador, neste caso, a sua faculdade de reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Segundo o TC, ao regular o casamento, “o legislador ordinário está obrigado, não só a garantir o livre acesso a essa relação jurídica em condições de plena igualdade, mas também a observar outros parâmetros constitucionais, como o do respeito pelo étimo fundante da República e do sistema de direitos fundamentais que é a dignidade da pessoa humana [– limite] do núcleo essencial que não é franqueado pelo abandono da regra da diversidade de sexos entre os cônjuges”.

No acórdão nº 144/2004, em que apreciou a constitucionalidade da criminalização do lenocínio, o TC considerou que uma perspectiva “fundamentada na História, na Cultura e nas análises sobre a Sociedade” conduz ao reconhecimento de que uma ordem jurídica assente na dignidade da pessoa humana “não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão de liberdade de acção, situações e actividades cujo ‘princípio’ seja o de que uma pessoa, numa qualquer dimensão (seja a intelectual, seja a física, seja a sexual), possa ser utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outrem”⁵³. Mais uma vez, a cultura que informa o princípio da dignidade da pessoa humana é claramente a cultura maioritária. Diz o TC: “É claro que a esta perspectiva preside uma certa ideia cultural e histórica da pessoa e uma certa ideia do valor da sexualidade, [mas] tal horizonte de compreensão dos bens relevantes é sempre associado a ideias de autonomia e liberdade”. Não se trata, segundo o TC, de proteger sentimentalismos ou a moral dominante, mas sim de proteger a liberdade (a “autonomia para a dignidade”) e a integridade moral das pessoas que se prostituem. “O entendimento subjacente à lei penal radica, em suma, na protecção por meios penais contra a necessidade de utilizar a sexualidade como modo de subsistência, protecção diretamente fundada no princípio da dignidade da pessoa humana”. O princípio surge aqui, não apenas como limite à liberdade de exercício de profissão ou atividade económica, mas também como fundamento de deveres de respeito e de solidariedade no relacionamento com os outros, tornando irrelevante o consentimento de quem se prostitui. O TC nota que, apesar de a prostituição poder ser entendida como expressão da livre disponibilidade da sexualidade individual, o aproveitamento económico por terceiros constitui uma “interferência, que comporta riscos intoleráveis, dados os contextos sociais da prostituição, na autonomia e liberdade do agente que se prostitui (colocando-o em perigo), na medida em que corresponda à utilização de uma dimensão especificamente íntima do outro não para os fins dele próprio, mas para fins de terceiros”.

No acórdão nº 247/2005, em que concluiu pela inconstitucionalidade da norma do artigo 175º do Código Penal, na parte em que punia a prática de atos homossexuais com adolescentes mesmo que não se verificasse abuso da

⁵³ A conhecida “fórmula do objeto”, que tantas reservas merecia a Benedita MAC CRORIE, “O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, pp. 171-172.

inexperiência da vítima, o TC invocou o respeito pela dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, que se traduzem no direito dos cidadãos à sua autorrealização como pessoas, incluindo o direito à autodeterminação sexual enquanto direito a uma atividade sexual orientada segundo as opções de cada um dos seus titulares.

No acórdão nº 488/2018, a propósito do prazo para a investigação da paternidade, o TC usou o princípio da dignidade da pessoa humana como critério de interpretação e de ponderação entre direitos em conflito, para concluir que a “natureza pessoalíssima dos direitos dos filhos, que decorrem da intimidade mais profunda do ser humano e da sua necessidade afetiva e social mais definidora da sua humanidade e personalidade, faz com que, na operação de balanceamento entre posições contrapostas, os direitos dos filhos sejam, na hierarquia axiológica da Constituição em que a dignidade da pessoa humana ocupa o topo[,] de superior valia em relação aos direitos do investigado”. Interpretadas à luz do princípio da dignidade da pessoa humana – disse o TC –, as normas constitucionais que reconhecem os direitos a constituir família, à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade implicam que as ações de investigação da paternidade devem poder ser instauradas a todo o tempo, sendo constitucionalmente ilegítima qualquer limitação temporal para o exercício destes direitos⁵⁴.

No acórdão nº 313/2021, em que se pronunciou sobre o acesso por reclusos ao rendimento social de inserção, o TC recordou a jurisprudência constitucional que, havia décadas, vinha a reconhecer o direito a um mínimo para uma existência condigna, como direito fundamental autónomo, a partir do princípio da dignidade humana conjugado com o direito à segurança social em situações de carência. Notando não existir consenso na doutrina quanto à aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana como critério de delimitação do conteúdo mínimo dos direitos sociais, o TC observou que o “mínimo para uma existência condigna” não se refere apenas à mera sobrevivência fisiológica e psíquica, alargando-se também à integração da pessoa

⁵⁴ Este acórdão foi revogado pelo acórdão nº 394/2019, em que o TC decidiu não julgar inconstitucional a norma do Código Civil que fixa um prazo de dez anos, contado da maioridade ou emancipação do investigante, para a propositura da ação de investigação da paternidade.

na sociedade, à sua existência num contexto sociocultural e às condições reais de uma existência digna em função desse contexto, o que confere ao legislador um maior espaço para definir esse mínimo. Mais uma vez, a cultura (contexto sociocultural) é invocada para justificar a ampla margem de conformação do legislador, ainda que, aqui, o TC sublinhe a importância de soluções diferenciadas consoante as necessidades dos diferentes grupos. Para além de surgir como fundamento e critério de delimitação do direito a um mínimo para uma existência condigna, o princípio da dignidade da pessoa humana é ainda referido como impedimento a que o legislador trate os reclusos como proscritos, ou seja, como indivíduos que, pelo demérito da sua conduta passada, não merecem a solidariedade da comunidade.

Por último, importa referir o conjunto de acórdãos que versam sobre questões relacionadas com a bioética – aborto, colheita de órgãos e tecidos, procriação medicamente assistida e morte medicamente assistida –, em cuja fundamentação o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa um papel proeminente, ao ponto de ser considerado excessivo por alguns autores⁵⁵. O acórdão nº 25/84, sobre a exclusão da ilicitude em alguns casos de interrupção voluntária da gravidez, invocou o princípio da dignidade da pessoa humana para justificar a interpretação do enunciado “a vida humana é inviolável” com o sentido de este abranger a vida intrauterina⁵⁶. No acórdão nº 75/2010, continuou a sustentar-se que a vida intrauterina comunga, em certos termos, da “valia intrínseca e da dignidade da vida humana”, mas a tónica foi posta na dignidade da mulher⁵⁷. O TC mostrou-se atento aos números dos abortos clandestinos, praticados frequentemente em “condições atentatórias da dignidade” e de grave risco para a saúde (e até para a vida) da mulher, e considerou que, sendo a punição penal ineficaz e contraproducente, não se afigurava injustificado confiar na capacidade da grávida para tomar uma decisão responsável. Segundo o TC, esta solução “abona-se em

⁵⁵ Nesse sentido, cf., por exemplo, Benedita MAC CRORIE, “O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida”, *op. cit.*, pp. 55-56.

⁵⁶ Esta ideia foi reiterada no acórdão nº 617/2006, em que, no entanto, o TC precisou que o facto de o feto ser tutelado “em nome da dignidade da vida humana” não significava que tivesse “título idêntico ao reconhecido a partir do nascimento”.

⁵⁷ Depois de citar a passagem do acórdão nº 617/2006 transcrita em texto, o TC disse não ver fundamento para rever essa posição. Disse também que, apesar de a vida intrauterina representar um bem digno de tutela penal, isso não implicava necessariamente a outorga da tutela correspondente.

razões de princípio, na consideração da personalidade e da dignidade da mulher”⁵⁸. Posta a questão no “plano da preservação da dignidade da mulher grávida” – acrescentou o TC –, “a crença no seu sentido de responsabilidade e na sua predisposição a sensibilizar-se pelas razões contrárias à interrupção conjugar-se-iam mal com um tratamento que a menorizasse enquanto sujeito da decisão, com uma posição de orientação de cunho paternalista e tutelar”. É a dignidade da mulher que explica a opção legislativa por vedar interferências demasiado intrusivas no processo decisório da mulher grávida, designadamente, na consulta prévia obrigatória, de que estão afastados os médicos objetores de consciência⁵⁹.

O acórdão nº 130/88, sobre a colheita de órgãos e tecidos em cadáver, convoca a lição de Kant sobre o dever estatal de respeito pela liberdade ética do homem individual, notando que é nesta liberdade ética que radica a faculdade dos indivíduos de, enquanto vivos, se oporem à colheita de órgãos do seu cadáver para efeitos de transplantes, ao passo que o acatamento de uma tal vontade “decorre para a consciência coletiva a partir de raízes ancestrais” em que o respeito e a veneração devidos aos mortos encontram o seu fundamento. O TC considerou não ser necessário esclarecer em definitivo se o direito dos indivíduos a opor-se à utilização do próprio cadáver constitui expressão do direito à integridade pessoal ou à liberdade de consciência e religião, por entender que aquele direito sempre encontraria fundamento constitucional, “em último termo, na própria ideia ou princípio do Estado de Direito, iluminado pelo relevo que nele tem a dignidade da pessoa humana”.

No acórdão nº 225/2018, sobre procriação medicamente assistida, a densificação do princípio da dignidade da pessoa humana ocupa um papel central, o que não surpreende atenta a imposição constitucional de que a regulamentação da procriação assistida seja feita em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana [artigo 67º, nº 2, alínea e)]. Para o que

⁵⁸ Disse o TC: “Há que atentar em que a carga axiológica do princípio da dignidade humana não está toda do lado da vida intra-uterina. Ela investe também a posição jurídico-constitucional da mulher, sendo que, nesta esfera, não está apenas em causa o valor objectivo da vida humana, mas a sua valia pessoal para alguém, uma pessoa, um sujeito já reconhecido como titular de direitos fundamentais”.

⁵⁹ “As exigências decorrentes da tutela da dignidade da mulher afirmam-se também no modo como se deve processar a consulta que lhe é imposta. [A] grávida deve ser institucionalmente preservada de qualquer forma de ingerência no desenvolvimento ‘interno’ do seu processo decisório, mesmo daquelas que se traduzem apenas em comunicações de cunho declaradamente orientativo”.

principalmente nos interessa, cumpre referir, desde logo, a observação feita pelo TC de que não é fácil, no quadro de uma sociedade democrática e plural, concretizar positivamente a dialética, ínsita no princípio da dignidade da pessoa humana, entre “o intrínseco-permanente que constitui um *prius* e a abertura inerente à natureza histórico-cultural da pessoa”. Daí que o TC se recuse a identificar a dignidade humana “a partir de um dado sistema de valores, éticos, morais ou religiosos, ou uma certa tradição filosófico-cultural, perspetivando-a como um conceito axiologicamente fixo ou ‘fechado’”, mas também que não a trate como uma mera “‘norma de receção’ de concepções filosóficas predominantes na sociedade”, sem conteúdo próprio⁶⁰. Ainda que reconheça valor heurístico à “fórmula do objeto” (*i.e.*, proibição de instrumentalização da pessoa), o TC nota que a dignidade humana também se reflete na “capacidade de autodeterminação em razão da autonomia ética”, pelo que o consentimento livre e esclarecido, “desde que temporário e não irremediavelmente lesivo da autodeterminação futura do sujeito, constitui, ele próprio, um modo legítimo de afirmação da dignidade humana”. Como indicadores de que a gestação de substituição é uma expressão da autonomia da gestante, o TC apontou o facto de os contratos terem obrigatoriamente natureza gratuita e dependerem da “*solidariedade ativa* da gestante, traduzida na vontade de que aqueles concretos beneficiários sejam os pais da criança que ela venha a dar à luz”. Segundo o TC, a motivação principal da intervenção da gestante de substituição “não pode deixar de ser a resposta a um impulso de altruísmo”, pelo que há-de entender-se que a gestante “atua um projeto de vida próprio e exprime no mesmo a sua personalidade”. Assim sendo, a dignidade humana daquela que se assume como gestante de substituição não é violada. Pelo contrário, sustenta o TC, “a sua participação na gestação de substituição afirma uma liberdade de ação que, em última análise, se funda nessa mesma dignidade”⁶¹. Atenta a natureza pessoalíssima das obrigações

⁶⁰ Daí também a importância atribuída aos exemplos de Direito comparado e à convergência de soluções legislativas entre ordenamentos jurídicos que, com o português, integram a mesma “civilização jurídica”. Noutro passo, o TC invocou a universalidade do parâmetro “dignidade humana” para justificar uma especial atenção ao Direito internacional e ao Direito comparado em matéria de regulação da gestação de substituição, cuja consideração permitirá “prevenir ‘pré-juízos paroquiais’ [e] um ‘exacerbamento das peculiaridades jurídicas’ nacionais”.

⁶¹ Quanto à criança nascida na sequência da gestação de substituição, o TC concluiu também que a prévia celebração de um contrato em nada afeta a sua dignidade, ainda que tenha admitido que a quebra da ligação uterina pode ser discutida à luz do princípio do superior interesse da criança. A propósito da regra do anonimato dos dadores e da gestante, o TC disse que esta “anula parcialmente a historicidade pessoal de cada pessoa nascida nessas circunstâncias,

assumidas, é essencial para a garantia da dignidade da gestante que o seu consentimento seja livre e esclarecido e que se mantenha atual ao longo de todo o processo de gestação de substituição, pelo que o legislador não pode impor limites à revogabilidade do consentimento da gestante até à entrega da criança aos beneficiários. A importância atribuída à autonomia individual na densificação do princípio da dignidade da pessoa humana foi censurada por excessiva e também por insuficiente nas declarações de voto que acompanham a decisão⁶².

É também a imbricação entre dignidade humana e autonomia individual que está fundamentalmente em causa no acórdão nº 123/2021, em que o TC se pronunciou sobre a descriminalização e regulação da morte medicamente assistida. Tendo afirmado que o direito à vida não tem uma dimensão negativa, no sentido de que ao direito de viver não se contrapõe um direito de morrer, o TC considerou não ser de excluir que “um tal direito não possa resultar da liberdade de cada um se autodeterminar, em função do seu projeto pessoal de vida”. O TC não viu, no entanto, necessidade em tomar posição sobre esta matéria, por as normas sindicadas não disporem sobre o suicídio, mas sim sobre a assistência de profissionais de saúde, num quadro de atuação regulado e controlado pelo Estado, à antecipação da morte de uma pessoa a pedido desta, o que coloca problemas que transcendem a esfera pessoal de quem pretende morrer. Em todo o caso, o TC explicou a opção do legislador por afastar a punibilidade dos profissionais de saúde nos casos de auxílio a pessoas em situações-limite de sofrimento como sendo

mas, por si só, é insuficiente para a despersonalizar”, pelo que não constitui uma “autónoma e específica violação da respetiva dignidade”.

⁶² A Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, preocupada com a dignidade da criança “doada”, censurou a maioria por desconsiderar a “dimensão relacional da dignidade humana” (*i.e.*, relação entre gestante e nascituro) e afastar o “paradigma de matriz comunitária”, ao privilegiar o individualismo e tratar cada pessoa como “juiz da sua dignidade individual”. O Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro, por seu turno, discorda da asserção de que a gratuitidade é uma garantia de liberdade ou de dignidade da gestante e censura a maioria por implicitamente assumir uma conceção perfeccionista da dignidade da pessoa humana, ao valorizar a solidariedade e o altruísmo da gestante como razões para respeitar a sua liberdade. Em seu entender, o TC “deveria ter seguido o caminho de uma conceção *liberal* ou *deontológica* da dignidade da pessoa humana, uma conceção nos termos da qual a dignidade, enquanto princípio *jurídico*, não pode ser invocada *contra* a liberdade do próprio, antes reclama que essa liberdade seja respeitada seja qual for o conteúdo ou a motivação do seu exercício”. Em apoio desta conceção avançou dois argumentos: o da *interioridade*, segundo o qual o valor intrínseco da pessoa humana está na sua capacidade singular de autodeterminação, e o do *pluralismo*, segundo o qual o respeito pela pessoa na sua capacidade de autodeterminação abrange, “não apenas a sua liberdade de *ação*, mas as normas e os valores pessoais que orientam a sua conduta – [a] sua liberdade de *convicção*”.

fundada “numa conceção de pessoa própria de uma sociedade democrática, laica e plural dos pontos de vista ético, moral e filosófico”, segundo a qual “o direito a viver não pode transfigurar-se num dever de viver em quaisquer circunstâncias”. O TC concordou que, perante a tensão entre o direito à vida e a vontade livre e consciente de não querer continuar a viver em situação de grande sofrimento, “a proteção absoluta e sem exceções da vida humana não permite dar uma resposta satisfatória, pois tende a impor um sacrifício da autonomia individual contrário à dignidade da pessoa que sofre, convertendo o seu direito a viver num dever de cumprimento penoso”⁶³. Notou, no entanto, ser necessário salvaguardar a voluntariedade da colaboração dos terceiros, assegurando que estes podem invocar objeção de consciência, e a autonomia da própria pessoa que pretende antecipar a sua morte, defendendo-a “contra atuações precipitadas ou determinadas por pressões sociais, familiares ou outras”. Como antecipámos, TC concluiu pela inconstitucionalidade das normas sindicadas, por insuficiente densificação normativa, o que reduziu a possibilidade da morte medicamente assistida a uma “mera hipótese teórica[,] inoperável no plano prático”⁶⁴. Este acórdão tem, ainda assim, o interesse de sublinhar que a densificação do princípio da dignidade da pessoa humana se faz no quadro de uma sociedade laica e plural, aberta e inclusiva, em que se reconhece que diferentes pessoas têm diferentes conceções sobre o que seja uma vida boa⁶⁵.

4. Considerações finais

No conjunto dos acórdãos subsumíveis à categoria *jurisprudência multicultural*, aqueles em que o princípio da dignidade da pessoa humana assume

⁶³ Afirmando que o dever do Estado é o de proteger e promover a vida humana, o TC apenas admite que o apoio de terceiros à morte autodeterminada possa representar um interesse constitucional positivo na hipótese de se tratar de doença fatal em estado terminal.

⁶⁴ Citamos a declaração de voto conjunta encabeçada pela Conselheira Mariana Canotilho, que, entre outros aspetos, criticou o TC por praticamente absolutizar o direito à vida em detrimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Em idêntico sentido se pronunciou o Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro, que reiterou muitas das considerações tecidas na sua declaração de voto ao acórdão nº 225/2018.

⁶⁵ Convocamos aqui ideias presentes nas declarações de voto da Conselheira Joana Fernandes Costa e do Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro, bem como na declaração de voto conjunta encabeçada pela Conselheira Mariana Canotilho.

mais plenamente o seu potencial inclusivo são os relativos a estrangeiros, em que a dignidade da pessoa humana figura como fundamento da equiparação de direitos entre estrangeiros ou apátridas e cidadãos nacionais, numa lógica universalista de respeito pelos indivíduos como “cidadãos do mundo”. Por norma, nestes acórdãos, não encontramos menção a referentes culturais, ainda que, pontualmente, o TC assinale como relevante a circunstância de os estrangeiros serem oriundos de países de língua oficial portuguesa, fazendo eco daquele que continua a ser um marco identitário importante do “modo português de estar no mundo”.

Nos demais acórdãos que usam o princípio da dignidade da pessoa humana, as referências de ordem cultural mais comuns dizem respeito ao dinamismo da sociedade e ao pluralismo de mundividências, invocados, não raro, para justificar a margem de conformação do legislador na interpretação e densificação do conteúdo do princípio. Como afirmado nos acórdãos nº 105/90 e nº 225/2018, o princípio da dignidade da pessoa humana tem de concretizar-se histórico-culturalmente, acompanhando a “abertura inerente à natureza histórico-cultural da pessoa”. Comparando decisões da década de 1980 com decisões mais recentes, dir-se-á que o TC ganhou em sensibilidade e abertura face à diferença, moderando a linguagem e concedendo crescente espaço à autonomia individual. Deve notar-se, no entanto, que a atenção às “conceções e valorações relativas ao significado da própria existência para cada pessoa”, para convocarmos o dito no acórdão nº 123/2021, ainda não foi testada em processos que envolvam argumentos identitários minoritários (*i.e.*, esgrimidos por minorias étnico-raciais ou religiosas ou por estrangeiros) em tensão com a mundividência cara à maioria. Nas poucas oportunidades que teve, o TC escusou-se a entrar na questão e, no acórdão nº 544/2014, a tensão já estava resolvida pelo legislador, que previra explicitamente a dispensa do trabalho, de aulas e de provas por motivo religioso, ainda que com um enunciado manifestamente insuficiente. Este acórdão, que consideramos o ponto alto da jurisprudência multicultural do TC, tem, em todo o caso, o mérito de mostrar como é possível transpor argumentos em algum momento usados em benefício da maioria (dimensão positiva da liberdade religiosa afirmada nos acórdãos nº 423/87 e nº 174/93 sobre ensino da Religião e Moral Católicas na escola pública) para proteger pessoas pertencentes a minorias (direito de guarda de adventista do sétimo dia).

Considerando a totalidade do acervo, e respondendo à pergunta formulada no início deste trabalho, não oferece dúvidas que o TC mobiliza argumentos culturais na fundamentação das suas decisões, com frequentes referências ao contexto social e cultural, raízes ancestrais, tradição, etc. Não faltam, de resto, acórdãos em que o TC se detém em considerações de ordem sociológica ou etnográfica, sobre nomadismo, religiões, fluxos migratórios, prostituição, abortos clandestinos, etc., incluindo (sobretudo, nos anos mais recentes) referências bibliográficas para textos académicos não jurídicos. Claro que esta abertura a informação extrajurídica, sendo de saudar, não significa, por si só, que as decisões sejam mais acertadas ou bem fundamentadas. Basta recordar que as considerações sobre nomadismo do acórdão nº 452/89 serviram de fundamento para rejeitar a ideia de que as normas sindicadas visavam a especial vigilância dos ciganos e andaram de par com observações problemáticas a respeito da propensão dos nómadas para o crime. Convém também ter presente que as afirmações de que a sociedade portuguesa é uma sociedade plural não obstam a que a influência do Catolicismo seja manifesta e que a diversidade religiosa seja frequentemente minimizada, do mesmo modo que são desvalorizadas as barreiras linguísticas enfrentadas pelos estrangeiros no acesso à justiça e as modalidades culturalistas do racismo “sem raças”.

UMA LIÇÃO DA PANDEMIA: RENÚNCIA À GLOBALIZAÇÃO OU LIMITES A ESSA RENÚNCIA? RESSIGNIFICAÇÃO DO ESTADO*

Paula Veiga**

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.19>

1. Argumento

Um dos efeitos, quiçá o mais imediato, da globalização foi a diminuição do poder dos Estados na determinação do curso deste nosso mundo¹. Com efeito, o conceito de globalização, que é polissémico, e reúne uma série de transformações, tem, como habitual denominador comum, o da constatação de uma profunda transformação do Estado-nação, na aceção do conceito tal como é percecionado pelo direito internacional e pelo direito constitucional, isto é, em que há uma intrínseca ligação desse conceito ao outro tradicional da soberania.

* O título deste Escrito é a singela Homenagem que prestamos à Colega Benedita Mac Crorie, com quem só nos cruzámos pessoalmente uma vez, inspirado na formulação da Sua tese de doutoramento – *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares. A Sua memória, e ao que com Ela vamos continuar a aprender, através dos Seus livros*.

** Paula Veiga, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (pveiga@fd.uc.pt).

¹ Por todos, U. BECK, *O que é globalização?*, Paz e Terra, 1997.

Aparentemente, a pandemia de Covid-19 marcou a hora do renascimento deste Estado-nação soberano, a par de uma crise das instituições internacionais, bem ilustrado pelo apagamento da atuação da Organização Mundial da Saúde (OMS) durante o surto, não obstante ter sido esta organização internacional que, no dia 11 de março de 2020, declarou que o coronavírus era uma pandemia. Cabe, assim, perguntar se há, ou não, um cansaço de globalização, e se, por outro lado, a pandemia veio tornar evidente esse cansaço².

Assim, e num primeiro olhar, dir-se-á que a utopia de uma comunidade global, ou de uma mundialização, sofreu um forte abalo com a pandemia, porque todos testemunhámos uma *viragem territorial*. Tentaremos ver se assim foi, e se assim será, nas próximas linhas.

2. A pandemia como uma das peças na engrenagem para o cansaço...

Também numa primeira aproximação, parece que uma leitura consistente e abrangente para o eventual cansaço de um fenómeno tão vasto e complexo quanto o da globalização não pode depender de uma só variável, como é o caso de um cenário pandémico, por mais importante que esta seja. Mas, por outro lado, foi a pandemia que pôs em xeque governos que se consideravam poderosos, que “engripou” toda a máquina que faz funcionar a globalização – isto é, o comércio, as viagens ou a indústria – e que despertou em muitas pessoas medos atávicos, na simples medida em que lhes recordou que, afinal, são mortais.

Globalização, como já se disse acima, é um conceito polissémico, por vezes até impreciso. Efetivamente, se se estiver a pensar em termos de pessoas, e do seu *status* (ao invés de globalização no mundo da economia) – em que se considera que é preferível o conceito de cosmopolitismo ou mundialização, já que globalização é um termo originalmente ligado a essa área económica – houve um retrocesso da globalização com a pandemia. No fundo, o que se deseja significar quando se emprega o conceito para o propósito deste artigo é

² Sobre a desigualdade a nível global, *vide* Branko MILANOVIĆ, *Global Inequality: A New Approach for the Age of Globalization*, Harvard University Press, 2016.

o efeito contínuo de internacionalização a nível mundial, com as suas interdependências. Por outras palavras, quicá mais simples: *globalizações há muitas*.

Desde o início da década de 90 do século XX até à emergência da Covid-19 vinha-se propagando a bela e boa bandeira de defesa dos direitos humanos, ao ponto de alguns terem confundido essa época com a de uma nova ordem mundial ao estilo kantiano. Mas, há que não escamotear uma certa desilusão hodierna em torno desse discurso da defesa dos direitos humanos, em muito propiciada pelo facto de estes terem sido largamente expandidos em “papéis”, nacionais e internacionais, sem muitas das vezes o terem sido garantidos e /ou implementados. O mundo continua a não ser um espaço pacífico e harmonioso. Tomando como ponto de referência a Europa, pode afirmar-se que nesta, como também do outro lado do mundo, há pessoas que continuam a viver infelizes e inseguras. Com efeito, desigualdade, discriminação, pobreza, conflito, guerra, opressão, etc. são fenómenos aos quais se continua a assistir, aqui como lá.

Um dos casos paradigmáticos dessa desilusão sucedeu no espaço europeu. Desde 2007, com o Tratado de Lisboa, tentaram estabelecer-se os *valores europeus* do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do estado de direito e do respeito pelos direitos humanos, mas, progressivamente, ao longo dos anos que passaram foram aumentando percepções de crise.

Num outro campo – o da digitalização – a mobilidade e o mundo global não chegaram a todos os membros da comunidade a nível mundial.

A estes dois fatores – desilusão em torno do discurso dos direitos humanos e fraca digitalização em alguns lugares do globo – acrescem as contínuas reclamações de soberania, sobretudo da China (bem expressas no recente argumento da soberania da internet no seu espaço territorial) e da Rússia (que se encetaram com as mudanças implementadas na Constituição russa e tiveram a sua face mais dramática com a invasão da Ucrânia, culminando com o infeliz regresso da geopolítica à Europa). Tal significa que aos três grandes episódios geopolíticos da história mundial já nossos conhecidos – o fim da II Grande Guerra; a Guerra Fria; e a Era da Globalização, que se iniciou após 1990 – vem agora juntar-se mais uma convulsão.

Analisados estes aspetos, parece mais prudente afirmar que a pandemia, e a sua gestão, com a denominada *viragem territorial*, foram apenas mais uma

peça na engrenagem para a renúncia à globalização, embora não se deva deixar de lhe dar atenção. É o que vai tentar fazer-se de seguida.

3. Covid-19 e *viragem territorial*

A prevenção e o combate da pandemia exigiram muitas medidas, nacionais e internacionais. Essas medidas confrontaram-se, as mais das vezes, com a necessidade de concordância prática entre vários direitos em jogo, porque havia que equilibrar entre liberdades e interesse coletivo³, o que nem sempre foi bem acolhido pelos titulares dos direitos.

Entre essas medidas destacam-se políticas de saúde excecionais a nível nacional, mediante a constatação da ausência de uma *governance* global que atingisse um consenso, bem como a disputa entre Estados para aquisição de equipamentos médicos, de fármacos, de máscaras ou de respiradores.

As medidas restritivas de direitos, nomeadamente as que decorreram da quarentena e do isolamento, como, por exemplo, as restrições à liberdade de deslocação, foram, sobretudo, decretadas a nível estadual e não por instituições internacionais. Por quê esse silêncio de instituições internacionais? Quiçá uma não atuação mais musculada da Organização Mundial da Saúde (OMS) se justifique por uma atitude cautelosa, ou seja, um comportamento que tenha visado assegurar um multilateralismo global e uma não crítica de atuação de uma instituição de cariz tecnocrático. Com efeito, é necessário não esquecer que a OMS pode ser vista sob duas óticas, de acordo com a sua missão, óticas que têm, muitas vezes, sido discutidas, justamente por gerarem confusão e ineficácia: a) como organização técnica e científica; b) como organização internacional na sua vertente de fórum de negociação política, de diplomacia e de centro de decisão. Não há dúvida de que a atuação da OMS poder-se-ia ter efetivado através de mecanismos de *soft law*, essa categoria do direito internacional que favorece o compromisso e o consenso. Mas o alerta

³ Neste sentido, vejam-se, de entre os novos meios de difusão da informação, *inclusive* hoje já de carácter científico, F. PIOVESAN e M. Morales ANTONIAZZI, “Covid-19 e a necessidade de uma abordagem holística e integral da proteção dos direitos humanos”, *Blog Constitucional*, 25 de abril de 2020; M. Morales ANTONIAZZI e S. STEININGER, “Como Proteger os Direitos Humanos em Tempos de Corona? Lições do Sistema Interamericano de Direitos Humanos”, *EJIL:Talk!*, 1 de maio de 2020.

para o silêncio da OMS já vinha sendo dado perante as crises de ébola, quer nos finais dos anos 80 do século XX, quer perante a respetiva crise de 2014⁴. Essa não atuação parece, pois, indiciar um declínio da OMS nesta situação em particular e, portanto, um decréscimo da cooperação internacional, e das instituições internacionais em geral, em detrimento do poder de atuação dos Estados. Essa menor atuação pode dever-se a diferentes fatores, sejam deficiências estruturais, seja uma desconfiança dos Estados. No entanto, não deixa de ser evidente que a OMS enfrentou sérias dificuldades de *voz* e de *atos* durante a pandemia⁵.

De entre as várias instituições internacionais, coloca-se a tónica na OMS, naturalmente que em virtude das suas competências no quadro de doenças epidémicas. Como se sabe, enquanto organização especial da Organização das Nações Unidas, a OMS foi fundada após Segunda Guerra Mundial e consagra, no preâmbulo da sua Constituição, ter como objetivos e funções centrais: a) a organização da política internacional de saúde enquanto organização intergovernamental; b) a promoção da saúde como direito humano; e c) o combate de *doenças infecciosas*⁶. A vida desta organização internacional amadureceu durante um período em que muitos temiam as viagens aéreas, a migração em massa, bem como o ritmo da globalização, o que tudo somado permitiu que doenças cruzassem o mundo em velocidades anteriormente desconhecidas. Nesses anos após a sua fundação, a OMS esteve no centro da vida da saúde a nível internacional. O seu amadurecimento está, portanto, intrinsecamente ligado aos fenómenos da globalização e da mundialização. Um grande impulso foi dado no final da década de 1990, marcado pela luta contra o HIV; por um melhor acesso a medicamentos, porque a preços acessíveis; bem como por um aumento do compromisso global com a saúde nos países em desenvolvimento. Estes fatores poderiam ter concorrido para um crescimento da importância da OMS no mundo global (da saúde), mas tal não se verificou. Assim, e apesar de já neste novo milénio ser decisiva

⁴ Neste sentido, Andrew LAKOFF, *Unprepared. Global Health in a Time of Emergency*, University of California Press, 2017.

⁵ Luigi FERRAJOLI, *O vírus põe a globalização de joelhos*, trad. Moisés Sbardelotto, Instituto Humanitas UNISINOS, 18, 2020, disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597204-ovirus-poe-a-globalizacao-de-joelhos-artigo-de-luigi-ferrajoli> [22.03.2022].

⁶ Itálico adotado.

uma governança global ao nível da saúde, a OMS continuou com um fraco impacto de liderança política no seu âmbito de competência. No entanto, não deixa de ser, pelo menos *no papel*, a autoridade diretora e coordenadora de trabalho de saúde internacional, nomeadamente através do Regulamento Sanitário Internacional, um acordo (internacional) que a estabelece como a instituição-chave para a proteção contra a disseminação internacional de doenças. Crê-se que as razões para um decréscimo da voz da OMS estão, muitas vezes, relacionadas com tensões “geopolíticas” que se têm estabelecido entre a sede (e direção geral) e as estruturas regionais.

A par da atuação de instituições internacionais, os cidadãos da União Europeia em particular esperavam também uma resposta a nível europeu, vinculativa para todos os Estados-membros, em face da pandemia, não obstante as limitadas competências da União Europeia na área da saúde.

É nestes termos que, um pouco à margem do discurso comum (que aponta para restrições a direitos fundamentais em tempos da pandemia), se decidiu com este texto lançar os olhos sobre o problema mais macro de decréscimo da importância das instituições globais durante a crise pandémica, tentando verificar quais serão as repercussões jurídicas deste fenómeno. Por tudo quanto se referiu até estas linhas, parece haver indícios de um certo cansaço da globalização, com uma eventual reconfiguração do poder do Estado.

4. Esforço de compreensão

No plano institucional internacional, a *viragem territorial* pode ser sintoma de que as instituições internacionais, bem como as suas normas e princípios, estarão sob pressão em face de relações de poder disfuncionais.

Já no que respeita ao que acima se designou reconfiguração do poder dos Estados, parece evidente que, no essencial, as ordens constitucionais nacionais foram capazes, num momento de extrema tensão como o foi o da pandemia, de dar resposta aos desafios da crise. Tal resposta não se traduziu, via de regra, numa ditadura de saúde, o que não se pode deixar de aplaudir, ainda que a defesa da saúde pública tivesse sido um dos bens constitucionais mais protegidos durante o tempo em que vigorou o maior pico da pandemia. Além disso, apesar da resposta mais imediata ter sido o isolamento, em

detrimento da cooperação entre Estados, a verdade é que as estratégias adotadas não diferiram significativamente entre os diferentes Estados, manifestando até um certo efeito de imitação. Com efeito, do ponto de vista constitucional, os Estados de tradição ocidental, confrontaram-se, no essencial, com quatro questões principais, às quais, via de regra, conseguiram dar resposta, a saber: a) o sistema de competências para a restrição de direitos; b) o equilíbrio de poderes entre parlamento e executivo em face das circunstâncias epidémicas⁷; c) a base jurídica para as medidas que iam sendo adotadas, com especial destaque para a sua proporcionalidade.

5. Só benefícios?

O mote desta reflexão foi o de perceber se a Covid-19 tem vindo a confirmar um cansaço do fenómeno da globalização.

Não se escamoteia a percepção, cada vez mais difundida, de que as estruturas multilaterais (está a pensar-se nas centradas no Ocidente) prometeram demais e cumpriram pouco. Tal é particularmente importante, porque a forma crua com que convivemos com o medo e o sofrimento pode dar azo a caminhos menos férteis em termos de humanização, o que é especialmente perigoso se isso redundar numa coisificação da pessoa humana.

A pandemia também permitiu perceber, embora tal pertença mais a uma visão cultural, e não tanto jurídica, que os nacionalismos e as identidades nacionais continuam “vivíssimos” em pleno Século XXI.

No entanto, não se pode olvidar que enveredar por um discurso radical de cansaço de globalização dá lugar ao reforço de um atributo dos Estados que tem muitas vertentes negativas – pensa-se na soberania. Com efeito, ascensões da soberania, pelo menos na sua formulação clássica, voltará a gerar uma fragmentação do direito internacional, fenómeno que se deve, a todo o custo, evitar. Desde logo, porque não se sabe se seria possível, uma vez que os antigos “arranjos soberanos” da modernidade sofreram uma erosão. Depois porque a proliferação de instituições internacionais que lidam com

⁷ Neste sentido, *vide* Tim GINSBURG e Mila VERSTEEG, “The bound executive: Emergency powers during the pandemic”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, nº 5, Dezembro 2021, pp. 1498-1535.

setores especializados, como, entre outros, o comércio, o ambiente, os direitos humanos, a segurança, ...não deixaram, pura e simplesmente, de existir.

Daí que seja essencial manter viva a ideia de funções de *governance* que permanecem em estruturas internacionais, porque estas são as únicas que podem defender direitos das pessoas em todos os lugares⁸. Além disso, um eventual crescimento do Estado não seria garantia de mais humanização, desde logo porque a resposta de um Estado rico seria sempre diferente da resposta de um Estado com menos recursos.

Como vem sendo assinalado pela doutrina, há hoje uma tendencial dissociação entre política e Estado. Por outras palavras: com o processo da globalização, o sistema político expandiu-se para além da esfera do Estado, nomeadamente para a política internacional, embora o *espaço* continue a existir e a assumir relevância em alguns aspetos.

Assim, ainda que a globalização que caracterizou o final do século XX possa estar em crise, não se pode abandonar a globalização ética que já foi encetada, na tradição defendida, nomeadamente, por Luhmann, Habermas e Teubner. Com efeito, o campo do direito internacional continua a ser um espaço privilegiado para atuar, na medida em que é agora estruturado em códigos de juricidade, designadamente assentes na defesa do Estado de Direito e dos Direitos Humanos. De resto, nem se sabe se seria possível abandonar, de todo em todo, a globalização em face da digitalização, uma vez que se se compreender a primeira enquanto conectividade entre pessoas físicas (ou coletivas) de diferentes partes do mundo, a segunda é um fenómeno que impede o fim da primeira. E assim, com esta crescente interligação entre Estados, organizações e indivíduos, tornam-se globais não só as relações económicas, mas, também, as relações sociais e políticas.

No entanto, como já escrevia Jürgen Habermas em 2012, há “razões empíricas” que justificam a falta de expectativa de uma expansão global da solidariedade, porque, apesar de as organizações não governamentais chamarem a atenção do “público mundial”, essa ideia só se desperta “seletivamente por

⁸ Em sentido tendencialmente diferente, embora a análise seja restrita à pandemia e à questão da saúde, *vide* Thana C. de CAMPOS-RUDINSKY e Mariana CANALES, “Global health governance and the principle of subsidiarity: in defense of a robust decentralization approach”, *International Journal of Constitutional Law*, 2022, pp. 1-27, disponível em <https://doi.org/10.1093/icon/moac002>.

este ou aquele grande evento”, não é “estruturalmente permanente”⁹. Daí que se acredite que é, justamente, a manutenção de uma ideia de interdependência (ou de globalização, se assim se lhe quiser chamar), ainda que em moldes diferentes dos que se conheciam pré-pandemia, que permitirá, por exemplo, a prioridade multilateral de fazer chegar vacinas a todas as pessoas em todos os Estados. Dito por outras palavras: a *governance* para além do Estado continua a ter um grande papel a desempenhar, com a ajuda de humanização que tem sido trazida nomeadamente pela mão das organizações não governamentais.

Relativamente a esta *governance*, há muito tempo que se percebe que esta não é apenas estabelecida por processos formais de deliberação. Pode ocorrer de modos muito diversos e por muitas entidades diferentes. Além disso, a *governance* de hoje assenta numa relação entre o global (baseada em organizações internacionais e nos seus instrumentos reguladores multilaterais) e o local (possibilitando que os Estados estejam aptos a lidar com os problemas globais e uma produção que assente em cadeias locais de produção) – trata-se do que já se apelida de *glocal*. Esta *governance* tem, necessariamente, que se nortear pelo princípio da prevenção, através de uma análise estratégica de problemas, identificação de prioridades e de soluções ao nível de toda a humanidade.

É em mecanismos de deliberação informal, mas, também formais que se pode continuar a efetivar a humanização, não esquecendo que se não há um padrão internacional para os direitos humanos, há, pelo menos, um padrão regional, sobretudo na Europa, nas Américas e em África. Nesse quadro, interessa enriquecer o padrão mínimo de proteção de direitos humanos a nível nacional e disseminar, quase universalmente, esse padrão mínimo, como vem sendo feito por meio dos Pactos Internacionais de Direitos e da Convenção Europeia de Direitos Humanos (para o caso europeu). Se existe uma consequência benéfica da Covid-19 é a de ter colocado, novamente, em cena o debate sobre os direitos humanos e a importância do multilateralismo. Nesse debate, o constitucionalismo para além do Estado, enquanto metodologia que busca a aplicação de princípios constitucionais na esfera jurídica internacional, e o consequente reforço das legitimidade, efetividade e justiça

⁹ Jürgen HABERMAS, “Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts – Ein Essay zur Verfassung Europas”, *ZaöRV*, vol. 1, 2012.

desta área do direito, continua a ter uma palavra a dizer e a ser o caminho que mais favorece não só esse multilateralismo como, também, essa proteção dos direitos humanos de todos em todos os lugares. É sob o mantra da “unidade e interdependência de todos os direitos humanos” que a humanização ética tem tido um profundo impacto em todas as áreas do direito, aí incluído o direito internacional, considerando todas as suas subáreas (por ex., comércio internacional, direito económico, direito dos refugiados e dos conflitos armados, ...).

A finalizar esta breve explanação dir-se-á que o panorama da globalização na época pós-Covid é novo, mas tem menos originalidades do que poderia, à partida, parecer. Com efeito, o direito internacional tem estado sempre em constante pressão para provar a sua credibilidade. É o que continua a acontecer. Assim, trata-se de um “recomeço”, como bem escrevem Miguel Poiars Maduro e Paul W. Kahn, na introdução da sua recente obra *Democracy in Times of Pandemic: Different Futures Imagined*¹⁰.

¹⁰ Edição dos autores pela Cambridge University Press, 2020.

“FILHOS DE UM DEUS MENOR”: MIGRANTES E REFUGIADOS AO ABRIGO DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS

Paulo Pinto de Albuquerque*
Guillaume Dartigue**

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.20>

1. Introdução¹

A recente abordagem do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (“o Tribunal”) aos migrantes e refugiados tem sido contraditória e algo confusa, criando uma situação de incerteza em toda a Europa. A jurisprudência do Tribunal está agora perturbada por contradições internas. Tem havido mais “recuos” na última década². Esta situação exige uma reavaliação e uma

* Professor na Universidade Católica Portuguesa - Faculdade de Direito de Lisboa. Antigo juiz do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (2011-2020).

** Doutor em Direito Público da Universidade de Estrasburgo.

¹ Este texto corresponde a uma versão atualizada do texto publicado pelo primeiro Autor no livro *Fair Trial: Regional and International Perspectives, Liber Amicorum Linos-Alexandre Sicilianos*, Limal, Anthemis, 2021, que foi atualizado pelos dois Autores para publicação neste volume.

² L. R. HELFER e E. VOETEN, “Walking Back Human Rights in Europe?”, *European Journal of International Law (EJIL)*, vol. 31, nº 3, pp. 797-827.

clarificação. Diferentes temas ilustram os desafios que os migrantes enfrentam desde que o Tribunal entrou numa “rampa deslizante” (*slippery slope*) em relação ao movimento de proteção que havia iniciado. Estes temas são complexos e não poderei ser aqui exaustivo. Salientarei, entre os mais importantes, a detenção de migrantes e a expulsão de estrangeiros gravemente doentes (incluindo migrantes).

2. Artigos 3º e 5º: a proibição da tortura e de tratamentos desumanos e degradantes e o direito à liberdade

Começarei por abordar a situação dos migrantes que são frequentemente detidos na fronteira ou durante o processo de expulsão³. Em geral, a detenção de migrantes trouxe desafios ao Tribunal, por força dos interesses em jogo que precisam de ser conciliados: por um lado, o Tribunal tem de ter em conta o direito de um Estado a controlar as suas fronteiras e, por outro lado, a necessidade de proteger o direito de um indivíduo a não ser submetido a tortura ou maus-tratos.

Por um lado, é indiscutível que cada Estado tem o direito de proteger as suas fronteiras e de assegurar que os indivíduos não tentem contornar as normas sobre imigração. Quando acompanhada de garantias adequadas para os indivíduos em causa, a detenção de estrangeiros é admissível como medida de prevenção da imigração ilegal por parte dos Estados⁴. Contudo, mesmo em circunstâncias tão limitadas, os Estados devem garantir que continuam a cumprir as suas obrigações internacionais, incluindo a Convenção de Genebra de 1951 relativa ao Estatuto do Refugiado e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (“a Convenção”)⁵. Por outras

³ Várias publicações têm destacado o problema da detenção em vários países europeus. Ver sobre este tópico, J. SARKIN, “Respecting and Protecting the Lives of Migrants and Refugees: The Need for a Human Rights Approach to Save Lives and Find Missing Persons”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 22, nº 2, 2017, pp. 207-236; B. FRELICK, “Pushed Back, Pushed Around Italy’s Forced Return of Boat Migrants and Asylum Seekers, Libya’s Mistreatment of Migrants and Asylum Seekers”, *Human Rights Watch*, vol. 21, setembro 2009; P. BLOMFIELD, “We Are Locking Up People Indefinitely. This Inhumane Practice Needs to End”, *The Guardian (Opinion)*, 24 de agosto de 2017.

⁴ Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, 21 de janeiro de 2011, § 216.

⁵ TEDH, acórdão *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, cit., § 216. Sobre este tópico, ver também, N. SITAROPOULOS, “Why International Migration Law Does Not Give a License to Discriminate”, *EJIL: Talk!*, 20 de maio de 2015; F. PIZZU-

palavras, “a legítima preocupação dos Estados em impedir as tentativas cada vez mais frequentes de contornar as restrições à imigração não deve privar os requerentes de asilo da proteção oferecida por estas convenções”⁶.

2.1. Avaliação do risco de violação dos direitos em caso de expulsão

O Tribunal proíbe a expulsão de um estrangeiro se tal representar um risco real, com base em “razões sérias e comprovadas”, de sofrer uma violação do direito à vida (artigo 2º), maus-tratos (artigo 3º), ou um ataque à sua integridade, em violação do artigo 8º da Convenção⁷. Cabe às autoridades nacionais fazer a avaliação do risco e o Tribunal acompanha esta avaliação com grande firmeza⁸. O risco pode por vezes ser de natureza sistémica, dependendo da situação no Estado para o qual se expulsa, cabendo ao Tribunal analisar uma série de dados factuais e atribuindo particular importância às análises de organizações não governamentais ou organismos internacionais como o Gabinete do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Recordando regularmente que uma situação de violência generalizada não é suficiente em si mesma para determinar a não-expulsão⁹, o Tribunal parece, no entanto, considerar que certos contextos são tão graves que se tornam suficientes em si mesmos para caracterizar um risco de violação da Convenção. É o caso, por exemplo, da situação na Síria, devido à existência de um conflito armado de alta intensidade e aos ataques dirigidos a civis¹⁰.

TELLI, “The Human Rights of Migrants as Limitations on States’ Control Over Entry and Stay in Their Territory”, *EJIL: Fale!*, 21 de maio de 2015.

⁶ TEDH, acórdão *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, cit., citando o acórdão do TEDH, *Amuur c. França*, 25 de junho de 1996, § 43.

⁷ Ver, por exemplo, TEDH [GC], *Chahal c. Reino Unido*, 15 de novembro de 1996; *Chamaiev e outros c. Geórgia e Rússia*, 12 de abril de 2005; TEDH [GC], *Saadi c. Itália*, 28 de fevereiro de 2008; TEDH, *Daoudi c. França*, 3 de dezembro de 2009; TEDH, *M.A. c. Bélgica*, 27 de outubro de 2020. A expulsão em si pode também constituir maus-tratos, se uma criança pequena estiver envolvida, devido à extrema angústia que lhe é infligida. Cf. TEDH, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Bélgica*, 12 de outubro de 2006, § 69. Sobre o julgamento, ver B. MASSON, “Un enfant n’est pas un étranger comme les autres”, *Revue Trimestrielle des droits de l’homme (Rev. trim. dr. h.)*, 2007, pp. 823-835.

⁸ Para um exemplo recente, ver acórdão do TEDH, *K.I. c. França*, 15 de abril de 2021. Ver também TEDH, *Bivolaru e Moldovan c. França*, 25 de março de 2021, para o caso do Sr. Moldovan. Sobre o caso *Bivolaru*, ver *infra*.

⁹ Ver, por exemplo, em relação ao Quirguizistão, TEDH, acórdão *T.K. e S.R. c. Rússia*, 19 de novembro de 2019.

¹⁰ TEDH, *O.D. c. Bulgária*, 10 de outubro de 2019, § 52. Ver também *L.M. e Outros c. Rússia*, 15 de outubro de 2015.

A situação no Estado de destino é sempre mobilizada na avaliação de um risco individual de violação dos direitos do requerente. É, portanto, a natureza sistemática de certos atos que constituem violações da Convenção que são decisivos para a avaliação do risco. Assim, no processo *O.D. c. Bulgária*, o Tribunal salientou os riscos de execução, detenção arbitrária e maus-tratos corridos pelo requerente devido à sua deserção do exército sírio¹¹.

Algumas avaliações da situação levantam, no entanto, questões como demonstra a recente jurisprudência do Tribunal, que alterou a sua abordagem à expulsão/extradição de estrangeiros condenados ou procurados por atividades terroristas para a Argélia. Se até aqui o Tribunal costumava opor-se sistematicamente a tais afastamentos com base em “*motivos sérios e comprovados*” para acreditar que os indivíduos corriam um “*risco real*” de serem sujeitos a tratamento contrário ao artigo 3º¹² – fê-lo até muito recentemente, como demonstra o acórdão *M.A. c. França*¹³ –, o Tribunal aceita agora a compatibilidade de uma ordem de afastamento num tal contexto. No caso *A.M. c. França*, constatou que não houve violação da Convenção relativamente a uma ordem de extradição emitida contra um cidadão argelino residente em França desde 2008 e condenado a pena de prisão por participação em atividades terroristas. O Tribunal considerou, num primeiro momento, que o risco de violação era muito elevado na Argélia, tendo considerado, quatro anos mais tarde, que a situação tinha mudado radicalmente. O carácter questionável desta posição evidencia-se na fundamentação do Tribunal: para chegar a esta conclusão, baseou-se não em provas factuais de que a situação tinha de facto evoluído, mas em vários relatórios de organismos internacionais e não governamentais que indicavam mudanças institucionais (cuja inadequação também tinha sido notada)¹⁴. Alguns destes organismos – como o Comité dos Direitos Humanos – tinham sublinhado que continuavam preocupados com as alegações de tortura e maus-tratos por agentes do Departamento de Vigilância e Segurança argelino (*Département de surveillance et de sécurité*)¹⁵.

¹¹ TEDH, *O.D. c. Bulgária*, cit., §§ 55 e ss.

¹² Ver, por exemplo, *Daoudi c. França*, cit.

¹³ TEDH, acórdão *M.A. c. França*, 1 de fevereiro de 2018.

¹⁴ TEDH, acórdão *A.M. c. França*, 29 de abril de 2019, §§ 28-45 e §§ 120 e ss. Ver H. RASPAIL, chron. *Revue Générale de Droit International Public (R.G.D.I.P.)*, nº 3, 2019, pp. 771-774.

¹⁵ TEDH, acórdão *A.M. c. França*, cit., §§ 42 e 122.

No acórdão *Saadi*, o Tribunal tinha, no entanto, estabelecido claramente que a existência de legislação interna que garantisse, em princípio, o respeito dos direitos humanos não era suficiente para assegurar uma proteção adequada contra o risco de maus-tratos, quando fontes fidedignas relatavam “práticas das autoridades – ou toleradas por elas – manifestamente contrárias aos princípios da Convenção”¹⁶. A mudança verificada é tanto mais lamentável quanto, para concluir que não existiam tais práticas, o Tribunal limitou-se a constatar que o requerente não tinha sido capaz de “estabelecer que qualquer terceiro numa situação comparável à sua tivesse sido efetivamente sujeito a um tratamento desumano e degradante em 2017 e 2018”, colocando assim claramente um ónus sobre o requerente¹⁷, o que é um “fardo excessivo”¹⁸. O Tribunal aplica aqui um princípio da subsidiariedade e exige ao requerente conhecimento e prova da prática interna de um Estado terceiro e ignora a ausência de resposta da Argélia aos pedidos de garantias diplomáticas da França¹⁹.

2.2. Condições de detenção

O Tribunal avaliou as condições de detenção dos migrantes em numerosas ocasiões. Em vários casos, verificou que constituíam um tratamento degradante em violação do artigo 3º da Convenção. Por exemplo, no caso *S.D. c. Grécia*, o Tribunal considerou que confinar um requerente de asilo a uma cabina pré-fabricada durante dois meses, sem acesso ao mundo exterior, sem a possibilidade de fazer uma chamada telefónica e sem lençóis limpos ou produtos de higiene suficientes, constituía um tratamento degradante na aceção do artigo 3º da Convenção²⁰. No mesmo sentido, concluiu que um período de detenção de seis dias num espaço fechado, sem possibilidade de caminhar ou tempo de lazer, sem acesso livre a uma casa de banho e dispondo apenas de colchões sujos como única roupa de cama era inaceitável²¹.

¹⁶ TEDH, *Saadi c. Itália*, cit., § 147.

¹⁷ TEDH, *A.M. c. França*, cit., § 122.

¹⁸ Ver H. RASPAIL, chron. *Revue Générale de Droit International Public*, op. cit., pp. 771-774.

¹⁹ Ver H. RASPAIL, chron. *Revue Générale de Droit International Public*, op. cit..

²⁰ TEDH, acórdão *S.D. c. Grécia*, 11 de junho de 2009, §§ 49-54.

²¹ TEDH, acórdão *S.D. c. Grécia*, cit., § 51.

O Tribunal considerou igualmente que a detenção de um requerente de asilo durante três meses nas instalações da polícia enquanto aguardava a execução de uma medida administrativa, sem acesso a atividades recreativas e sem refeições adequadas, constituía um tratamento degradante²². Num outro caso, o Tribunal considerou que a detenção de um requerente de asilo durante três meses num local sobrelotado, com condições de higiene e limpeza terríveis – onde o estado degradado das instalações sanitárias as tornava praticamente inutilizáveis e os detidos dormiam em camas sujas e apertadas –, sem instalações recreativas ou comida, constituía tratamento degradante²³.

Mais recentemente, porém, no caso *Khlaifia e Outros c. Itália*²⁴, o Tribunal decidiu que a detenção de migrantes num centro de receção na ilha de Lampedusa e posteriormente em navios atracados no porto de Palermo não equivalia a um tratamento desumano e degradante em violação do artigo 3º. Este é um infeliz afastamento da jurisprudência estabelecida e um passo atrás na proteção dos direitos dos migrantes²⁵. A Grande Câmara (GC) anulou a conclusão prévia da câmara do Tribunal e baseou o seu raciocínio na “situação de extrema dificuldade enfrentada pelas autoridades italianas na altura em questão”²⁶. As abomináveis condições de vida dos migrantes foram de facto reconhecidas pelo Tribunal, mas foram justificadas pelo período particularmente difícil de grande afluxo de migrantes²⁷.

Estando o Tribunal disponível para usar o argumento dos fluxos migratórios ou situações difíceis para permitir aos Estados criar ou manter condições inseguras e insalubres nos centros de detenção de migrantes, o risco individual não será controlado. Embora o Tribunal deva ter em conta

²² Acórdão TEDH, *Tabesh c. Grécia*, 26 de novembro de 2009, §§ 38-44.

²³ TEDH, acórdão *A.A. c. Grécia*, 22 de julho de 2010, §§ 57-65.

²⁴ Acórdão TEDH, *Khlaifia e Outros c. Itália*, 15 de dezembro de 2016.

²⁵ Para uma análise mais detalhada do caso e das suas deficiências, ver também D. VENTURI, “The Grand Chamber’s Ruling in *Khlaifia and Others v Italy*: One Step Forward, One Step Back?”, *Strasbourg Observers*, 10 de janeiro de 2017; S. ZIRULIA e S. PEERS, “A Template for Protecting Human Rights During the ‘Refugee Crisis’?”, *EU Law Analysis*, 5 de janeiro de 2017.

²⁶ Opinião concorrente do Juiz Raimondi em TEDH, *Khlaifia e Outros c. Itália*, cit., § 6.

²⁷ No caso *J.R. e Outros c. Grécia*, proc. nº 22696/16, 25 de janeiro de 2018, o Tribunal decidiu novamente que as condições de detenção num centro onde três cidadãos afegãos foram privados de liberdade não eram suficientemente severas para serem qualificadas como tratamento desumano ou degradante. O Tribunal baseou-se, em parte, no facto de as autoridades gregas terem sido confrontadas com uma situação de emergência após a chegada de um grande número de migrantes, o que criou dificuldades materiais.

a pressão que tais fluxos exercem sobre as autoridades nacionais, também não deve subestimar a capacidade de os Estados continuarem a defender os direitos da Convenção em tempos difíceis. Em tais circunstâncias, em que é tão oportuno justificar a falta de proteção dos direitos individuais como resultado inevitável de um acontecimento que gerou uma pressão imprevista, é particularmente importante que o Tribunal exija que os Estados continuem a cumprir as suas obrigações.

Deve também notar-se que, embora a Convenção preveja que os Estados podem derrogar as obrigações nos termos do artigo 15º da Convenção, tal possibilidade é enquadrada por requisitos processuais, exigindo que os Estados notifiquem a sua intenção e a necessidade de derrogar as suas obrigações. A este respeito, convém recordar que os Estados não podem invocar dificuldades políticas, tais como a chegada de um número imprevisto de migrantes para desculpar ações incompatíveis com a Convenção e muito menos podem afastar obrigações não derogáveis como as previstas no artigo 3º.

A questão da detenção de crianças estrangeiras parece ter escapado ao movimento retrógrado do Tribunal, que condena regularmente os Estados por violações dos artigos 3º, 5º e 8º da Convenção. No que respeita ao artigo 3º, o Tribunal baseia-se em fatores como a duração da detenção, as condições de acolhimento no centro²⁸, bem como o estado de saúde e a idade da criança²⁹, na maioria das vezes ponderando conjuntamente os três fatores³⁰. Condenou assim os Estados Partes em numerosas ocasiões, nomeadamente no que diz respeito à detenção de menores não acompanhados, por estes terem sido colocados junto de adultos ou pelas condições de isolamento que possam ter sofrido³¹.

Contudo, é lamentável que o raciocínio do Tribunal coloque o superior interesse das crianças abaixo dos imperativos políticos dos Estados. É verdade que o Tribunal sublinha a vulnerabilidade das crianças, como fez

²⁸ TEDH, *Popov c. França*, 19 de janeiro de 2012; *S. F. e Outros c. Bulgária*, 7 de dezembro de 2017.

²⁹ TEDH, *Muskhadzhiyeva et al. c. Bélgica*, 19 de janeiro de 2010; *Kana-garatnam e outros c. Bélgica*, 13 de dezembro de 2011.

³⁰ Ver, entre outros, TEDH, *A.M. e Outros c. França*, 12 de julho de 2016; *A.B. e Outros c. França*, 12 de julho de 2016; e *R.R. e Outros c. Hungria*, 2 de março de 2021.

³¹ TEDH, *Popov c. França*, *cit.* Para exemplos recentes, ver, entre outros, TEDH, *H.A. e Outros c. Grécia*, 28 de fevereiro de 2019; *Sh. D. e Outros c. Grécia e Outros*, 13 de junho de 2019; *Moustabi c. França*, 25 de junho de 2020.

no caso *Popov*, onde se referiu ao trabalho do Comissário para os Direitos Humanos e do Comité para a Prevenção da Tortura, sublinhando que o *stress*, a insegurança e a hostilidade das instalações de detenção têm um impacto negativo nos menores³², e reconheceu que o interesse superior da criança exige não só a preservação da unidade familiar, mas também a limitação da detenção das famílias, considerando a duração da detenção excessiva ao abrigo da Convenção³³. Contudo, aceitou que a privação de liberdade das crianças, que “resulta da decisão legítima dos pais, que têm autoridade sobre elas, de não as confiar a outra pessoa”, não constitui, por si só, uma violação da Convenção. O facto de a situação ser “uma fonte de ansiedade e tensão para as crianças que poderia ser seriamente prejudicial para elas” apenas exige que as autoridades “recorram a esta medida última apenas depois de terem verificado na prática que nenhuma outra medida menos restritiva poderia ser aplicada”³⁴. Embora tal caso raramente surja³⁵, devemos questionar se a solução de considerar existir uma violação do artigo 3º, devido às condições de detenção de crianças, não existindo uma violação do artigo 5º, por não haver medida menos intrusiva a aplicar, como no caso de 2016, *A.M. e Outros c. França*, é uma solução coerente. A ideia de que não existe uma medida menos intrusiva, onde existe uma violação do artigo 3º, parece ser problemática.

Na mesma linha, no que respeita ao artigo 3º, as constatações de violação são frequentemente feitas devido ao efeito cumulativo das condições de detenção e à duração excessiva da detenção, mas nem uma nem outra isoladamente parece ser suficiente, na perspetiva do Tribunal. O Tribunal declarou recentemente que “as restrições inerentes a um lugar de privação de liberdade, que são particularmente onerosas para uma criança pequena, bem como as condições organizativas do centro, tiveram necessariamente um efeito provocador de ansiedade no filho do requerente”, que “experimentou o sofrimento moral e psicológico dos seus pais num lugar de confinamento que não lhe permitiu ganhar a distância necessária”. No entanto, “tais condições, embora necessariamente uma fonte significativa de *stress* e ansiedade

³² TEDH, *Popov c. França*, cit., § 96.

³³ TEDH, *Popov c. França*, cit., §§ 118 e 146-147. Sobre o julgamento, ver por exemplo C-A. CHASSIN, “La rétention des étrangers mineurs accompagnant leurs parents”, *Rev. trim. dr. h.*, 2013, pp. 681-697.

³⁴ TEDH, *A.B. e Outros c. França*, cit., §§ 122-123; *M.D. e A.D. c. França*, 22 de julho de 2021, §§ 85 e ss.

³⁵ Ver, por exemplo, TEDH, *A.M. e Outros c. França*, cit., §§ 66-67.

para uma criança pequena, não são suficientes no caso de confinamento de curto prazo e nas circunstâncias do presente caso para atingir o limiar de gravidade exigido para ser abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 3º³⁶.

2.3. A ascensão da “crimigração”

A questão da detenção de migrantes como política estatal precisa de ser analisada de uma perspetiva mais ampla, que vá para além das condições materiais de detenção em casos individuais. Nos últimos anos, a Europa tem vindo a registar um forte aumento das migrações, tendo também registado uma tendência para a “crimigração”, que se projeta tanto no processo através do qual o direito penal é utilizado para fazer cumprir as leis de imigração e punir as infrações em matéria de imigração, como, concomitantemente, na utilização da lei de imigração como instrumento de política criminal³⁷.

Os mecanismos do direito penal estatal, incluindo a detenção, foram instrumentalizados com o objetivo de reduzir a imigração, tal como as medidas de deportação, deportação e detenção foram impostas como métodos de combate ao crime³⁸. Tal política, que faz do imigrante o novo inimigo, traz

³⁶ TEDH, *A.B. e outros c. França*, cit., § 114. Ver também *M.D. e A.D. c. France*, cit., §§ 64 e ss.: As condições materiais de acolhimento reservadas a uma criança menor em detenção não são suficientes, no caso de detenção de curta duração, para serem consideradas como satisfazendo necessariamente o limiar de seriedade exigido para ser abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 3º, mesmo quando parece que são fontes significativas de stress e angústia, e é apenas “para além de um curto período de detenção” que “a repetição e acumulação dos efeitos da privação de liberdade, em particular os efeitos psicológicos e emocionais, conduzem necessariamente a consequências nefastas para uma criança pequena”.

³⁷ Para uma introdução ao conceito de crimigração, ver G. L. GATTA et al. (eds.), *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on “Crimmigration”*, Oxford, Hart Publishing, 2021; C.C. GARCIA HERNANDEZ, *Crimmigration Law*, ABA Book Publishing, 2021; M. João GUIA et al. (eds.), *Social Control and Justice: Crimmigration in the Age of Fear*, Eleven International Publishing, 2013; I. MAJCHER, “‘Crimmigration’ in the European Union through the Lens of Immigration Detention”, *Global Detention Project Working Paper*, nº 6, 2013; M.J. GUIA et al. (eds.), *Controlo Social e Justiça: Crimmigration in an Age of Fear*, Haia, Onze Publicações Internacionais, 2011; D. WILSHER, *Immigration Detention, Law, History, Politics*, Cambridge, 2011; J.P. STUMPF, “The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign State”, *American University L. Rev.*, vol. 56, nº 2, 2006, p. 367. Para uma abordagem sociológica do fenómeno, J. PLATT, “(Cr)immigration, Race and Belonging: Why We Must Conceptualize Immigration Detention as Punishment”, *Journal of Identity and Migration Studies*, vol. 15, nº 1, 2021, pp. 2-146; A. ARMENTA, “Racializing Crimmigration: Structural Racism, Colorblindness, and the Institutional Production of Immigrant Criminality”, *Sociology of race & ethnicity*, vol. 3, nº 1, 2017, pp. 82-95.

³⁸ Ver D.A. SKLANSKY, “Crime, Imigração, e Instrumentalismo Ad Hoc”, *New Criminal L. Rev.*, vol. 15, nº 2, 2012, pp. 157-223; J.M. CHACON, “Overcriminalizing Immigration”, *Northwestern Law Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 102, nº 3, 2012, pp. 613-652; C. DAUVERGNE, *Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law*, Cambridge University Press, 2008; J.P. STUMPF, “The Crimmigration Crisis”, *op. cit.* pp. 367-419; A. SPENA, “Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the

consigo o racismo e a xenofobia do século passado e é suscetível de criar um clima de ódio e desconfiança em relação aos imigrantes em toda a Europa.

A tendência para a criminalização e o seu reflexo na jurisprudência do Tribunal coloca problemas importantes. A detenção de migrantes é apenas um aspeto da fusão da legislação penal e da imigração. Nos últimos anos, o número de migrantes detidos atingiu níveis sem precedentes, que o Tribunal nem sempre conseguiu (ou quis) controlar ou parar. Vários casos ilustram o seu fracasso a este respeito.

No processo *Saadi c. Reino Unido*³⁹, o Tribunal decidiu que um Estado pode deter um requerente de asilo temporariamente admitido para impedir a imigração ilegal e acelerar o pedido de asilo⁴⁰ e que é irrelevante se a detenção é necessária para impedir tal entrada ilegal. Por outras palavras, o Tribunal excluiu o teste da necessidade na interpretação do que se deve entender por detenção arbitrária à luz da primeira parte do artigo 5º, nº 1, alínea f), no acórdão *Saadi*. É evidente que tal interpretação diminui o grau de proteção. Isto mostra que, na perspetiva da Grande Câmara do Tribunal, os migrantes podem ser tratados menos favoravelmente do que os criminosos comuns (cuja detenção tem de ser *necessária*), simplesmente porque a eficiência prevalece sobre a liberdade no direito dos migrantes. O Tribunal aceita assim implicitamente que um Estado possa adotar uma ordem de detenção com o único objetivo de conveniência burocrática, equiparando as pessoas visadas a objetos. Trata-se de um afastamento errado do princípio da necessidade, que acaba por dar aos Estados um cheque em branco para reter os requerentes de asilo sempre que estes o desejem, sem avaliar alternativas menos intrusivas adequadas para eles. Em última análise, a decisão do Tribunal de condicionar o reconhecimento da detenção arbitrária à má-fé das autoridades agrava ainda mais a situação jurídica do requerente de asilo, uma vez que a proteção do requerente de asilo depende então da avaliação do Tribunal sobre o estado

Criminal Law”, *Direito Penal e Filosofia*, vol. 8, nº 3, 2014, pp. 635-657; Gabinete do Comissário para os Direitos Humanos, *Criminalização da Migração na Europa: Implicações nos Direitos Humanos*, Conselho da Europa, 2010.

³⁹ TEDH, *Saadi c. Reino Unido*, cit., §§ 50, 64.

⁴⁰ Para outra visão do caso, ver. F. DE LONDRA, “Saadi/Italy: European Court of Human Rights reasserts the absolute prohibition on refoulement in Terrorism Extradition Cases”, *American Society of International Law (ASIL)*, vol. 12, nº 9, 13 de maio de 2008; G. GENTILI, “European Court of Human Rights: An Absolute Ban on Deportation of Foreign Citizens to Countries Where Torture or Ill-Treatment Is a Genuine Risk”, *IJCL*, vol. 8, nº 2, 2010, pp. 311-322.

de espírito das autoridades de detenção. Na maioria dos casos, é provável que as autoridades estatais possam argumentar que agiram de boa-fé na detenção dos requerentes de asilo.

Mais tarde, no caso *A. e Outros c. Reino Unido*⁴¹, o Tribunal alargou o princípio *Saadi* (que proíbe apenas os casos de detenção arbitrária) à segunda parte do artigo 5º, nº 1, alínea f). Neste caso, a Grande Câmara aceitou a aplicabilidade da interpretação de *Saadi*, que não foi considerada “demasiado restritiva”, à detenção com vista à expulsão ou extradição.

No processo fundamental *Chahal c. Reino Unido*⁴², o Tribunal já tinha posto de lado o teste da necessidade em situações em que a detenção é imposta a pessoas ameaçadas de expulsão ou extradição, apesar de já estarem dentro do Estado. Assim, o Tribunal decidiu que o artigo 5º, nº 1, alínea f), não exige que a detenção seja necessária, por exemplo, para evitar que a pessoa em causa cometa uma infração⁴³. Em *A. e Outros c. Reino Unido*, a Grande Câmara reiterou esta interpretação, clarificando o seu alcance à luz do caso *Saadi*. Limitou o princípio da proporcionalidade em relação às medidas de detenção abrangidas pelo artigo 5º, nº 1, alínea f), ao requisito de que o período de detenção não deva ser irrazoável⁴⁴, e concluiu que uma privação de liberdade baseada na segunda parte do artigo só poderia ser justificada “pelo facto de estarem pendentes processos de expulsão ou extradição” – a detenção deixa de se justificar quando se abandone a pretensão do afastamento, mesmo que a pessoa em causa se recuse a cooperar⁴⁵.

No seio do Tribunal, tem havido uma revolta silenciosa mas crescente em algumas secções contra o acórdão *Saadi* e as suas repercussões no acórdão *Chahal*. Em vários casos, o Tribunal decidiu que a detenção de requerentes de asilo, e de migrantes em geral, viola o artigo 5º, nº 1, alínea f), quando é aplicada automaticamente e quando não forem procuradas outras medidas alternativas menos drásticas. Entre os exemplos mais proeminentes desta

⁴¹ TEDH, *A. e Outros c. Reino Unido*, 19 de fevereiro de 2009. Para mais informações sobre este caso, ver em particular S. SHAH, “From Westminster to Strasbourg: *A and others v. United Kingdom*”, *HRLR*, vol. 9, nº 3, 2009, pp. 473-488; M. MILANOVIC, “European Court decides *A and others v. United Kingdom*”, *EJIL: Talk!*, 19 de fevereiro de 2009.

⁴² TEDH, *Chahal c. Reino Unido*, *cit.*

⁴³ TEDH, *Chahal c. Reino Unido*, *cit.*, § 112.

⁴⁴ TEDH, *A. e Outros c. Reino Unido*, *cit.*, §164.

⁴⁵ TEDH, *A. e Outros c. Reino Unido*, *cit.*, § 164. Ver também *Chahal c. Reino Unido*, *cit.*, § 113.

revolta, os acórdãos *Louled Massoud c. Malta*⁴⁶, *Suso Musa c. Malta*⁴⁷, *Rahimi c. Grécia*⁴⁸, *Raza c. Bulgária*⁴⁹ e *Mikolenko c. Estónia*⁵⁰ podem ser citados.

Os casos *Louled Massoud* e *Rahimi* reconheceram o papel central do teste da necessidade na aplicação da segunda parte do artigo 5º, nº 1, alínea f), à detenção de requerentes de asilo, enquanto os casos *Raza* e *Mikolenko* o fizeram em relação à detenção de migrantes em geral. A importância do teste da necessidade foi igualmente afirmada na aplicação da primeira parte do artigo 5º, nº 1, alínea f), em que uma pessoa foi detida enquanto aguardava o exame do seu pedido. Referimo-nos ao caso *Suso Musa*⁵¹.

Dada a revolta silenciosa das secções, o desafio para a Grande Câmara é agora rever e inverter a abordagem do acórdão *Saadi* e concluir que a detenção dos requerentes de asilo é uma medida de último recurso e só pode ser aplicada se não puder ser tomada outra solução menos intrusiva. Isto contribuirá para a coerência da jurisprudência desarticulada do Tribunal, alinhando-a com o direito internacional dos direitos humanos, bem como com o direito dos refugiados. Vários organismos, organizações e convenções internacionais repudiaram, de facto, a fundamentação escandalosa do acórdão *Saadi*, incluindo a Assembleia Geral da ONU, o Parlamento Europeu, o Tribunal de Justiça da União Europeia, o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, bem como a Comissão dos Direitos Humanos dos EUA⁵². O Tribunal não pode permanecer surdo à reação ao acórdão *Saadi*.

No caso de *Ilias e Ahmed c. Hungria*⁵³, a Grande Câmara enfraqueceu ainda mais a proteção proporcionada pelo artigo 5º em relação à detenção de migrantes na zona de trânsito de Rozske, na fronteira europeia entre a

⁴⁶ TEDH, *Louled Massoud c. Malta*, 27 de julho de 2010.

⁴⁷ TEDH, *Suso Musa c. Malta*, 23 de julho de 2013.

⁴⁸ TEDH, *Rahimi c. Grécia*, 5 de abril de 2011.

⁴⁹ TEDH, *Raza c. Bulgária*, 11 de fevereiro de 2010.

⁵⁰ TEDH, *Mikolenko c. Estónia*, 8 de outubro de 2009.

⁵¹ TEDH, *Suso Musa c. Malta*, cit.

⁵² Ver em particular a opinião concorrente do Juiz Pinto de Albuquerque em TEDH, *Abdulhadi Elmi e Aweys Abubakar c. Malta*, 22 de novembro de 2016, §§ 6-15.

⁵³ TEDH [GC], *Ilias e Ahmed c. Hungria*, 21 de novembro de 2019. Ver em particular V. STOYANOVA, “The Grand Chamber Judgment in Ilias and Ahmed v Hungary: Immigration Detention and how the Ground underneath our Feet Continues to Erode”, *Strasbourg Observers*, 23 de dezembro de 2019; P. KILIBARDA, “The ECtHR’s Ilias and Ahmed v Hungary and Why It Matters”, *EJIL: Talk!*, 20 de março de 2020; J. FERRERO, chron. *R.G.D.I.P.*, nº 1, 2020, pp. 171-175.

Hungria e a Sérvia. É verdade que a Grande Câmara reafirmou que o cumprimento do artigo 3º da Convenção só pode ser garantido através de um procedimento judicial que envolva um exame minucioso dos pedidos de asilo, mesmo que estes pedidos se revelem subsequentemente infundados. Contudo, os centros de detenção de migrantes foram disfarçados de “zonas de trânsito”, às quais não se aplica o artigo 5º da Convenção. A estratégia de equiparar os centros de detenção de migrantes a “centros de admissão e alojamento de estrangeiros”, “centros de trânsito” ou “casas de hóspedes”, não aplicando o termo “detenção”, foi acolhida pelo Tribunal⁵⁴.

Além disso, ao apreciar a questão da detenção, o Tribunal considerou que a Hungria tinha violado o artigo 3º da Convenção devido à falta de uma avaliação rigorosa dos riscos reais enfrentados pelos requerentes na sequência da sua deportação para a Sérvia, mas ao mesmo tempo afirmou que os requerentes não foram detidos pela Hungria na aceção do artigo 5º e que podiam, portanto, regressar à Sérvia, tendo em conta o facto de se tratar de um país seguro⁵⁵. Ao fazê-lo, contradizia as conclusões unânimes do Tribunal de Justiça da União Europeia⁵⁶, do Comité para a Prevenção da Tortura do Conselho da Europa⁵⁷ e do Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Detenção Arbitrária⁵⁸, especificamente sobre o tratamento dos requerentes de asilo na zona de trânsito de Rozske na fronteira húngaro-sérvia da UE. Esta auto-marginalização deliberada do Tribunal é incompreensível.

Mais importante ainda, ao argumentar que os requerentes tinham entrado na Hungria voluntariamente para procurar asilo e eram livres de deixar a zona de trânsito para a Sérvia, o Tribunal não só colocou a responsabilidade pela sua situação sobre os requerentes⁵⁹, criticando implicitamente os

⁵⁴ Ver a opinião do Juiz Pinto de Albuquerque em TEDH, *Abdulhadi Elmi e Aweys Abubakar c. Malta*, § 4.

⁵⁵ É incompreensível que o Tribunal pudesse ter feito estas declarações claramente irreconciliáveis nos §§ 165 e 223 do acórdão.

⁵⁶ TJUE, 14 de maio de 2020, proc. C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, §§ 226-231, determinando que a detenção na zona de trânsito de Rozske equivale à detenção ao abrigo do artigo 2º, alínea h), da Diretiva 2013/33/UE (Diretiva sobre as condições de acolhimento).

⁵⁷ CPT/Inf (2018) 42 § 42, com as suas conclusões após a visita às zonas de trânsito em Rozske e Tompa. Tal como referido pelo CPT, a possibilidade de partir para a Sérvia foi praticamente excluída. Ver também §§ 28 e 32.

⁵⁸ Grupo de Trabalho da ONU sobre Detenção Arbitrária, Pareceres adotados pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária na sua octogésima sétima sessão, 27 de abril – 1 de maio 2020, Parecer nº 22/2020 sobre Saman Ahmed Hamad (Hungria), 5 de junho de 2020, § 70.

⁵⁹ TEDH, *Ilias e Ahmed*, cit., § 213.

requerentes de asilo por procurarem uma saída para a sua situação desesperada, como também mostrou falta de sensibilidade para com a situação real que conduzia ao pedido de asilo. Segundo o Tribunal, o artigo 5º era inaplicável porque os requerentes podiam escolher entre a liberdade e a continuação de um procedimento concebido para os proteger do risco de exposição a tratamentos contrários ao artigo 3º da Convenção⁶⁰. Isto é simplesmente intolerável. Os outros casos relativos à zona de trânsito de Rozske só marginalmente repararam o desvio do Tribunal em relação à via de proteção dos requerentes de asilo. Nos casos de *Z.A. e Outros c. Rússia*⁶¹ e *R.R. c. Hungria*⁶², o Tribunal afastou-se da solução de *Ilias e Ahmed* ao declarar uma violação do artigo 3º, mas isto deveu-se às circunstâncias particulares em que os requerentes se encontravam no último caso, e no primeiro caso, ao facto de os requerentes não serem livres de abandonar a zona de trânsito, implicando a existência de uma privação de liberdade e deslocando a análise do Tribunal para a compatibilidade das condições de detenção com a dignidade humana⁶³.

Finalmente, vale a pena notar a emergência desta jurisprudência relativa ao artigo 5º, nº 1, alínea f), e mais precisamente à questão de saber se a medida de afastamento visando uma pessoa detida para esse fim era ainda pretendida ou não, que lamentavelmente prejudica a proteção proporcionada pelo estatuto de refugiado. No processo *Shiksaitov c. Eslováquia*⁶⁴, o Tribunal considerou existir uma violação da Convenção devido à duração excessiva dos processos e à falta de seriedade das autoridades na procura das informações necessárias para resolver o caso. Contudo, considerou que a extradição do requerente não foi “completamente excluída” porque o reconhecimento do estatuto de refugiado pela Suécia “não excluiu automaticamente a possibilidade de o requerente poder ser extraditado pelas autoridades eslovacas”.

⁶⁰ Nas palavras do Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Detenção: “O Grupo de Trabalho não pode aceitar que uma pessoa que tenha de concordar em permanecer em zonas de trânsito ou perder a possibilidade de apresentar um pedido de asilo possa ser qualificada como livremente consentindo em permanecer em zonas de trânsito” (Parecer nº 22/2020, supracitado, n.º 32, § 69).

⁶¹ TEDH, acórdão *Z.A. e Outros c. Rússia*, 21 de novembro de 2019. Ver J. FERRERO, chron. *R.G.D.I.P.*, op. cit., pp. 171-175.

⁶² TEDH, *R.R. c. Hungria*, cit.

⁶³ TEDH, *R.R. c. Hungria*, cit., §§ 53-57; *Z.A. e Outros c. Rússia*, cit., §§ 187 e ss.

⁶⁴ TEDH, acórdão *Shiksaitov c. Eslováquia*, 10 de dezembro de 2020. Ver J. FERRERO, chron. *R.G.D.I.P.*, nº 1, 2021, pp. 136-138.

Embora as autoridades eslovacas estivessem vinculadas pela decisão sueca, o Tribunal aceitou que “circunstâncias excepcionais” – neste caso, devido a novas informações – poderiam justificar a reconsideração do estatuto de refugiado do requerente⁶⁵. Ao fazê-lo, o Tribunal reduziu consideravelmente o âmbito da Convenção de Genebra de 1951 e os efeitos do estatuto de refugiado⁶⁶. O Tribunal foi mais longe a este respeito no seu acórdão *Bivolaru e Moldovan c. França*⁶⁷, no qual simplesmente considerou que o estatuto de refugiado de um dos requerentes, concedido pela Suécia, não era suficiente para provar que ele enfrentava um risco de perseguição na Roménia, concluindo, portanto, que a execução do mandado de detenção europeu pelas autoridades francesas não violaria a Convenção⁶⁸.

Este claro movimento de retrocesso na proteção dos direitos dos refugiados parece ter sido confirmado um mês mais tarde no processo *K.I. c. França* relativo a uma decisão de expulsão para a Rússia de uma pessoa cujo estatuto de refugiado – desta vez concedido pelas autoridades francesas – tinha sido revogado devido ao seu envolvimento em atividades terroristas⁶⁹. Embora tenha considerado que “o artigo 3º da Convenção abrange a proibição de expulsão na aceção da Convenção de Genebra [de 1951]”⁷⁰, e apesar de recordar a natureza absoluta do artigo 3º, o Tribunal colocou, no entanto, o ónus sobre o requerente de provar que seria maltratado se fosse deportado. Embora o Tribunal tivesse anteriormente demonstrado compreensão em relação aos requerentes de asilo, devido à sua vulnerabilidade, adotou, neste caso, uma atitude punitiva em relação ao requerente, devido às suas atividades terroristas⁷¹. O Tribunal condenou o Estado pela inadequação da avaliação de risco feita – que não teve em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia segundo a qual a perda do estatuto de refugiado não importa

⁶⁵ TEDH, *Shikhsaitov c. Eslováquia*, cit., §§ 68-69.

⁶⁶ Neste sentido, ver. J. FERRERO, chron. *R.G.D.I.P.*, op. ult. cit., pp. 136-138.

⁶⁷ TEDH, *Bivolaru e Moldovan c. França*, cit. Ver também W. JULIÉ, “Bivolaru and Moldovan v. France: a new challenge for mutual trust in the European Union?”, *Observadores de Estrasburgo*, 22 de junho de 2021; J. FERRERO, chron. *R.G.D.I.P.*, nº 2, 2021, pp. 400-402.

⁶⁸ *Ibid.*, §§ 133 e s.

⁶⁹ TEDH, *Bivolaru e Moldovan c. França*, cit., §§ 133 e ss. *K.I. c. França*, cit. Ver J. FERRERO, chron. *R.G.D.I.P.*, op. ult. cit., pp. 405-40.

⁷⁰ TEDH, *Bivolaru e Moldovan c. França*, cit., § 123.

⁷¹ TEDH, *Bivolaru e Moldovan c. França*, cit., § 140.

a perda da qualidade de refugiado –, mas a motivação reflete uma duplicidade de critérios que é incompatível com a natureza absoluta do artigo 3º.

2.4. Expulsão de estrangeiros gravemente doentes

Se 2008 é conhecido por ser um *annus horribilis* para os direitos humanos dos migrantes devido ao acórdão *Saadi*, é-o também pelo acórdão *N. c. Reino Unido*⁷². Neste caso, o Tribunal decidiu por catorze votos contra três que a requerente, portadora do vírus HIV estava errada ao argumentar que a sua expulsão violaria a proibição de tratamento desumano e degradante nos termos do artigo 3º da Convenção, devido à falta de instalações de saúde adequadas para o HIV/SIDA no Uganda. Para chegar a esta conclusão, o Tribunal estabeleceu três condições que devem orientar qualquer avaliação sobre se a expulsão de uma pessoa gravemente doente viola o artigo 3º: (1) a gravidade e a fase da doença; (2) a disponibilidade de tratamento adequado no Estado de destino; e (3) a disponibilidade de apoio de familiares. O Tribunal esclareceu que uma tal expulsão só violaria o artigo 3º em “casos muito excepcionais, em que as razões humanitárias contra o afastamento sejam imperiosas”⁷³.

O Tribunal estabeleceu este princípio no caso *D. c. Reino Unido*⁷⁴, onde constatou que “o requerente estava gravemente doente e perto da morte, sem qualquer certeza de que poderia beneficiar de cuidados médicos ou de enfermagem no seu país de origem ou de que aí teria familiares dispostos ou capazes de lhe dar um teto ou um mínimo de alimentos ou apoio social”⁷⁵. Embora reconhecendo que podem existir outros casos em que circunstâncias excepcionais impedem a expulsão, o Tribunal observou que “qualquer alegado dano futuro não resultaria de atos ou omissões intencionais por parte de

⁷² Acórdão do TEDH, *N. c. Reino Unido*, 29 de maio de 2008. Ver em particular F. JULIEN-LAFERRIÈRE e A. BUYSE, “Grand Chamber judgment in *N. v. UK*”, *ECHR Blog*, 28 de maio de 2008.

⁷³ TEDH, *N. c. Reino Unido*, cit., § 42. Ver “L'éloignement des étrangers malades: faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires”, *Rev. trim. dr. h.*, 2009, pp. 261 e ss.

⁷⁴ TEDH, *D. c. Reino Unido*, 2 de maio de 1997. Ver em particular R. ENGLISH, “Removal of Child Following Faulty Diagnosis of Injury Breached Article 8”, *UK Human Rights Blog*, 2 de abril de 2010.

⁷⁵ TEDH, *N. c. Reino Unido*, cit., § 42.

autoridades públicas ou organismos não estatais, mas sim de uma doença natural e da falta de recursos suficientes para a tratar no país de acolhimento”⁷⁶.

Em *N. c. Reino Unido*, a maioria elaborou um princípio geral sobre a situação relativa à deportação de uma pessoa com HIV e SIDA, concluindo, nomeadamente, que “os mesmos princípios devem aplicar-se à deportação de qualquer pessoa que sofra de uma doença grave, natural, física ou mental, suscetível de causar dor e sofrimento e de reduzir a esperança de vida, e que exija um tratamento médico especializado que possa não estar facilmente disponível no país de origem do requerente ou que possa estar disponível nesse país, mas apenas a um custo elevado”⁷⁷. Concluiu que esse “alto risco” não podia ser aplicado a N., que estava “apta a viajar” e foi, por isso, expulsa do Estado Contratante apesar da sua saúde precária e dúvidas sobre se obteria cuidados de saúde adequados no Estado de acolhimento. Não surpreendentemente, N. morreu pouco depois da sua chegada ao Uganda.

O acórdão do Tribunal no processo *N. c. Reino Unido* levanta sérios problemas⁷⁸. Por um lado, a razão da maioria para negar a obrigação do Estado de tratar os estrangeiros gravemente doentes é puramente axiomática. Não existe um teste legal claro para decidir se uma pessoa gravemente doente pode ou não ser expulsa, tanto em termos do grau de gravidade da doença como da qualidade, acessibilidade e custo do tratamento fornecido no país de acolhimento. A incerteza, neste caso, beneficia o Estado. Se um requerente não conseguir provar que o tratamento no Estado para o qual está a ser deportado é inferior ao exigido e representa uma ameaça, a incerteza dará um argumento ao tribunal a favor da expulsão. Este argumento *ad ignorantiam* contradiz um princípio fundamental do raciocínio jurídico, segundo o qual as conclusões não devem ser tiradas da falta de informação ou de fontes de informação incompletas ou insuficientes. Além disso, o Tribunal baseia as

⁷⁶ TEDH, *N. c. Reino Unido*, cit., § 43.

⁷⁷ TEDH, *N. c. Reino Unido*, cit., § 45.

⁷⁸ Ver em particular a opinião dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque no acórdão do TEDH [GC], *S.J. c. Bélgica*, 19 de março de 2015, §§ 6-11. Para uma crítica à posição do Tribunal, ver também V. MANTOUVALOU, “*N v UK: No Duty to Rescue the Nearby Needy?*”, *The Modern L. Rev.*, vol. 20, nº 4, 2008, pp. 637-666. Para mais informações sobre N. e o papel do Tribunal na proteção dos direitos dos migrantes irregulares, ver DA LOMBA, “*The ECHR and the Protection of Irregular Migrants in the Social Sphere*”, *International Journal on Minority and Group Rights*, nº 22, 2015, pp. 39-67.

suas conclusões na promessa de que uma evolução científica incerta poderá um dia chegar ao país de destino.

O Tribunal tentou limitar a posição abjeta e legalmente insustentável de *N. c. Reino Unido* num caso mais recente, *Paposhvili c. Bélgica*⁷⁹, sem contudo abandonar formalmente a teoria anterior das “circunstâncias excepcionais”. Num julgamento unânime, a Grande Câmara declarou que tais circunstâncias se referem não só a casos de risco iminente de morte, mas também a casos em que a pessoa seria confrontada, “na ausência de tratamento adequado no país de destino ou na falta de acesso ao mesmo, com um risco real de ser exposta a um declínio grave, rápido e irreversível da saúde, resultando num sofrimento intenso ou numa redução significativa da esperança de vida”⁸⁰.

Numa abordagem elíptica e bastante invulgar em tais casos, o Tribunal formulou duas obrigações processuais para os Estados confrontados com tais situações: avaliar o risco acima mencionado antes da expulsão e, quando apropriado, obter garantias individuais e suficientes de tratamento adequado do Estado recetor. Para além de ser completamente irrealista, este requisito de garantia mostra que, em última análise, o Tribunal está disposto a correr o risco de enviar um indivíduo para morrer quando “persistem sérias dúvidas quanto ao impacto do afastamento nas pessoas em causa, devido à situação geral no país de acolhimento e/ou à sua situação individual”⁸¹.

Este requisito é inspirado pela proposta do Juiz Lemmens numa declaração de voto feita para um caso anterior, em que este sugeriu a utilização das garantias a que se refere o caso *Tarakhel* em casos de expulsão de doentes graves⁸². Mais uma vez, como em *N.*, a dúvida funciona contra o requerente. Além disso, as necessidades de cuidados de saúde das crianças (como se apreciou no caso *Tarakhel*) e dos pacientes gravemente doentes não podem ser confundidas. A lógica subjacente a *Paposhvili* é obviamente a de se livrar do estrangeiro gravemente doente a todo o custo. De facto, o parágrafo do acórdão que procura afastar-se do espinhoso parâmetro estabelecido em *N.*

⁷⁹ TEDH [GC], acórdão *Paposhvili c. Bélgica*, 13 de dezembro de 2016. Ver em particular L. PERONI, “*Paposhvili v. Bélgica*: Memorable Grand Chamber Judgment Reshaping Article 3 Case Law on Expulsion of Seriously Illness”, *Observadores de Estrasburgo*, 15 de dezembro de 2016.

⁸⁰ TEDH, *Paposhvili c. Bélgica*, cit., § 183.

⁸¹ TEDH, *Paposhvili c. Bélgica*, cit., § 191.

⁸² Opinião dissidente do Juiz Lemmens no acórdão do TEDH, *Tatar c. Suíça*, 14 de abril de 2015.

é tão inconsistente que o Supremo Tribunal do Reino Unido o considerou recentemente impraticável (no seu dizer, trata-se de um teste que é “demasiado elástico e mal definido”, um teste que é tão amplo como “a manga de um juiz”) e que, até que o Tribunal forneça mais esclarecimentos, *N.* continua a ser a referência principal⁸³.

Consequentemente, os Tribunais de Recurso de Inglaterra e do País de Gales emitiram orientações formais, baseadas no acórdão *Paposhvili*, para todos os tribunais⁸⁴. De acordo com o Tribunal de Recurso, a Grande Câmara do Tribunal Europeu tinha considerado *N.* como uma decisão em que o limite da proteção do artigo 3º tinha mudado de “morte iminente” para “iminente sofrimento grave ou morte no Estado de destino”.

O Tribunal tomou nota desta evolução no direito interno no caso *Khaksar c. Reino Unido*⁸⁵, em que decidiu arquivar o processo por não esgotamento dos recursos internos. Contudo, acrescentou que a situação estava “pendente da consideração do Supremo Tribunal sobre o impacto [do caso *Paposhvili*] para fins de direito interno”⁸⁶.

Em abril de 2020, o Supremo Tribunal do Reino Unido concluiu finalmente que o teste de *Paposhvili* não é compatível com o teste *N.*, uma vez que o novo teste (estabelecido em *Paposhvili*) incide sobre se um candidato enfrenta um risco real de declínio iminente da saúde ou uma redução significativa da esperança de vida e, portanto, elimina a distinção insustentável entre aqueles que já estão a morrer e aqueles cujo estado de saúde é tal que a sua esperança de vida será significativamente reduzida se forem afastados⁸⁷. No que respeita às obrigações processuais do Estado que expulsa, o Supremo Tribunal considerou que elas precisavam de ser esclarecidas, dado o seu carácter obscuro e novo.

A abertura criada pelo acórdão *Paposhvili* causou um sobressalto no Tribunal, em 2019, no processo *Savran c. Dinamarca*⁸⁸, relativo a um cidadão

⁸³ *EA c Ors*, 2017, UKUT 445 (artigo 3º, caso médico, *Paposhvili* não aplicável).

⁸⁴ *AM (Zimbabwe) e Anor v Secretary of State for Home Affairs*, 2018, EWCA Civ. 64.

⁸⁵ TEDH, *Khaksar c. Reino Unido*, 3 de abril de 2018.

⁸⁶ TEDH, *Khaksar c. Reino Unido*, *cit.*, § 32.

⁸⁷ *AM (Zimbabwe) v SSHD*, 2020, UKSC 17.

⁸⁸ TEDH, *Savran c. Dinamarca*, 1 de outubro de 2019. Ver J. J. TAVERNIER, *chron. R.G.D.I.P.*, nº 1, 2020, *cit.*, pp. 166-168.

turco residente na Dinamarca, que sofria de esquizofrenia paranoica e que tinha sido condenado à expulsão devido à sua condenação pela violência de gangue de que resultou a morte de uma pessoa. A jurisprudência anterior sobre a expulsão de pessoas que sofrem de esquizofrenia era bastante favorável ao requerente. Em 2001, o Tribunal já tinha sublinhado que “o sofrimento que acompanharia uma recaída poderia, em princípio, ser abrangido pelo artigo 3º”⁸⁹. Mais recentemente, no seu julgamento em *Aswat c. Reino Unido*, o Tribunal considerou que, devido ao risco de que o requerente fosse sujeito a condições de detenção suscetíveis de agravar a sua saúde mental, o seu afastamento para os Estados Unidos violou o artigo 3º da Convenção⁹⁰.

Em 2019, no caso *Savran*, a Quarta Secção tentou aplicar as condições estabelecidas em *Paposhvili* para declarar uma violação do artigo 3º. Recordou que competia às autoridades do Estado da expulsão “verificar, caso a caso, se os cuidados disponíveis no Estado de destino são suficientes e adequados na prática para tratar a condição de que a pessoa em causa sofre”, mas também “considerar se é de facto possível [ter] acesso a tais cuidados e equipamentos no Estado de destino”. Sobre este último ponto, deve ser considerado “o custo da medicação e do tratamento, a existência de uma rede social e familiar e a distância geográfica para aceder aos cuidados necessários”⁹¹. Se existirem dúvidas persistentes sobre os efeitos do afastamento no requerente, o Estado que expulsa é obrigado a obter garantias individuais e suficientes do Estado de destino de que o tratamento adequado estará disponível e acessível à pessoa em causa⁹². No presente caso, enquanto a Câmara reconheceu que os medicamentos estavam disponíveis na Turquia, o Reino Unido não tinha considerado a necessidade de o requerente receber terapia intensiva em regime hospitalar para evitar que a sua condição se deteriorasse. Além disso, o requerente não tinha família ou rede familiar na Turquia e as autoridades deveriam ter assegurado que ele teria o apoio de outra pessoa⁹³. A Câmara

⁸⁹ TEDH, *Abmed c. Reino Unido*, 6 de fevereiro de 2001, § 37.

⁹⁰ TEDH, *Aswat c. Reino Unido*, 16 de abril de 2013, §§ 49-57.

⁹¹ TEDH, *Aswat c. Reino Unido*, cit., §§ 46-47.

⁹² TEDH, *Aswat c. Reino Unido*, cit., § 48.

⁹³ TEDH, *Aswat c. Reino Unido*, cit., §§ 56-64.

concluiu, portanto, que a sua expulsão para a Turquia tinha resultado em maus-tratos.

Contudo, num acórdão de 7 de dezembro de 2021⁹⁴, a Grande Câmara rejeitou completamente este raciocínio e considerou que o limiar de gravidade exigido pelo artigo 3º não era atingido porque a esquizofrenia do requerente e a elevada probabilidade de recaída na ausência de tratamento médico adequado representam um risco menor para ele do que para outros (devido à perigosidade do requerente, ligada a um ressurgimento da agressão). Independentemente do facto de um dos peritos ouvidos na audiência ter constatado que houve “consequências graves” para o requerente e que numerosas intervenções de terceiros apontaram para a elevadíssima taxa de suicídio entre pessoas com doenças mentais, a esquizofrenia do requerente não era, na perspetiva da Grande Câmara, de natureza a causar-lhe “sofrimento intenso”⁹⁵. Embora o Tribunal tenha acabado por constatar uma violação do artigo 8º da Convenção – as autoridades não tendo tido em conta a situação do requerente e não tendo conseguido equilibrar devidamente os interesses em jogo, nomeadamente ao ignorar a falta de laços familiares do requerente na Turquia –⁹⁶, a solução permanece altamente problemática, na medida em que reflete um profundo desrespeito pelo sofrimento psicológico que uma pessoa com uma perturbação mental pode sofrer, incluindo – e especialmente – quando a perturbação representa um risco imediato para os outros e não para o requerente.

2.5. Transferências Dublin

No processo *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*⁹⁷, relativo à transferência de um cidadão afegão da Bélgica para a Grécia em junho de 2009, em conformidade

⁹⁴ TEDH [GC], *Savran c. Dinamarca*, 7 de dezembro de 2021.

⁹⁵ TEDH, *Savran c. Dinamarca*, cit., §§ 143 e ss.

⁹⁶ TEDH, *Savran c. Dinamarca*, cit., §§ 190-202.

⁹⁷ TEDH, *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, cit. Ver em particular sobre este assunto, G. CLAYTON, “Asylum Seekers in Europe: *M.S.S. v. Bélgica e Grécia*”, *HRLR*, vol. 11, nº 4, 2011, pp. 758-773; P. MALLIA, “Case of *M.S.S. v. Belgium and Greece*: a Catalyst in the re-thinking of the Dublin II Regulation”, *Refugee Survey Quarterly*, vol. 30, nº 3, 2011, pp. 107-128; Т. ЗУЙДОВИЧ, “*M.S.S. v. Belgium and Greece*: The Interplay Between European Union Law and the European Convention on Human Rights in the Post-Lisbon Era”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, nº 39, 2011, pp. 808-832; T. SYRING, “European Court of Human Rights’ Judgment on Expulsion of Asylum Seekers: *M.S.S. v. Belgium & Greece*”, *ASIL*, vol. 15, nº 5, 24 de fevereiro de 2011.

com o Regulamento Dublin II, o Tribunal decidiu que as autoridades belgas tinham de ter conhecimento das deficiências do procedimento de asilo na Grécia quando foi emitida a ordem de transferência. As autoridades belgas não deveriam ter simplesmente aceitado que o requerente seria tratado de acordo com as normas da Convenção, mas deveriam ter verificado como as autoridades gregas aplicavam na prática a sua legislação de asilo, o que não fizeram. Por conseguinte, o Tribunal concluiu que a Bélgica tinha violado o artigo 3º por causa das condições de vida do requerente na Grécia, onde tinha ficado “durante meses em total indigência e incapaz de satisfazer qualquer das suas necessidades mais básicas: alimentação, vestuário e abrigo”⁹⁸. No que diz respeito à Bélgica, o Tribunal considerou ainda haver uma violação do direito a um recurso efetivo, nos termos do artigo 13º, em conjugação com o artigo 3º, devido à ausência do direito a um recurso efetivo contra a decisão de expulsão do requerente.

Embora o Tribunal de Justiça da União Europeia tenha tomado uma posição semelhante à do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, referindo-se explicitamente ao acórdão *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*⁹⁹, a jurisprudência subsequente do Tribunal de Estrasburgo tem sido bastante ambivalente. Por exemplo, confrontado com uma queixa semelhante de que a Grécia não tinha sido capaz de tratar adequadamente os pedidos de asilo e tinha proporcionado condições inadequadas nas circunstâncias semelhantes de uma transferência da Áustria para a Grécia ao abrigo do Regulamento Dublin II em outubro de 2008, o Tribunal decidiu que a transferência do requerente não violava o artigo 3º¹⁰⁰. Na perspetiva do Tribunal, embora as autoridades austríacas estivessem provavelmente ao corrente das graves deficiências dos procedimentos de asilo na Grécia e das condições de vida e detenção dos requerentes de asilo, não podiam saber se estas deficiências tinham atingido o limiar do artigo 3º.

Num outro acórdão¹⁰¹, o Tribunal chegou à mesma conclusão relativamente à situação de um requerente transferido da Áustria para a Grécia na

⁹⁸ TEDH, *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, cit., § 254. Ver também TEDH, *V.M. e Outros c. Bélgica*, 7 de julho de 2015, § 162.

⁹⁹ Ver em particular, § 88-91 do acórdão do TJUE, de 21 de dezembro de 2011, nos processos C-411/10 e C-493/10.

¹⁰⁰ TEDH, *Sharifi c. Áustria*, 5 de dezembro de 2013, § 38.

¹⁰¹ TEDH, *Safaii c. Áustria*, 7 de maio de 2014.

primavera de 2009, contradizendo assim explicitamente o acórdão *M.S.S.* no que respeita a uma transferência em junho de 2009. Contudo, num processo subsequente¹⁰², o Tribunal não encontrou qualquer razão para se afastar das suas conclusões em *M.S.S.*, e considerou que competia às autoridades, neste caso, às autoridades italianas, examinar as situações individuais dos requerentes e verificar, antes de os expulsar, como as autoridades gregas aplicavam na prática a sua legislação em matéria de asilo. Consequentemente, constatou existir uma violação do artigo 3º pela Itália, uma vez que as autoridades italianas, ao expulsarem os requerentes para a Grécia, os tinham exposto aos riscos resultantes das insuficiências do procedimento de asilo grego.

Em 2016, no caso *B.G. e Outros c. França*, embora reconhecendo que o campo em que os candidatos tinham vivido durante mais de três meses “estava saturado, tinha condições sanitárias críticas e se tinha tornado [insalubre]”, o Tribunal concluiu que não houve violação da Convenção por não estar em condições de “avaliar as condições de vida dos requerentes em termos concretos”, que o realojamento tinha sido rápido (três meses) dado o número de requerentes de asilo presentes no campo, e que as autoridades lhes tinham garantido as suas necessidades básicas, nomeadamente “alimentação, higiene e abrigo”¹⁰³. Este último ponto é altamente questionável, uma vez que o Tribunal está aqui a fazer uma aplicação particularmente rigorosa – e sem dúvida errada – da “obrigação de proporcionar alojamento decente e condições materiais aos requerentes de asilo” estabelecida em *M.S.S.*, limitando-a às “necessidades mais básicas”. Como se “condições de vida decentes” pudessem ser reduzidas a “comida, vestuário e abrigo”.

Outro exemplo desta jurisprudência contraditória é a avaliação divergente das condições de acolhimento em Itália. No processo *Tarakhel c. Suíça*¹⁰⁴, o Tribunal considerou uma violação do artigo 3º o facto de, na ausência de informações detalhadas e fiáveis sobre as instalações específicas no país de destino, as autoridades suíças terem transferido os requerentes para Itália, sem garantias suficientes de que seriam tratados de forma adequada à

¹⁰² TEDH, *Sharifi e Outros c. Itália e Grécia*, cit.

¹⁰³ TEDH, *B.G. e Outros c. França*, 10 de setembro de 2020, §§ 87 e ss. Ver A.-K. R.-K. SPECK, “A camel’s nose under the tent: the Court’s failure to discuss evidence in *B.G. and Other v. France*”, *Strasbourg Observers*, 23 de outubro de 2020.

¹⁰⁴ TEDH, *Tarakhel c. Suíça*, 4 de novembro de 2014.

sua idade. Inversamente, no caso *A.M.E. c. Países Baixos*¹⁰⁵, o Tribunal concluiu que a situação em Itália para os requerentes de asilo não podia de modo algum ser comparada à situação na Grécia na altura do *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, e que a estrutura e a situação geral das instalações de acolhimento em Itália não podiam, portanto, por si só, impedir todos os afastamentos de requerentes de asilo para esse Estado. A jurisprudência *Tarakhel c. Suíça* parece agora ter ficado definitivamente enterrada no que diz respeito às condições de acolhimento italianas, uma vez que o Tribunal indefere agora as queixas por serem manifestamente infundadas se os requerentes não provarem que enfrentam um risco real e iminente de dificuldades tão graves a ponto de resultar numa violação do artigo 3º da Convenção¹⁰⁶.

3. Artigo 8º: O direito ao respeito pela vida privada e familiar

3.1. O direito a uma vida familiar

Quando as expulsões de migrantes são contestadas com base numa violação do artigo 2º ou 3º, o Tribunal exige que seja atribuído um efeito suspensivo ao recurso para que este possa ser considerado “efetivo”¹⁰⁷. Por outras palavras, se a expulsão ameaçar violar o direito à vida da pessoa ou correr o risco de a sujeitar a tratamentos desumanos, o procedimento de expulsão deve ser suspenso até que o pedido seja decidido.

Não é este o caso dos processos que envolvem o artigo 8º, como o Tribunal decidiu no caso *De Souza Ribeiro c. França*¹⁰⁸, em que a expulsão é contestada com base numa alegada interferência na vida privada e familiar. Mesmo que se possa argumentar que a expulsão ameaça infringir o direito do estrangeiro ao respeito pela vida privada e familiar, os Estados devem dar à pessoa em questão a oportunidade de contestar a ordem, sem efeito suspensivo. O estrangeiro pode, portanto, encontrar-se na impossibilidade

¹⁰⁵ TEDH, *A.M.E. c. Países Baixos*, 13 de janeiro de 2015.

¹⁰⁶ TEDH, *M. T. c. Países Baixos*, 23 de março de 2021.

¹⁰⁷ Ver sobre este assunto, M. RENEMAN, *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, Hart Publishing, 2014.

¹⁰⁸ TEDH [GC], *De Souza Ribeiro c. França*, 13 de dezembro de 2012. Sobre este caso, ver em particular N. ARAJÁRVI, “Case Note: *De Souza Ribeiro v. France*”, 18 de março de 2013.

de não poder regressar à sua família e casa até que o procedimento esteja concluído. De facto, foi isto que aconteceu ao requerente no caso, que foi preso, colocado em prisão administrativa e expulso da Guiana Francesa no prazo de 36 horas. Embora o Tribunal tenha considerado que o requerente tinha sofrido uma violação dos seus direitos ao abrigo da Convenção, devido ao curto período entre a detenção e a expulsão, o Tribunal não chegou ao ponto de exigir aos Estados que instituísem um mecanismo suspensivo em situações em que os requerentes alegam que o afastamento violaria os seus direitos ao abrigo do artigo 8º. Estou preocupado com isto e defendi uma mudança numa opinião concorrente¹⁰⁹.

Alguns organismos internacionais apelaram especificamente ao direito a um recurso com efeito suspensivo contra uma ordem de afastamento de migrantes indocumentados. Em particular, o Comité dos Direitos Humanos, em relação à situação na Guiana Francesa no contexto de *De Souza Ribeiro*, solicitou ao Estado Parte que “assegure que todas as pessoas sujeitas a uma ordem de deportação tenham tempo suficiente para preparar um pedido de asilo” e “beneficiem da assistência de um tradutor e possam exercer o seu direito de recurso com efeito suspensivo”¹¹⁰. Este é apenas um dos muitos exemplos no domínio dos direitos humanos e do direito internacional da migração que sugerem que estes dois ramos do direito impõem pelo menos uma dupla garantia processual aos migrantes indocumentados: primeiro, o direito de ter acesso aos tribunais do Estado de acolhimento para fazer valer os seus direitos humanos, incluindo os direitos das suas famílias, e segundo, o direito a um recurso com efeito suspensivo automático de qualquer ordem de afastamento quando estes estiverem em risco de alegados danos irreversíveis na sua vida familiar.

O Tribunal decidiu anteriormente que um recurso contra uma ordem de afastamento só é eficaz se tiver efeito suspensivo, particularmente quando tais medidas colocariam o migrante em risco de danos irreversíveis. Normalmente, os “danos irreversíveis” estão associados a danos físicos resultantes de atos de tortura ou maus-tratos, geralmente condenados ao abrigo dos artigos 2º e 3º da Convenção. Contudo, o Tribunal deixou de associar

¹⁰⁹ Opinião concorrente do Juiz Pinto de Albuquerque em TEDH [GC], *De Souza Ribeiro c. França*.

¹¹⁰ Documento da ONU, CCPR/C/FRA/CO/4, 31 de julho de 2008, § 20.

sistematicamente a necessidade de uma medida suspensiva aos danos físicos em *Conka c. Bélgica*¹¹¹, onde a noção de danos irreversíveis derivou da proibição de expulsão coletiva de estrangeiros¹¹². Neste caso, o Tribunal estabeleceu assim um princípio de que os potenciais danos irreversíveis podem ser invocados sem uma alegação simultânea de perigo de tortura ou maus-tratos.

A separação dos membros da família pode de facto causar danos irreversíveis. Este “dano” não deve de forma alguma ser considerado secundário ou menos importante do que o dano físico causado pelo abuso. A coerência na jurisprudência do Tribunal exige que se mantenha o amplo entendimento de “danos irreversíveis” na interpretação do artigo 13º. Infelizmente, em *Khlaifia e Outros*¹¹³, o Tribunal fez exatamente o oposto, considerando que o afastamento do território do Estado requerido não expunha o indivíduo a danos de natureza potencialmente irreversível, desde que ele ou ela não afirmasse enfrentar violações dos artigos 2º ou 3º da Convenção no Estado recetor.

Com efeito, o desafio para a Grande Câmara não consiste apenas em rever esta jurisprudência, mas também, de forma mais ampla, em rever o princípio *Maaouia*, segundo o qual à impugnação das decisões sobre a entrada, permanência e expulsão de estrangeiros não se aplica o nº 1 do artigo 6º da Convenção¹¹⁴.

Tenho sérias dúvidas sobre este entendimento de que, devido ao elemento alegadamente discriminatório e de ordem pública das decisões tomadas neste processo, não devem ser consideradas como litígios em que se discutem os direitos civis da pessoa em causa. Em primeiro lugar, estas decisões terão necessariamente um grande impacto na vida privada, profissional e social do estrangeiro. Em segundo lugar, estas decisões não são de forma alguma discricionárias e devem respeitar obrigações internacionais, por envolverem a proibição de *refoulement*. Esta interpretação restritiva do direito de acesso aos tribunais discrimina os migrantes em relação aos nacionais sem qualquer

¹¹¹ TEDH, *Conka c. Bélgica*, 5 de fevereiro de 2002. Para uma análise mais detalhada deste caso e das suas implicações, ver em particular J. APAP, “Violation of the European Convention of Human Rights by Belgium”, *CEPS Policy Brief*, nº 12, fevereiro de 2002.

¹¹² Ver também TEDH, *Gebremedbin [Gaberamadbien] c. França*, 26 de abril de 2007, § 58.

¹¹³ TEDH, *Khlaifia e Outros c. Itália*, *cit.*, §§ 277-281.

¹¹⁴ No que respeita ao procedimento de expulsão, ver em particular TEDH [GC], *Maaouia c. França*, 5 de outubro de 2000, e no que respeita ao procedimento de asilo, ver em particular TEDH, *Katani e outros c. Alemanha*, 31 de maio de 2001.

fundamento, uma vez que o artigo 1º do Protocolo nº 7 concede menos garantias processuais aos migrantes regulares (“migrantes com residência legal”) do que as previstas pelo artigo 6º para os nacionais do Estado e, pior ainda, impõe uma diferenciação infundada entre migrantes, uma vez que deixa os migrantes indocumentados fora do âmbito do artigo 6º e do artigo 1º do Protocolo nº 7. Para preencher esta lacuna legal, o Tribunal concede engenhosamente aos migrantes indocumentados um grau mínimo de proteção do seu direito de acesso aos tribunais, com base no artigo 13º aplicado em conjugação com os artigos 2º, 3º ou 8º¹¹⁵. A mesma via legal foi tomada em *De Souza Ribeiro*. Já é tempo de pôr fim a esta interpretação minimalista do artigo 6º¹¹⁶.

Mais questionável, porém, é o caminho recentemente seguido pelo Tribunal na área do reagrupamento familiar, ilustrado no acórdão *M.A. c. Dinamarca*¹¹⁷. O caso dizia respeito ao regime jurídico do Estado para a proteção dos estrangeiros e à recusa do pedido de reagrupamento familiar do requerente, a quem apenas foi concedida “proteção temporária”. A lei dinamarquesa previa três graus de proteção: estatuto de refugiado (ao abrigo da Convenção de Genebra de 1951), proteção devido a uma grave ameaça de ser condenado à morte ou a maus-tratos, e a chamada “proteção temporária”, que poderia ser concedida a pessoas ameaçadas de perseguição no seu Estado de origem devido a uma situação grave de instabilidade geral. Ao contrário dos outros dois graus, as pessoas admitidas sob proteção temporária não eram elegíveis para o reagrupamento familiar diretamente após a obtenção do estatuto, mas apenas três anos mais tarde. Recordando que os Estados gozam de liberdade de princípio no que respeita à entrada, residência e expulsão no seu território, o Tribunal, em conformidade com a sua anterior jurisprudência¹¹⁸, enumerou os elementos a ter em conta para demonstrar a existência de uma obrigação de autorização do reagrupamento familiar: o

¹¹⁵ Por exemplo, o Tribunal já baseou a sua avaliação de um procedimento de asilo no artigo 3º da Convenção, TEDH, *Jabari c. Turquia*, 11 de julho de 2000, §§ 39-40.

¹¹⁶ Opinião concorrente do Juiz Pinto de Albuquerque em TEDH, *De Souza Ribeiro c. França*, cit., e em TEDH [GC], *Hirsi Jamaa e Outros c. Itália*, 23 de fevereiro de 2012.

¹¹⁷ TEDH, *M.A. c. Dinamarca*, 9 de julho de 2021. Ver H. H. MOLBAEK-STEENSIG, “M.A. v. Denmark: Is Denmark (still) a good-faith interpreter with legitimate aims?”, *Strasbourg Observers*, 21 de setembro de 2021; J. FERRERO, chron. R.G.D.I.P., nº 3, 2021, pp. 649-652.

¹¹⁸ TEDH [GC], 3 de outubro de 2014.

facto de a recusa do reagrupamento constituir um obstáculo à vida familiar, a natureza e extensão dos laços que as pessoas em causa mantêm com o Estado requerido, a presença ou não de obstáculos intransponíveis para que a família viva no Estado de origem, o facto de as crianças estarem ou não em sofrimento¹¹⁹, etc. Recordou também que já tinha sido capaz de sancionar períodos de espera excessivos para o reagrupamento familiar no caso de refugiados e outros titulares de autorizações de residência¹²⁰.

No entanto, o Tribunal não quis seguir esta jurisprudência neste caso. Considerou que o Estado gozava de uma ampla margem de apreciação na determinação do prazo para o reagrupamento familiar dos beneficiários da proteção temporária, utilizando para o efeito uma linha de raciocínio questionável. De facto, embora salientando o facto de os requerentes estarem a fugir de maus-tratos, o Tribunal salientou o carácter não absoluto do artigo 8º, a margem de apreciação de que gozam os Estados, particularmente no que diz respeito ao controlo da entrada e residência de estrangeiros no seu território, e, mais problematicamente¹²¹, a falta de consenso entre os Estados sobre o assunto – embora a prática encontrada tenha mostrado um consenso contrário à abordagem dinamarquesa, o Tribunal preferiu afirmar que os Estados-Membros “não foram afetados da mesma forma” pelo afluxo de cidadãos sírios desde 2015¹²². Apesar desta ampla margem de apreciação, o Tribunal acabou por constatar uma violação do artigo 8º, mas a solução não está isenta de críticas. Como foi salientado, o Tribunal perdeu uma oportunidade de consagrar, como outros organismos internacionais fizeram¹²³, a obrigação de autorizar o reagrupamento familiar desde que os estrangeiros residam legalmente no território do Estado. Além disso, válida uma diferença de tratamento entre refugiados e outras categorias de pessoas protegidas com base no risco de maus-tratos no Estado de origem, o que, embora justificado em termos de concessão do estatuto, não é relevante em termos de

¹¹⁹ TEDH, *M.A. c. Dinamarca*, cit., § 135.

¹²⁰ TEDH, *M.A. c. Dinamarca*, cit., §§ 137-139. Ver em particular o acórdão TEDH, *Tanda-Muzinga c. França*, 10 de julho de 2014, e *Mugenzi c. França*, 10 de julho de 2014.

¹²¹ Sobre esta questão, ver J. FERRERO, *chron. R.G.D.I.P.*, nº 3, 2021, p. 651.

¹²² Ver em particular §§ 151 e ss. do acórdão.

¹²³ Nomeadamente o Comité dos Direitos Humanos da ONU. Ver §§ 39 e ss. do acórdão.

reagrupamento familiar. É difícil perceber porque é que a duração dessa reunificação deve ser diferente consoante o risco sofrido pela pessoa protegida¹²⁴.

3.2. O direito à nacionalidade

Além de proteger o direito à privacidade, o artigo 8º também inclui o direito à nacionalidade. Recentemente, o Tribunal tem podido abordar esta questão em várias ocasiões, como no caso *Ramadan c. Malta*¹²⁵. Neste caso, o requerente, então nacional egípcio, tinha adquirido a cidadania maltesa em virtude do seu casamento com uma nacional. O casamento foi anulado cinco anos mais tarde. Ele voltou a casar em Malta com uma cidadã russa, com a qual teve dois filhos. Em 2007, após saberem da anulação do seu primeiro casamento, as autoridades maltesas revogaram a cidadania do requerente com o fundamento de que o casamento com a sua primeira esposa tinha sido celebrado com o objetivo de adquirir a cidadania. O requerente apresentou então o caso ao Tribunal, argumentando que a ordem de privá-lo e à sua segunda esposa da cidadania maltesa o privou dos seus direitos ao abrigo do artigo 8º.

Embora o Tribunal tenha declarado que não podia excluir que uma “negação arbitrária da nacionalidade pudesse, em determinadas circunstâncias, levantar uma questão ao abrigo do artigo 8º da Convenção devido ao impacto de tal negação na vida privada do indivíduo”¹²⁶, o Tribunal decidiu que não tinha havido violação desse artigo neste caso. O Tribunal considerou que a decisão do governo maltês tinha sido conforme à lei, não tinha sido arbitrária e não tinha levado a quaisquer consequências negativas reais – apesar de ele e a sua esposa terem sido privados da sua nacionalidade maltesa. Acrescentou ainda que os filhos do requerente não tinham sido privados da sua nacionalidade e que ele próprio podia continuar a viver e a trabalhar em Malta. Quanto ao argumento do requerente de que, como resultado da decisão do governo, ele era, de facto, apátrida (uma vez que já tinha renunciado à sua cidadania egípcia), o Tribunal concluiu que “o facto de um estrangeiro

¹²⁴ Ver J. FERRERO, *chron. R.G.D.I.P., op. ult. cit.*, p. 652.

¹²⁵ TEDH, *Ramadan c. Malta*, 21 de junho de 2016.

¹²⁶ TEDH, *Ramadan c. Malta*, *cit.*, § 84, citando TEDH, *Karashev c. Finlândia*, 12 de janeiro de 1999, nº 31414/96; [GC], *Slivenko c. Letónia*, 23 de janeiro de 2002, § 77; *Savoia e Bounegru c. Itália*, 11 de julho de 2006, nº 8407/05; *Genovese c. Malta*, 11 de outubro de 2011, § 30.

ter renunciado à nacionalidade de um Estado não significa, em princípio, que outro Estado tenha a obrigação de regularizar a sua permanência no país”¹²⁷. Tendo em conta todas as considerações anteriores, o Tribunal decidiu que não houve violação do artigo 8º da Convenção.

Saúdo as reservas de princípio baseadas na avaliação da maioria do procedimento de revogação e na proporcionalidade da ordem de revogação, particularmente tendo em conta a apatridia resultante, o risco de deportação iminente de Malta e o impacto na vida familiar do requerente. O direito à nacionalidade é um direito particularmente importante e, embora não tenha sido explicitamente incluído na Convenção, foi identificado e consagrado em protocolos posteriores, bem como noutros instrumentos internacionais¹²⁸.

O Tribunal tomou certas medidas para proteger este direito, infelizmente, a maioria no caso supracitado do *Ramadan* não tomou estas medidas em consideração ao tomar a sua decisão. Por exemplo, em *Karashev c. Finlândia*¹²⁹, o Tribunal não excluiu que a recusa de concessão da cidadania pudesse, em determinadas circunstâncias, levantar um problema ao abrigo do artigo 8º da Convenção, devido à sua arbitrariedade e ao seu impacto na vida privada do indivíduo. Não há razão para crer que o princípio acima referido só se possa aplicar a casos de privação ou perda de nacionalidade e não ao direito de renunciar à nacionalidade. A questão da negação arbitrária da nacionalidade também pode surgir nos termos do artigo 3º do Protocolo nº 4, se o objetivo da negação for evitar a proibição de expulsão de nacionais, como foi o caso em *Slivenko c. Letónia*¹³⁰, onde foi solicitado ao Tribunal que decidisse se a expulsão da esposa e da filha de um oficial militar russo ao abrigo do Tratado Letónia-Rússia sobre a retirada das tropas russas violava o artigo 3º do Protocolo nº 4. Neste caso, o Tribunal decidiu que houve uma violação do artigo 8º da Convenção na sequência do afastamento dos requerentes da

¹²⁷*Karashev c. Finlândia*, cit., §§ 59 e ss.

¹²⁸Ver a opinião concordante do Juiz Pinto de Albuquerque no acórdão *Ramadan c. Malta*. Para saber mais sobre o direito à cidadania e as questões de nacionalidade e apatridia, ver M. GANCZER, “The Right to a Nationality as a Human Right?”, *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, 2014, pp. 15-33; S. MANTU, “‘Terrorist’ Citizens and the Human Right to Nationality”, *Journal of Contemporary European Studies*, vol. 26, nº 1, 2018, pp. 28-41.

¹²⁹TEDH, *Karashev c. Finlândia*, cit., §§ 59 e ss.

¹³⁰TEDH, *Slivenko c. Letónia*, cit.

Letónia no que diz respeito ao seu direito ao respeito pela sua vida privada e familiar.

Esta jurisprudência sugere que existe agora uma proibição bem estabelecida no sistema da Convenção sobre a negação ou revogação arbitrária da nacionalidade. Logicamente, a existência de um direito à nacionalidade, ao abrigo do artigo 8º da Convenção, é lida em conjunto com o artigo 3º do Protocolo nº 4. Assim, a forma como os Estados regulamentam as questões relacionadas com a nacionalidade não pode ser considerada atualmente como uma questão de competência exclusiva do Estado. Os Estados estão vinculados por duas obrigações: uma obrigação negativa de não tomar uma medida de privação da nacionalidade se o efeito de tal medida for tornar a pessoa apátrida – qualquer que seja o motivo da medida¹³¹ –, e uma obrigação positiva de proporcionar a nacionalidade aos apátridas, pelo menos quando estes nascem ou se encontram no território do Estado ou quando um dos seus pais tem a nacionalidade desse Estado. Além disso, as pessoas que foram privadas de nacionalidade devem poder recorrer da privação de nacionalidade¹³². É tempo de o Tribunal reconhecer explicitamente que a nacionalidade do Estado faz parte do núcleo da identidade de uma pessoa, que é protegida pelo artigo 8º da Convenção. É dececionante que não o tenha feito no *Ramadan c. Malta*¹³³.

No entanto, pode notar-se uma evolução recente na jurisprudência do Tribunal no que diz respeito aos casos de retirada da nacionalidade. Alguns casos declararam violações do artigo 8º com base nos dois critérios estabelecidos em *Karashev* e recordados em *Ramadan c. Malta*, nomeadamente o carácter arbitrário da medida e as suas consequências para a vida privada do requerente¹³⁴. Um desses casos, *Usmanov*, dizia respeito à retirada da cidadania russa a um nacional tajiquistânês e à subsequente ordem de

¹³¹ TEDH, *Ghoulide.a. c. França*, 25 de junho de 2020. Ver chron. *R.G.D.I.P.*, n.º 3-4, 2020, pp. 681-682.

¹³² TEDH, *Ghoulid e.a. c. França*, cit., §§ 46-48.

¹³³ Sobre este ponto, ver em particular L. LAVRYSEN e C. POPPELWELL-SCEVAK, “*Ramadan v. Malta*: When Will the Strasbourg Court Understand That Nationality Is a Core Human Rights Issue?”, *Strasbourg Observers*, 22 de julho de 2016.

¹³⁴ Ver, por exemplo, acórdão do TEDH, *Abmadov c. Azerbaijão*, 30 de janeiro de 2020, §§ 43-44; acórdão *Usmanov c. Rússia*, 22 de dezembro de 2020, §§ 52 e ss. Para um exemplo de não-violação, ver *Ghoulid e.a. c. França*, cit., § 44 e ss. Geralmente, a revisão do Tribunal baseia-se primeiro na natureza arbitrária da medida e depois nas consequências para a vida privada do requerente (acórdãos *Abmadov* e *Ghoulid*), mas a arbitrariedade é por vezes avaliada em segundo lugar (acórdão *Usmanov*).

expulsão. Nesse caso, o Tribunal considerou que as autoridades nacionais não tinham estabelecido de forma suficientemente convincente que a alegada ameaça à segurança nacional do requerente prevalecia sobre os laços familiares que ele tinha estabelecido na Rússia¹³⁵. Contudo, no caso concreto, a natureza desproporcionada da medida deveu-se principalmente à falta de um equilíbrio adequado dos interesses em jogo.

4. Proibição de expulsão arbitrária e coletiva

De acordo com a jurisprudência estabelecida do Tribunal, um Estado tem o direito de controlar a entrada de migrantes no seu território. Contudo, os Estados não têm poder ilimitado e descontrolado para deter migrantes, negar-lhes a entrada e devolvê-los ao seu país de origem. Os Estados continuam a ter obrigações para com os migrantes ao abrigo da Convenção e do direito internacional em geral. Por um lado, devem assegurar-se de que não expulsam pessoas arbitrariamente e, quando os migrantes “batem à sua porta”, que não há expulsões coletivas.

4.1. Expulsões arbitrárias

O Tribunal tem um historial de deferência às autoridades nacionais em casos de expulsão, o que levou frequentemente a expulsões arbitrárias que violaram os direitos dos indivíduos ao abrigo da Convenção. O acórdão *Vasquez c. Suíça*¹³⁶ é um exemplo expressivo. Neste caso, o requerente alegou que a sua expulsão da Suíça violou os seus direitos ao abrigo do artigo 8º. Em termos simples, um procedimento administrativo tinha conduzido a uma ordem de expulsão mais grave do que as sanções que os tribunais penais tinham imposto ao requerente – tendo este último sido condenado no início dos anos 2000 por um crime sexual. As autoridades administrativas tinham assim “punido” o requerente com uma sanção que os tribunais penais não

¹³⁵ *Usmanov c. Rússia*, cit. Sobre o caso, ver L. REYNTJENS, “Usmanov v. Russia: a confusing turn in the right direction?”, *Strasbourg Observers*, 22 de janeiro de 2021; J. FERRERO, chron. *RG.D.I.P.*, nº 1, 2021, cit., pp. 143-144.

¹³⁶ TEDH, *Vasquez c. Suíça*, 26 de novembro de 2013.

consideraram necessária. Além disso, o Supremo Tribunal Federal tinha considerado que havia uma ameaça à segurança pública baseada em factos juridicamente irrelevantes, duas decisões de arquivamento de acusações criminais por falta de qualificação penal dos factos. A arbitrariedade desta presunção de risco ou ameaça à segurança pública era clara. Contudo, o Tribunal não constatou qualquer violação do artigo 8º da Convenção, uma vez que as autoridades nacionais não tinham excedido a sua margem de apreciação¹³⁷.

Deve também notar-se que esta não foi a primeira nem a última vez que o Tribunal não conseguiu proteger os indivíduos de uma expulsão arbitrária. Foram levantadas questões semelhantes nos processos *Shala c. Suíça*¹³⁸ e *Kissiwa Koffi c. Suíça*¹³⁹, que foram decididos pelo Tribunal no mesmo dia¹⁴⁰. Estes eram casos típicos de crimigração, em que o Estado tinha utilizado a lei de controlo administrativo da imigração como um instrumento de política de prevenção criminal.

4.2. Expulsões coletivas

O artigo 4º do Protocolo nº 4 declara inequivocamente que “é proibida a expulsão coletiva de estrangeiros”. Expulsão coletiva significa “qualquer medida que obrigue os estrangeiros, enquanto grupo, a abandonar um país, exceto quando tal medida for tomada com base num exame razoável e objetivo do caso particular de cada indivíduo que integra o grupo”¹⁴¹. Em termos práticos, isto significa que os grupos de não-nacionais não podem ser submetidos a estatuto diminuído com base na ideia de que o refugiado “genuíno” é sempre um refugiado individual. Oferecer proteção reduzida aos que chegam como parte de um afluxo em massa constituiria uma discriminação injustificada.

¹³⁷ TEDH, *Vasquez c. Suíça*, cit., § 51.

¹³⁸ TEDH, *Shala c. Suíça*, 15 de novembro de 2012.

¹³⁹ TEDH, *Kissiwa Koffi c. Suíça*, 15 de novembro de 2012.

¹⁴⁰ TEDH, *Kissiwa Koffi c. Suíça*, cit.

¹⁴¹ TEDH, *Geórgia c. Rússia (I)*, 3 de julho de 2014, § 167.

Até à data, o Tribunal considerou haver uma violação do artigo 4º do Protocolo nº 4 apenas num punhado de casos¹⁴². Em *Conka c. Bélgica*¹⁴³, foram adotadas medidas de detenção para efeitos de aplicação de uma ordem de expulsão do país, mas não foi feita qualquer referência aos pedidos de asilo dos requerentes. Várias pessoas foram simultaneamente convocadas para a esquadra de polícia, sem que lhes tenha sido dada a oportunidade de contactar um advogado. A “única referência à situação pessoal dos requerentes era o facto de a sua estadia na Bélgica ter excedido três meses” e os documentos de deportação não faziam qualquer referência aos seus pedidos de asilo¹⁴⁴. O Tribunal considerou que o procedimento de deportação não oferecia “garantias suficientes de que a situação individual de cada uma das pessoas em causa era tida em conta de forma genuína e diferenciada”¹⁴⁵ e que, por conseguinte, tinha havido uma violação do artigo 4º do Protocolo nº 4.

O Tribunal considerou igualmente haver uma violação do artigo 4º do Protocolo nº 4 no processo *Hirsi Jamaa e Outros c. Itália*¹⁴⁶. Neste caso, os requerentes não tinham sido sujeitos a qualquer controlo de identidade e as autoridades tinham simplesmente colocado os imigrantes intercetados no mar em embarcações militares e os levado de volta à costa líbia. No entanto, a solução do Tribunal não está isenta de falhas. Na minha opinião, o Tribunal não foi suficientemente longe. Deveria também ter constatado que o Governo italiano tinha a obrigação positiva de proporcionar aos requerentes o acesso efetivo a um procedimento de asilo em Itália e não simplesmente argumentar que a Itália não podia empurrar os migrantes de volta ao alto mar¹⁴⁷.

¹⁴² Para uma discussão sobre os impactos positivos da jurisprudência do Tribunal, ver em particular D. RIETIKER, “Collective Expulsion of Aliens: The European Court of Human Rights (Strasbourg) as the Island of Hope in Stormy Times”, *Suffolk Transnational Law Rev.*, nº 36, 2016, p. 651; J. RAMJI-NOGALES, “Prohibiting Collective Expulsion of Aliens at the European Court of Human Rights”, *ASIL*, vol. 20, nº 1, 4 de janeiro de 2016.

¹⁴³ TEDH, *Conka c. Bélgica*, cit.

¹⁴⁴ TEDH, *Conka c. Bélgica*, cit., § 61.

¹⁴⁵ TEDH, *Conka c. Bélgica*, cit.

¹⁴⁶ TEDH, *Hirsi Jamaa e Outros c. Itália*, cit., § 186. Sobre este caso, ver em particular V. MORENO-LAX, “*Hirsi Jamaa and Others v Italy* or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?”, *HRLR*, vol. 12, nº 3, 2012, pp. 574-598; M. GIUFFRÉ, “Watered-Down Rights on the High Seas: *Hirsi Jamaa e Outros v Italy*”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 61, nº 3, 2012, pp. 728-750. Para um comentário sobre o impacto deste caso no direito do mar, ver em particular J. COPPENS, “The Law of the Sea and Human Rights in the *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* Judgment of the European Court of Human Rights”, in Y. Haeck e E. Brems (eds.), *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, Springer, 2013, pp. 179-202.

¹⁴⁷ Opinião concorrente do Juiz Pinto de Albuquerque em *Hirsi Jamaa e outros*, cit.

No caso *Geórgia c. Rússia (I)*¹⁴⁸, o Tribunal voltou a criticar os Estados inquiridos por “expulsões de rotina” que seguiam um padrão recorrente, refletindo uma política coordenada de detenção e expulsão de cidadãos da Geórgia. Os candidatos eram deportados em grandes grupos sem representação legal ou avaliação individual. O Tribunal constatou uma violação dos direitos da Convenção. Em *Sharifi e Outros c. Itália e Grécia*¹⁴⁹, os migrantes intercetados nos portos do Adriático tinham sido sujeitos a “reenvios automáticos” à Grécia e foram privados de qualquer oportunidade efetiva de procurar asilo. Mais uma vez, o Tribunal constatou uma violação da Convenção.

Recentemente, porém, o Tribunal tem sido mais indulgente para com os Estados que se envolvem em expulsões coletivas, tendo desenvolvido uma definição muito ampla de “expulsão individual”, pelo que a sua recente jurisprudência sobre a proteção dos direitos dos migrantes tem sido descrita como um “passo atrás”¹⁵⁰. Isto é particularmente evidente no caso acima mencionado *Kblaifia c. Itália*. Os factos do caso, muito brevemente, foram os seguintes: os requerentes, cidadãos tunisinos que faziam parte de um grupo de migrantes que tinham partido de barco da Tunísia para Itália, tinham sido intercetados pela guarda costeira italiana e escoltados até um porto na ilha de Lampedusa, onde tinham sido colocados muito rapidamente num centro de receção. Durante um motim, o centro foi incendiado e os candidatos foram então levados para navios atracados no porto de Palermo, onde lhes foi recusada a entrada. Foram então recebidos pelo cônsul tunisino, que registou as suas identidades antes de os colocar em aviões para a Tunísia. Uma vez em Tunes, foram libertados. Os eventos como um todo duraram cerca de doze dias¹⁵¹.

O processo foi apreciado pela primeira vez por uma secção do Tribunal, que considerou que, embora os requerentes tivessem sido afastados com base em decisões individuais de recusa de entrada, estas decisões tinham sido redigidas em termos idênticos, variando apenas os dados pessoais de um indivíduo

¹⁴⁸ TEDH, *Geórgia c. Rússia (I)*, cit.

¹⁴⁹ TEDH, *Sharifi e Outros c. Itália e Grécia*, cit.

¹⁵⁰ C. Bosch MARCHA, “Backsliding on the Protection of Migrants’ Rights? The evolutive interpretation of the prohibition of collective expulsion by the European Court of Human Rights”, *Journal of Immigration Asylum and Nationality Law*, vol. 35, nº 4, 2021, pp. 315-336.

¹⁵¹ *Kblaifia e Outros c. Itália*, cit.

para outro: embora os requerentes tivessem sido sujeitos a um procedimento de identificação que não demonstrava necessariamente que tinha havido uma expulsão coletiva, as decisões também não continham qualquer referência às circunstâncias pessoais dos indivíduos. Estes elementos levaram a Câmara a concluir que a expulsão foi coletiva por natureza e violou o artigo 4º do Protocolo nº 4.

Infelizmente, a Grande Câmara não seguiu este raciocínio e não declarou uma violação da Convenção. Em vez disso, observou que os requerentes tinham sido sujeitos a dois procedimentos de identificação e que, na altura do seu primeiro procedimento de identificação, tinham “tido a oportunidade de alertar as autoridades para possíveis razões que justificassem a sua estadia em Itália ou que se opusessem ao seu afastamento”¹⁵². Embora a Grande Câmara tenha seguido a observação da Secção de que a recusa de entrada tinha sido redigida em termos semelhantes, constatou, no entanto, que “o carácter relativamente simples e normalizado das ordens de expulsão [podia] ser explicado pelo facto de os requerentes não estarem na posse de quaisquer documentos de viagem válidos e não terem alegado receios de maus-tratos em caso de afastamento ou outros obstáculos legais à sua expulsão”¹⁵³. As ações e justificações do Estado não foram, portanto, desrazoáveis.

O Tribunal concluiu ainda que “as expulsões quase simultâneas dos três requerentes não sustentavam a conclusão de que a sua expulsão tinha sido ‘coletiva’ na aceção do artigo 4º do Protocolo nº 4 da Convenção”¹⁵⁴, mas foram sim “o resultado de uma série de decisões de expulsão individuais”¹⁵⁵. Esta é uma conclusão dececionante do Tribunal e um passo na direção errada. Concorro com o Juiz Serghides, que discordou da deliberação, pelas mesmas razões. Tal como o Juiz Serghides, também eu penso que o artigo 4º do Protocolo n.º 4 causa sérios problemas de interpretação ao Tribunal.

Um dos principais pontos de desacordo entre a dissidência e a maioria neste caso era a necessidade de uma entrevista individual para que uma deportação estivesse em conformidade com a Convenção. A maioria respondeu

¹⁵² TEDH, *Kblaiifia e Outros c. Itália*, cit., § 247.

¹⁵³ TEDH, *Kblaiifia e Outros c. Itália*, cit., § 251.

¹⁵⁴ TEDH, *Kblaiifia e Outros c. Itália*, cit., § 252.

¹⁵⁵ TEDH, *Kblaiifia e Outros c. Itália*, cit.

de forma negativa, mas o Juiz Serghides discordou. Entendo também que é necessária uma entrevista pessoal, por muito breve que seja¹⁵⁶, para assegurar uma avaliação individualizada dos pedidos de asilo e dos argumentos individuais dos migrantes que tentam atravessar o território de um Estado. A ausência de tal entrevista deverá conduzir à conclusão de que houve violação automática do artigo 4º do Protocolo nº 4. Permitir aos Estados a realização de expulsões coletivas sem a realização de entrevistas pessoais seria um retrocesso significativo para a proteção dos migrantes e um afastamento da jurisprudência do Tribunal. Nos termos da Convenção, existe de facto uma obrigação processual de avaliar a situação individual de cada migrante que o Estado está prestes a expulsar, o que implica necessariamente a obrigação dos Estados de conduzir uma entrevista individual. Caso contrário, o Tribunal dá efetivamente aos Estados carta branca para decidirem quando as circunstâncias individuais são importantes e quando podem ser ignoradas¹⁵⁷.

Outra questão levantada neste caso foi a existência de um acordo bilateral entre a Itália e a Tunísia, que contornou a necessidade de entrevistas individuais de indivíduos tunisinos que chegavam a Itália. Nos termos deste acordo, não havia “nenhuma obrigação de realizar uma entrevista pessoal”. Concordo com o Juiz Serghides que “quando um acordo bilateral não exige entrevistas pessoais obrigatórias para a expulsão coletiva de estrangeiros, [viola] as disposições do artigo 4º do Protocolo nº 4”¹⁵⁸. Uma vez que a Itália não fez uma reserva ao artigo 4º do Protocolo nº 4, as obrigações da Itália ao abrigo do Protocolo permanecem em pleno vigor e não podem ser contornadas por um acordo bilateral.

Em *N.D. e N.T. c. Espanha*¹⁵⁹, o Tribunal esclareceu que o conceito de expulsão na Convenção também inclui decisões de não admissão na

¹⁵⁶ Ver TEDH, *Asady e Outros c. Eslováquia*, 24 de março de 2020.

¹⁵⁷ Ver também D. VENTURI, “The Grand Chamber’s Ruling in *Khlaifia and Others v Italy*: One Step Forward, One Step Back?”.

¹⁵⁸ Opinião dissidente do Juiz Serguides em *Khlaifia e Outros c. Itália*, cit., § 252.

¹⁵⁹ TEDH [GC], *N.D. e N.T. c. Espanha*, 13 de fevereiro de 2020. Sobre estes casos, ver em particular D. THYM, “The End of Human Rights Dynamism? Judgments of the ECtHR on ‘Hot Returns’ and Humanitarian Visas as a Focal Point of Contemporary European Asylum Law and Policy”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 32, nº 4, 2020, pp. 569-596; A. LOPEZ-SALA, “Keeping up Appearances: Dubious legality and migration control at the peripheral borders of Europe. The cases of Ceuta and Melilla”, in S. Carrera e M. Stefan (eds.), *Fundamental Rights Challenges in Border Controls and Expulsions of Irregular Immigration in the European Union: Complaint Mechanisms and Access to Justice*, Routledge, 2020, pp. 26-42; I. BARBERO e M. ILLAMOLA-DAUSA, “Deportations

fronteira, de acordo com a interpretação dos projetos de artigos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre expulsão de estrangeiros, sem distinção entre diferentes categorias de pessoas, independentemente do pedido de asilo ou da legitimidade do pedido de proteção internacional¹⁶⁰. Mais importante ainda, o Tribunal estabeleceu que os Estados não podem, através de legislação ou outros meios, aplicar o rótulo de “não-território” a partes do seu território, a fim de contornar as suas obrigações decorrentes da CEDH, e que devem proporcionar um acesso “real e efetivo” aos mecanismos de entrada legal para efeitos de asilo, bem como um “número suficiente” de pontos de passagem¹⁶¹. Esta obrigação positiva do Estado é uma condição *sine qua non* para uma política de gestão de fronteiras que esteja em conformidade com a Convenção.

No caso de Melilla, esta condição não tinha sido preenchida, devido à existência de uma falta de acessibilidade prática por parte dos candidatos às vias legais de admissão em Espanha. No entanto, o Tribunal negligenciou este elemento¹⁶². Pior ainda, ao centrar-se no comportamento dos indivíduos, o

without the Right to Complaint: Cases from Spain”, in S. Carrera e M. Stefan (eds.), *Fundamental Rights Challenges in Border Controls...*, cit., pp. 43-63; M. LARCHÉ, “Epilogue de l’affaire *N.D. et N.T. : ni démission ni tolérance*”, *Rev. trim. dr. h.*, 2020, pp. 1011-1027; H. RASPAIL, chron. *R.G.D.I.P.*, n° 2, 2020, pp. 389-396; N. SINANAJ, “Push backs at land borders: *Asady and Others v. Slovakia and N.D e N.T v. Spain*. Is the principle of non-refoulement at risk”, *Refugee law initiative*, 10 de junho de 2020; S. CARRERA, “The Strasbourg Court Judgement *N.D. and N.T. v Spain*: A *Carte Blanche* to Push Back at EU External Borders?”, *EU Working Paper*, n° 21, 2020; G. RAIMONDO, “*N.D. and N.T. v Spain*: A Slippery Slope for the Protection of Irregular Migrants”, *University of Oxford Faculty of Law*, 20 de abril de 2020; N. MARKARD, “A Hole of Unclear Dimensions: Reading ND and NT v. Spain”, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 1 abril 2020; H. HAKIKI, “*N.D. and N.T. v. Spain*: defining Strasbourg’s position on push back at land borders?”, *Strasbourg Observers*, 26 março 2020; S. PAPAGEORGIOPOULOS, “*N.D. e N.T. v. Spain*: do cold returns require cold decision-making?”, *European Database of Asylum Law*, 28 de fevereiro de 2020; R. WISSING, “Push-backs of ‘badly-behaving’ migrants at Spanish borders are not collective expulsions (but migrants still be illegal refoulements)”, *Strasbourg Observers*, 25 de fevereiro de 2020; M. PICHL e D. SCHMALZ, “‘Illegal’ may not mean rightless. The shocking ECtHR Grand Chamber judgment in case *N.D. and N.T.*”, *Verfassungsblog*, 14 de fevereiro de 2020; C. OVIEDO MORENO, “A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain”, *Verfassungsblog*, 14 de fevereiro de 2020; D. THYM, “A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR’s *N.D. & N.T.* Judgment on ‘Hot Expulsions’ at the Spanish-Moroccan Border”, *Verfassungsblog*, 17 de fevereiro de 2020.

¹⁶⁰ Opinião dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque em TEDH, *M.A. e Outros c. Lituânia*, 11 de dezembro de 2018.

¹⁶¹ TEDH, *N.D. e N.T.*, cit., § 209.

¹⁶² O Tribunal rejeitou simplesmente as provas apresentadas pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, pelo Alto Comissariado para os Direitos Humanos, pelo Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa e por um grupo de instituições da sociedade civil como intervenientes terceiros, concluindo que os vários relatórios não eram “conclusivos” (§ 218). A situação no terreno já tinha sido analisada por J.M. SANCHEZ-TOMÁS, “Las devoluciones en caliente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Espanola de Derecho Europeo*, n° 65, 2018, pp. 101-135; L. IMBERT, “Refoulements sommaires: la CEDH trace la ‘frontière des droits’ à Melilla”, *La Revue des droits de l’homme*, 28 de janeiro de 2018; C. GORTAZAR e N. FERRÉ, “A cold shower for Spain – hor returns from Melilla to Morocco: *N.D. e N.T. v Espanha*”, *EU Immigrations and Asylum*

Tribunal inverteu os papéis dos requerentes e do Estado requerido, tratando os primeiros como se fossem acusados de comportamento intencionalmente perturbador e agressivo e o segundo como acusador. A decisão do Tribunal de avaliar primeiro se os requerentes eram dignos de proteção dos direitos humanos ao abrigo da CEDH foi fundamentalmente errada na medida em que assumiu que o direito de acesso aos direitos humanos não é inerente a todas as pessoas perseguidas, mas depende da conduta do queixoso. Quando no caso *Hirsi Jamaa e Outros c. Itália*¹⁶³ concluiu que não haveria violação do artigo 4º do Protocolo nº 4 “se a ausência de uma decisão de expulsão individual for consequência da conduta indevida das pessoas em causa”¹⁶⁴, isto não significava e não podia ser interpretado como significando que a garantia da proibição absoluta de *refoulement* dependia da conduta da pessoa que atravessava a fronteira. Uma tal leitura do acórdão *Hirsi Jamaa e Outros* seria claramente abusiva à luz da interpretação ampla do termo “expulsão” no § 174 do mesmo acórdão (repetido no § 185 do *N.D. e N.T.*), que salienta, com razão, que o termo se refere a “qualquer afastamento forçado de um estrangeiro do território de um Estado, independentemente da legalidade da estadia da pessoa, do tempo que passou nesse território, do local onde foi detido, do seu estatuto de migrante ou de requerente de asilo, ou da *sua conduta no momento da passagem da fronteira*”¹⁶⁵. Além disso, ao invocar os casos de *Berisha e Haljiti c. “Antiga República Jugoslava da Macedónia”*¹⁶⁶ e *Dritsas c. Itália*¹⁶⁷, a sua argumentação, além de autoritária, foi abusiva, pois baseou-se numa leitura restritiva destes acórdãos que não se relacionavam com uma situação semelhante¹⁶⁸.

A falácia do argumento do Tribunal é ainda mais aparente se for levada *ad absurdum* para negar o direito de acesso aos direitos humanos a criminosos

Law and Policy, 20 de outubro de 2017; I. GONZALEZ GARCIA, “Rechazo en las Fronteras Exteriores Europeas con Marruecos: Immigration y Derechos Humanos en las Vallas de Ceuta y Melilla 2005-2017”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 43, 2017, pp. 17-57; P. GARCIA ANDRADE, “‘Devoluciones en caliente’ de ciudadanos extranjeros a Marruecos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 67, 2015, pp. 214-220.

¹⁶³ TEDH, *Hirsi Jamaa e Outros*, cit., p. 4.

¹⁶⁴ TEDH, *Hirsi Jamaa e Outros*, cit., § 184.

¹⁶⁵ Ênfase acrescentada.

¹⁶⁶ TEDH, *Berisha e Haljiti c. “Antiga República Jugoslava da Macedónia”*, 16 de junho de 2005, nº 1867/03.

¹⁶⁷ TEDH, *Dritsas c. Itália*, 1 de fevereiro de 2011, nº 2344/02.

¹⁶⁸ TEDH, *N.D. e N.T.*, cit., § 200.

ou outras pessoas “perturbadoras”, seja qual for o significado desse termo. Ao fazê-lo, o Tribunal não só encorajou a prática espanhola em *N.D. e N.T.* mas também classificou os candidatos como de primeira e de segunda classe, uns como “boas pessoas” e outros como “desordeiros”, que não têm o direito de aceder aos direitos humanos e, mais especificamente, o direito de aceder a um procedimento que avalie as suas necessidades de proteção internacional. Para o Tribunal, os africanos detidos em Melilla, isto é, em território espanhol, depois de terem subido as cercas da fronteira hispano-marroquina, eram “desordeiros” de segunda classe e podiam, portanto, ser imediatamente “repatriados” para Marrocos sem proteção ou acesso a um processo judicial. Nas fronteiras da Europa, os estrangeiros são caçados como animais que invadiram um quintal e o Tribunal tem permanecido em silêncio sobre esta questão.

O aspeto mais terrível desta linha de raciocínio é a sua *reductio ad hitlerum*, como diria Leo Strauss. É uma lógica de culpa por associação, segundo a qual todos aqueles que escalam as cercas de fronteira em Melilla agem da mesma forma, partilham a mesma intenção e estão na mesma situação pessoal¹⁶⁹. Nos casos *N.D. e N.T.* as intenções específicas dos requerentes de perturbar e pôr em perigo a segurança pública nunca foram estabelecidas e nunca foram apresentadas provas de quaisquer atos de violência concretos cometidos por eles ou por qualquer outra pessoa que atravessasse a fronteira nesse dia¹⁷⁰. Ao ler a maioria, fica-se com a impressão de que o princípio da responsabilidade individual foi completamente obscurecido. O Estado de Direito exige que o Tribunal analise a situação real de cada queixoso em Estrasburgo e não trivialize as suas características individuais. Isto é óbvio e é uma situação escandalosa que o que é óbvio tenha de ser destacado em Estrasburgo.

Para além do óbvio, foi ultrapassado um ponto de não retorno. O artigo 31º da Convenção sobre os Refugiados consagra o princípio da não penalização que obriga os Estados Contratantes a não impor aos migrantes

¹⁶⁹ A linguagem *ad hominem* do Tribunal afirma que “as pessoas que atravessam uma fronteira terrestre de forma não autorizada, que se aproveitam deliberadamente do seu grande número e que utilizam a força, são suscetíveis de criar uma situação claramente perturbadora, difícil de controlar e que põe em perigo a segurança pública”. Ver *N.D. e N.T.*, cit., § 200.

¹⁷⁰ A utilização da palavra “agressão” nos §§ 201, 210, 211 e, em particular, 231 do acórdão é enganadora, uma vez que confunde o uso da força com a chegada em massa de pessoas. Além disso, o vídeo disponível dos eventos não mostrou qualquer uso de força.

“sanções em virtude da sua entrada ou presença ilegal”. O Tribunal não se preocupou muito com a natureza absoluta do princípio da *non refoulement* quando aceitou que os Estados poderiam “obrigar as pessoas a apresentar pedidos de asilo apenas nos pontos de passagem de fronteira existentes” e “recusar a entrada no seu território, incluindo a *potenciais requerentes de asilo*, que não tenham cumprido estas disposições”¹⁷¹. A doutrina contrária tem sido constantemente defendida pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa¹⁷², pelo Comissário para os Direitos Humanos¹⁷³, pelo Representante Especial do Secretário-Geral para as Migrações e Refugiados¹⁷⁴, e por todos os organismos relevantes da ONU, o Gabinete do Alto Comissário para os Direitos Humanos¹⁷⁵, o Comité dos Direitos da Criança da ONU¹⁷⁶, o Conselho dos Direitos Humanos da ONU¹⁷⁷, o Subcomité das Nações Unidas para a Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes¹⁷⁸ e o Comité para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres¹⁷⁹. Pelo menos por uma questão de cortesia internacional, se não de rigor analítico, o Tribunal deveria ter procurado discutir as posições destas autoridades. Tal como em *Ilias e Ahmed*, é altamente lamentável que,

¹⁷¹ TEDH, *N.D. e N.T.*, *cit.*, § 210. Ênfase acrescentada.

¹⁷² Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, *Políticas e práticas de repulsão nos Estados membros do Conselho da Europa*, Recomendação 2161, 2019.

¹⁷³ Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa, *Relatório Anual de Atividades 2015*, 14 de março de 2016, § 41.

¹⁷⁴ Representante Especial do Secretário-Geral para as Migrações e Refugiados, *Relatório da missão de averiguação em Espanha*, 18-24 de março de 2018, SG/Inf, 2018, 3 de setembro de 2018.

¹⁷⁵ Relatório do Gabinete do Alto-Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACDH), HRC/WG.6/35/ESP/2, 18 de novembro de 2019. Ver também os *Princípios e Diretrizes Recomendados sobre Direitos Humanos nas Fronteiras Internacionais*, de 2014, que apela aos Estados para: “respeitar, promover e cumprir os direitos humanos onde quer que exerçam jurisdição ou controlo efetivos, incluindo onde exerçam autoridade ou controlo extraterritorial” e “assegurar que todas as medidas de governação de fronteiras tomadas nas fronteiras internacionais, incluindo as destinadas a enfrentar a migração irregular[...] sejam coerentes com o princípio do *non-refoulement* e a proibição de expulsão arbitrária e coletiva”.

¹⁷⁶ Comité dos Direitos da Criança da ONU, *D.D. c. Espanha*, Views on Communication No. 4/2016, 15 de maio de 2019.

¹⁷⁷ Conselho de Direitos Humanos da ONU, *Relatório do Grupo de Trabalho sobre a Revisão Periódica Universal. Espanha*, HRC/29/8, 13 de abril de 2015, §§ 131-166 e 131-182.

¹⁷⁸ Subcomissão da ONU para a Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (SPT), *Visita a Espanha de 15 a 26 de Outubro de 2017: observações e recomendações ao Estado parte*, 2 de outubro de 2019, CAT/OP/ESP/1, § 93. Para uma análise da questão da migração pela Subcomissão, ver H. ВИИ e M. BOSWORTH, “Human rights protections and monitoring immigration detention at Europe’s Borders”, *European Human Rights Law Review*, nº 6, 2020, pp. 640-654.

¹⁷⁹ Comité para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, *Conclusões do relatório 7º e 8º de Espanha*, CEDAW/C/ESP/CO/7-8, 2015, §§ 36-37.

em vez de promover uma convergência efetiva entre a sua jurisprudência e o direito internacional dos direitos humanos, o Tribunal no caso *N.D. e N.T.* tenha enveredado por um caminho tortuoso de fragmentação do direito internacional¹⁸⁰.

A posição moral e juridicamente insustentável do Tribunal sobre o conceito de jurisdição foi ainda exacerbada pela decisão de inadmissibilidade *M.N. e Outros c. Bélgica*¹⁸¹. A pior face do Tribunal, indiferente às consequências trágicas das decisões tomadas pelas partes contratantes sobre os estrangeiros fora dos seus territórios, tão friamente exposta em *Bankovic e Outros c. Bélgica e Outros*¹⁸², foi novamente revelada. O Tribunal declarou inequivocamente e sem compromissos que “o simples facto de as decisões tomadas a nível nacional terem tido um impacto na situação das pessoas residentes no estrangeiro não é de molde a estabelecer a jurisdição do Estado em causa sobre essas pessoas fora do seu território”¹⁸³. *A fortiori*, isto significa que “pessoas fora do seu território” não têm direito de acesso a mecanismos legais para efeitos de asilo, mesmo quando as decisões tomadas a nível nacional tenham afetado os seus direitos e liberdades.

A decisão em *M.N. e Outros c. Bélgica* levanta questões sensíveis à luz da recente jurisprudência do Tribunal¹⁸⁴. Em *N.D. e N.T. c. Espanha*, o Tribunal argumentou que os requerentes africanos poderiam ter solicitado proteção internacional através dos serviços diplomáticos e consulares

¹⁸⁰ Ver a opinião dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque no acórdão do TEDH [GC], *Correia de Matos c. Portugal*, 4 de abril de 2018.

¹⁸¹ TEDH [GC], *M.N. e outros c. Bélgica*, 5 de março de 2020. Ver P. DUCOULOMBIER, “Coup d’arrêt à l’extension de la juridiction extraterritoriale des États parties à la Convention européenne des droits de l’homme”, *Rev. trim. dr. b.*, 2021, pp. 77-96; D. THYM, “The End of Human Rights Dynamism? Judgments of the ECtHR on ‘Hot Returns’ and Humanitarian Visas as a Focal Point of Contemporary European Asylum Law and Policy”.

¹⁸² TEDH [GC], *Bankovic e outros c. Bélgica e outros*, decisão de 12 de dezembro de 2001, § 75.

¹⁸³ TEDH, *M.N. e Outros c. Bélgica*, cit., § 112.

¹⁸⁴ Sobre estas questões, ver em particular T. GAMMELTOFT-HANSEN, “Adjudicating old questions in refugee law: MN and Others v Belgium and the limits of extraterritorial refoulement”, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 26 de maio de 2020; A. DE LEO e J. RUIZ RAMOS, “Comparing the Inter-American Court opinion on diplomatic asylum applications with M.N. and Others v. Belgium before the ECtHR”, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 13 de maio de 2020; V. STOYANOVA, “M.N and Others v Belgium: no ECHR protection from refoulement by issuing visas”, *EJIL: Fale!*, 12 de maio de 2020; M. BAUMGARTEL, “Reaching the dead-end: M.N. and others and the question of humanitarian visas”, *Strasbourg Observers*, 7 de maio de 2020; A.-N. REYHANI, “Expelled from Humanity: Reflections on M.N. and Others v. Belgium”, *Verfassungsblog*, 6 de maio de 2020; D. SCHMALZ, “Der Staat gegen seine Richter: Eindrücke von der EGMR-Verhandlung im Fall M.N.”, *Verfassungsblog*, 2 de maio de 2020.

espanhóis no seu país de origem ou de trânsito¹⁸⁵, a fim de concluir que a lei espanhola oferecia aos requerentes vários meios regulares possíveis para solicitar a admissão no território nacional e assim justificar o “reenvio a quente” (*devoluciones calientes*) dos migrantes em situação irregular. Tendo em conta este argumento em *N.D. e N.T.* como poderia o Tribunal concluir em *M.N. e Outros* que um pedido regular de visto num consulado belga na Síria não poderia desencadear uma ligação jurisdicional com a Bélgica? Além disso, em *N.D. e N.T.* o Tribunal recusou explicitamente permitir ao Estado cortar parte do território a fim de contornar as obrigações internacionais¹⁸⁶. Face a esta recusa, como poderia o Tribunal em *M.N. e Outros* estar preparado para retirar aos postos consulares e diplomáticos belgas a sua autoridade sobre os estrangeiros, quando eles tomam decisões que têm efeitos duradouros sobre os direitos e liberdades destes? Estas perguntas merecem uma resposta que a Grande Câmara não deu. Tal resposta é ainda mais necessária após a chocante recusa das autoridades belgas em aplicar as decisões iniciais da Câmara de Recurso dos Estrangeiros a favor dos requerentes, como se a Bélgica fosse uma república das bananas onde os interesses políticos ditam de forma totalmente oportunista se as decisões judiciais devem ou não ser respeitadas.

O único argumento avançado pela maioria em *M.N. e Outros* foi uma falácia clássica *ad terrorem*, nomeadamente que a aceitação da jurisdição “consagraria uma aplicação quase universal da Convenção com base nas escolhas unilaterais dos indivíduos, onde quer que estejam no mundo, e que isto criaria uma obrigação ilimitada para os Estados Contratantes de permitir a entrada a uma pessoa que possa estar exposta a maus-tratos contrários à Convenção fora da sua jurisdição”¹⁸⁷. Ruminar sobre potenciais resultados catastróficos e imaginar os piores cenários nunca foi um meio adequado de

¹⁸⁵ TEDH, *N.D. e N.T.*, cit., §§ 212, 214 e especialmente 228.

¹⁸⁶ TEDH, *N.D. e N.T.*, cit., § 209.

¹⁸⁷ TEDH, *M.N. e Outros c. Bélgica*, cit., § 123, na sequência do infeliz caso TEDH, *Abdul Wahab Khan c. Reino Unido*, 28 de janeiro de 2014, nº 11987/11, § 27. O Tribunal não teve sequer em conta que o processo de recurso em *Abdul Wahab Khan* dizia respeito à retirada da autorização de permanência. O Tribunal decidiu com base na conclusão de que o requerente representava uma ameaça à segurança nacional e o impacto exclusivamente extraterritorial, que a decisão impugnada não era atribuível ao Reino Unido, mas ao requerente, devido às suas atividades e à sua decisão de regressar ao Paquistão. Em resumo, este é um caso factual completamente diferente dos dos requerentes sírios no caso belga.

análise jurídica¹⁸⁸. Além disso, “o princípio de *non refoulement* seria puramente fictício se o Estado pudesse impedir a aplicação do princípio através de políticas de expulsão, não admissão ou rejeição na fronteira”¹⁸⁹.

Além disso, em *M.N. e outros*, o Tribunal eliminou a existência de um acesso real e efetivo aos mecanismos de entrada legal para efeitos de asilo como *condição sine qua non* de uma política de gestão de fronteiras ao abrigo da Convenção¹⁹⁰. O Tribunal considerou a possibilidade de vias legais de proteção, tais como procedimentos de asilo através de embaixadas e/ou representações consulares, em prejuízo dos requerentes africanos que não os tinham utilizado, mas não os considerou em benefício dos requerentes sírios, que os tinham utilizado. Este é outro exemplo da “jurisprudência heteróclita” do Tribunal em matéria de jurisdição¹⁹¹. Em termos simples, se os requerentes de asilo agirem como pessoas “más” que saltam barreiras fronteiriças em África, podem ter a certeza de que não obterão justiça perante o Tribunal de Estrasburgo, mas também não terão os seus direitos protegidos se agirem como pessoas “boas” que tentam procurar asilo de forma ordeira através do aparelho consular, administrativo e judicial. Se o Tribunal é inflexível com os requerentes de asilo “rebeldes”, não é menos implacável com os requerentes de asilo cumpridores da lei, tais como os requerentes sírios no caso belga.

Defendi uma interpretação de princípio da jurisdição, segundo a qual “a imigração e o controlo das fronteiras são uma função primária do Estado e todas as formas desse controlo implicam o exercício da jurisdição

¹⁸⁸ Este tipo de narrativa apocalíptica do medo de uma invasão da Europa por estrangeiros é frequentemente utilizada no campo do direito migratório. Ver as opiniões do Juiz Pinto de Albuquerque em *S.J. c. Bélgica*, TEDH [GC], 19 de março de 2015, *De Souza Ribeiro, cit.*, e *M.A. e Outros, cit.*, § 17.

¹⁸⁹ Ver em particular a minha opinião em *M.A. e outros, cit.*, § 7.

¹⁹⁰ A jurisprudência subsequente confirma-o. No recente processo *Asady e Outros c. Eslováquia* (TEDH, 24 de março de 2020), a maioria não diz uma palavra sobre a falta de recursos legais para os requerentes, que entraram irregularmente na Eslováquia e solicitam proteção internacional em missões diplomáticas ou consulares eslovacas no estrangeiro. A violação pelo requerente do artigo 4º do Protocolo nº 4 é ainda agravada por um falso exame individualizado da situação do requerente por parte das autoridades eslovacas. Não lhes foi dada nenhuma oportunidade real e eficaz para apresentarem argumentos contra a sua expulsão. Sobre o caso, ver F. L. GATTA, “*Tell me your story, but hurry up because I have to expel you*” – *Asady and Others v. Slovakia*: how to (quickly) conduct individual interviews and (not) apply the ND & NT ‘own culpable conduct’ test to collective expulsions”, *Strasbourg Observers*, 6 de maio de 2020.

¹⁹¹ A expressão do Juiz Bonello na sua opinião dissidente em *Al-Skeini e Outros c. Reino Unido*, TEDH [GC], 7 de julho de 2011.

do Estado”¹⁹². Neste contexto, não teria dúvidas em admitir a existência de um vínculo jurisdicional com a Bélgica, baseado em decisões tomadas pelo Estado a nível nacional, incluindo decisões de funcionários diplomáticos e consulares, que tiveram impacto na situação dos estrangeiros no estrangeiro, independentemente de qualquer controlo físico territorial ou pessoal sobre estes¹⁹³. Além disso, dado este limiar jurisdicional, reitero que “se uma pessoa em perigo de ser torturada no seu país procurar asilo numa embaixada de um Estado vinculado pela Convenção, deve ser concedido um visto de entrada no território desse Estado”¹⁹⁴. O artigo 3º da Convenção consagra o princípio do *non-refoulement*, uma vez que obriga os Estados a não recusar um visto a um estrangeiro sempre que existam motivos substanciais para acreditar que a pessoa em questão, se deixada no seu país, estaria exposta a um risco real de ser sujeita a um tratamento contrário a este artigo¹⁹⁵. É por isso que o artigo 4º do Protocolo nº 4 proíbe as expulsões coletivas e implica necessariamente uma avaliação individual das necessidades de proteção internacional do estrangeiro. O Estado não pode impedir o regresso dos “potenciais requerentes de asilo” a um local de perigo se as pessoas forem deportadas coletivamente. Felizmente, o Tribunal parece ter retomado a proteção do artigo 4º do Protocolo nº 4 numa série de processos subsequentes¹⁹⁶,

¹⁹² Ver em particular as opiniões do juiz Pinto de Albuquerque no acórdão TEDH, *Hirsi Jamaa e Outros, cit.*, no acórdão TEDH, *De Souza Ribeiro, cit.*, e no acórdão *M.A e Outros c. Lituânia, cit.*, §§ 3-8.

¹⁹³ Para o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, os atos dos agentes diplomáticos em relação a uma pessoa que entra na embaixada de um Estado estrangeiro para procurar proteção são automaticamente da jurisdição desse Estado (Parecer Consultivo OC-25/18, de 30 de maio de 2018, a instituição do asilo e o seu reconhecimento como um direito humano no sistema interamericano de proteção (interpretação e âmbito de aplicação dos artigos 5º, 22º, nº 7 e nº 8, em relação ao artigo 1º, nº 1, da Convenção Americana dos Direitos Humanos, §§ 188, 192 e 194). O Tribunal Interamericano foi inspirado pela antiga Comissão Europeia no processo *W.M. c. Dinamarca*, 14 de outubro de 1992, n.º 17392/90, e pelo Comité dos Direitos Humanos da ONU, 21 de agosto de 2009, *Mohammad Munaf c. Roménia*, n.º 1539/2006, UN Doc. CCPR/C/96/D/1539/2006, §§ 14.2 e 14.5. É verdade que o caso dinamarquês envolveu atos de força sobre o estrangeiro, mas nem o caso romeno nem o Parecer Consultivo condicionam a jurisdição aos atos dos funcionários diplomáticos que envolvem o controlo físico do estrangeiro por funcionários diplomáticos ou outros a pedido dos funcionários diplomáticos.

¹⁹⁴ Ver a opinião do Juiz Pinto de Albuquerque em *Hirsi Jamaa e Outros, cit.*

¹⁹⁵ Segundo o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, existe a obrigação de respeitar o princípio de *non-refoulement* nas missões diplomáticas (§§ 192 e 194), o que implica obrigações positivas e negativas para o Estado, nomeadamente a obrigação de fazer uma avaliação da existência de um risco real de repulsão se a pessoa deixar a embaixada e de se retirar da embaixada, se tal risco for determinado, a obrigação de adotar todas as medidas diplomáticas necessárias, incluindo solicitar ao Estado em cujo território se encontra a missão diplomática que providencie a passagem segura da pessoa (Parecer consultivo OC-25/18, *cit.*, §§ 194-198).

¹⁹⁶ Para além dos casos abaixo mencionados, ver também TEDH, *Shabzad c. Hungria*, 8 de julho de 2021, nº 12625/17, e *M.H. e Outros c. Croácia*, 18 de novembro de 2021. Mais uma vez, a constatação de uma violação baseou-se na falta de exame da situação individual dos requerentes, bem como na falta de um recurso judicial adequado. Ver em

incluindo *M.K. e Outros c. Polónia*¹⁹⁷ e *Moustabi c. França*¹⁹⁸. No primeiro caso, o Tribunal constatou existir uma violação do artigo 4º do Protocolo nº 4 com base no facto de as decisões dos requerentes de recusa de entrada na Polónia não se basearem numa avaliação individual dos seus pedidos, mas fazerem parte de uma política geral de recusa sistemática de registo dos pedidos de asilo apresentados por pessoas que chegam à fronteira polaca com a Bielorrússia e são devolvidos a esta última¹⁹⁹. No segundo caso, o Tribunal chegou à mesma conclusão relativamente ao afastamento de dois menores não acompanhados pelas autoridades francesas de Mayotte para as Comores, onde a constatação de uma violação do artigo 4º do Protocolo nº 4 se baseou na ausência de um exame individual da situação das crianças e no facto de o seu destino ter sido arbitrariamente ligado ao dos adultos com quem viajavam, sem que se tenha verificado qualquer ligação com estes²⁰⁰. No entanto, é de salientar que o caso não poderia ter sido concluído de outra forma, tendo em conta a gravidade dos factos. O julgamento sublinha a vulnerabilidade e o “sentimento de extrema angústia” das crianças, “completamente indefesas”, detidas com outros adultos e separadas da sua família, depois enviadas de volta sem informação e sem qualquer sistema de acolhimento, bem como a “flagrante falta de humanidade” demonstrada pelas autoridades²⁰¹. Estas circunstâncias também levaram o Tribunal a declarar uma violação dos artigos 3º, 5º §§ 1 e 4, 8º e 13º – combinados com os artigos 3º e 8º da Convenção e o artigo 4º do Protocolo nº 4.

particular J. DE CONINCK, “MH and others v. Croatia: Resolving the jurisdictional and evidentiary black hole for expulsion cases?”, *Strasbourg Observers*, 14 de janeiro de 2022.

¹⁹⁷ TEDH, *M.K. e Outros c. Polónia*, 23 de julho de 2020. Ver F. F. Luigi GATTA, “Systematic push back of ‘well behaving’ asylum seekers at the polish border: M.K. and Others v. Poland”, *Strasbourg Observers*, 7 de outubro de 2020.

¹⁹⁸ TEDH, *Moustabi c. França*, *cit.* Ver J. FERRERO, *chron. R.G.D.I.P.*, n.ºs 3-4, 2020, pp. 679-680.

¹⁹⁹ TEDH, *M.K. e Outros c. Polónia*, *cit.*, §§ 174 e ss.

²⁰⁰ TEDH, *Moustabi c. França*, *cit.*, §§ 133 e ss.

²⁰¹ TEDH, *Moustabi c. França*, *cit.*, §§ 65-70.

5. Conclusão

No que diz respeito à proteção dos migrantes, o Tribunal está determinado a limitar, restringir e cercear os direitos individuais. Continua a seguir precedentes pouco claros, injustos e desatualizados. O Tribunal não estendeu de modo algum os mesmos direitos fundamentais de que gozam os cidadãos dos Estados-Membros ao abrigo da Convenção àqueles que fazem frequentemente a perigosa viagem para as suas costas. Ao fazê-lo, o Tribunal virou as costas aos mais vulneráveis e falhou no seu dever de proteger os direitos fundamentais de todos. O Tribunal tem-se permitido envolver-se na política de migração, perdendo frequentemente os Estados por cederem perante a pressão a que estão submetidos, mas não tendo em conta os indivíduos que estão sujeitos a estas “soluções” radicais. Os políticos podem usar desculpas para limitar os direitos quando a situação se torna difícil, mas cabe ao Tribunal manter-se forte face a tempos incertos e acontecimentos mundiais inesperados. É nestes momentos que os mais vulneráveis da nossa sociedade sofrem mais. O nosso trabalho, o nosso princípio fundador, como farol dos direitos humanos na Europa, é ser a voz dos sem voz, especialmente em tempos difíceis.

A “rampa deslizante” em que o Tribunal se encontra conduzirá inevitavelmente a mais e mais dificuldades e a menos e menos proteção. A migração não irá desaparecer e à medida que o mundo se torna cada vez mais instável, devemos esperar que ondas de migração continuem a trazer muitas pessoas vulneráveis e desesperadas para as nossas costas.

O Tribunal terá de considerar o seu papel na proteção das pessoas que vieram para a Europa e conseguiram criar aqui uma vida, ter uma família, com risco de verem as suas vidas perturbadas por expulsões arbitrárias. O Tribunal terá também de considerar o seu papel na aceitação de uma política de detenção desumana que trata os migrantes como objetos descartáveis.

O Tribunal está no caminho errado: longe da proteção e agindo com indiferença. As consequências são trágicas, tanto para aqueles que não têm outra proteção como para aqueles que são protegidos pela Convenção. São também trágicos para a proteção e desenvolvimento dos direitos humanos, na Europa e no mundo.

A CONSTITUIÇÃO E AS FORÇAS ARMADAS – ALGUMAS REFLEXÕES

Pedro Coutinho*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.21>

1. Do ponto de vista da discussão pública, as Forças Armadas não têm suscitado, nos últimos 30 anos, grande debate no que à sua relevância, estatuto e missão diz respeito. Para tal terão contribuído diversos factores, como a sua decrescente dimensão, sobretudo com o fim do Serviço Militar Obrigatório, e a percepção generalizada de uma “paz perpétua” no solo europeu, que tornaria a actividade militar de preparação para a guerra uma actividade inútil.

Uma série de eventos recentes, porém, vieram alterar este *status quo*, seja pelo desfazer da ilusão da impossibilidade de guerra – as intervenções russas na Crimeia, primeiro, e a presente invasão da Ucrânia como um todo, posteriormente –, seja por contribuírem para uma consciência dos préstimos das Forças Armadas além do desempenho de funções estritamente militares, como reserva estratégica e no apoio a diversas entidades civis – à cabeça, destaca-se o apoio prestado pelas Forças Armadas no combate à COVID-19. Valores específicos das Forças Armadas, ligados à defesa da independência nacional e, consequentemente, à Constituição e a todos os cidadãos, que

* Professor Auxiliar da Universidade Lusófona do Porto. Email: pedro.coutinho@ulp.pt.

estiveram latentes e reduzidos a valores datados e antiquados parecem hoje poder ganhar uma renovada importância.

A conjuntura contribui, portanto, para uma reencontrada vitalidade dos temas ligados às Forças Armadas, de múltiplas perspectivas, incluindo de um ponto de vista político-constitucional. O presente artigo pretende analisar alguns aspectos fundamentais da regulação constitucional das Forças Armadas para contribuir para uma necessária reflexão sobre o que dela faz sentido manter, alterar ou aperfeiçoar.

2. Longe vão os tempos em que, como referia Francisco Lucas Pires, as Forças Armadas eram ignoradas pela generalidade dos textos constitucionais. Isto porque, de “maneira implícita eram tratadas como forças supraconstitucionais, a-constitucionais ou infraconstitucionais”¹. Eram supraconstitucionais pois, enquanto instrumento de força e de garante de soberania – portanto, poder constituinte –, não poderiam ser alvo de “enquadramento jurídico prévio, superior e de integração pelos valores constitucionais”²; eram a-constitucionais por serem vocacionada para a guerra – situação de crise –, sendo as constituições vocacionadas para a normalidade; e eram simultaneamente infraconstitucionais enquanto subordinadas ao poder executivo.

Entre nós, a Constituição de 1933 não ignorava por completo as Forças Armadas, dedicando-lhes os seus artigos 53º a 58º. Porém, pouco de significativo se retirava dessa regulação constitucional além da identificação da missão basilar das Forças Armadas, da obrigatoriedade do serviço militar, e do facto de a organização militar ser uma para todo o território. “Tudo o mais – e era quase tudo – estava omissa na Constituição e era, portanto, regulado pela lei ou por fontes secundárias”³.

De forma contrastante, o texto originário da actual Constituição portuguesa (CRP/76) apresentava uma intensa ligação às Forças Armadas, decorrente dos eventos históricos da revolução de 25 de Abril, do Processo Revolucionário em Curso (PREC) e dos Pactos MFA-Partidos. O ímpeto

¹ Francisco Lucas PIRES, “As Forças Armadas e a Constituição”, in AAVV, *Estudos Sobre a Constituição*, vol. I, Lisboa, Petrony, 1977, p. 321.

² Francisco Lucas PIRES, “As Forças Armadas e a Constituição”, *op. cit.*

³ Diogo Freitas do AMARAL, “A Constituição e as Forças Armadas”, in Mário Baptista Coelho (coord.), *Portugal - o sistema político e constitucional 1974-87*, Lisboa, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 1989, p. 647.

revolucionário da época, que via no Movimento das Forças Armadas (MFA) uma vanguarda da classe operária⁴ levou a que a democracia inaugurada com a CRP/76 viesse onerada com um atestado de menoridade, com o MFA, enquanto tal e também institucionalizado como Conselho da Revolução, como tutor paternalista. Era, a esse respeito, claro o artigo 3º, nº 2, do texto de 1976, que afirmava: “O Movimento das Forças Armadas, como garante das conquistas democráticas e do processo revolucionário, participa, em aliança com o povo, no exercício da soberania, nos termos da Constituição”. Esta ideia era reforçada pelo artigo 10º, nº 1, ao afirmar que “[a] aliança entre o Movimento das Forças Armadas e os partidos e organizações democráticos assegura o desenvolvimento pacífico do processo revolucionário”. E igualmente claro era o artigo 113º, nº 1, ao consagrar, juntamente com o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais, o Conselho da Revolução como órgão de soberania. Este órgão era composto, nos termos do artigo 143º da Constituição, apenas por militares. Apenas o Presidente da República, que presidia ao órgão, poderia não ser um militar – embora o tenha sido sempre, durante o tempo em que existiu o Conselho da Revolução. Ademais, este órgão de soberania possuía extensas e variadas competências, tanto políticas – órgão de consulta do Presidente da República – como militares – órgão legislativo em matéria militar⁵. Se lidas estas disposições em conjugação com os n.ºs 2, 3 e 4 do então artigo 273º, facilmente se percebe que se consagra “uma intervenção política dos militares (seja das Forças Armadas no seu conjunto ou enquanto tais, seja de quem age em seu nome ou as conduz) para lá do que é normal em Estados democráticos”⁶.

Não obstante, defendia Francisco Lucas Pires, o “que se ganhou de imediato – por automática inferência lógica – com a integração constitucional das Forças Armadas foi a aplicação constitucional a estas de todos os princípios gerais que dominam a Constituição e que não tenham sido afastados em concreto expressamente no próprio capítulo da Constituição referente às

⁴ Este espírito ou cultura está marcadamente presente em diversas músicas revolucionárias da época, com várias referências a soldados e Forças Armadas, como os títulos “Venceremos” de Samuel, “Alerta” de José Mário Branco e no Hino da Intersindical, para dar apenas alguns exemplos de entre tantos.

⁵ Cf. Jorge Bacelar GOUVEIA, *Defesa Nacional e Forças Armadas*, Coimbra, Almedina, 2022, p. 91.

⁶ Jorge MIRANDA, “A participação dos militares no exercício da soberania”, in AAVV, *Estudos Sobre a Constituição*, vol. II, Lisboa, Petrony, 1978, p. 45.

mesmas Forças Armadas ou não relevem da natureza das coisas”⁷. A despeito das suas peculiaridades quanto à tutela militar da democracia, o texto originário da CRP/76 representa um marco significativo no processo de integração das Forças Armadas no Estado democrático – ainda que a subordinação ao poder civil não fosse plena, por razões do “autogoverno das Forças Armadas instituído revolucionariamente em 1974” descrito por Freitas do Amaral⁸ –, processo esse que se iniciou com a Revolução Francesa⁹.

3. A evidente anomalia que representava a tutela militar de um regime democrático foi corrigida pela revisão constitucional de 1982, que, num “atestado de maioria”¹⁰, extinguiu o Conselho da Revolução, repartindo as competências que a este estavam acometidas entre a Assembleia da República (competência legislativa em matérias militares), o então criado Tribunal Constitucional (fiscalização da constitucionalidade) e o também novel Conselho de Estado (órgão de consulta do Presidente da República. Outrossim a revisão de 1982, no que às Forças Armadas diz respeito, eliminou do texto constitucional as referências ao MFA, assim como integrou as Forças Armadas na administração directa do Estado, passando também o Governo a ser responsável pela proposta de nomeação do Chefe do Estado Maior General das Forças Armadas e dos três ramos (Marinha, Exército e Força Aérea).

Sem prejuízo de subseqüentes revisões constitucionais terem operado alterações de relevo, é justo dizer que a revisão de 1982, ao subordinar, agora plenamente, as Forças Armadas ao poder civil, estabeleceu as traves mestras de um enquadramento constitucional adequado a um “conceito ocidental de Constituição”.

4. O lastro histórico acima brevemente explicado justifica, em larga medida, que ainda hoje a Constituição se ocupe com algum detalhe de vários aspectos atinentes ao papel, organização e funcionamento das Forças

⁷ Francisco Lucas PIRES, “As Forças Armadas e a Constituição”, *op. cit.*, p. 323.

⁸ Diogo Freitas do AMARAL, “A Constituição e as Forças Armadas”, *op. cit.*, p. 649.

⁹ Francisco Liberal FERNANDES, *As Forças Armadas e a PSP perante a liberdade sindical*, Coimbra, FDUC, 1990, p. 15.

¹⁰ Jorge Bacelar GOUVEIA, *Defesa Nacional e Forças Armadas*, *op. cit.*, p. 94.

Armadas. Não subscrevemos, por isso, a opinião segundo a qual as Forças Armadas “não constituem nem um órgão constitucional nem mesmo um órgão com relevo constitucional”¹¹. Contra esta mesma opinião militam não só a várias normas constitucionais que se ocupam, de algum modo, das Forças Armadas – e que não se circunscrevem aos artigos 273º e ss. –, bem como o cuidado e a sensibilidade que merece na CRP/76 as matérias militares, e a que aludiremos *infra*.

5. Em que consiste, então, hoje, a regulação constitucional das Forças Armadas? O alicerce fundamental desta encontra-se no artigo 275º, precisamente sob a epígrafe “Forças Armadas”. O número identifica a função das Forças Armadas afirmando, naturalmente, que as estas “incumbe a defesa militar da República”. Cumpre notar que, apesar da inserção sistemática do artigo 275º no Título X, dedicado à “Defesa Nacional”, a defesa militar da república, de que se encontram incumbidas as Forças Armadas, é apenas parte do conceito mais amplo de defesa nacional. Ainda que se afigure problemático que a CRP/76 nada diga sobre as entidades a quem compete assegurar a defesa não militar da República¹², claro é que as Forças Armadas não têm a seu cargo a totalidade da defesa nacional. É, por outro lado, claro que as Forças Armadas detêm um exclusivo na defesa militar da República. Esta é, também, uma das razões pelas quais o artigo 46º, nº 4, da Constituição proíbe “associações armadas nem de tipo militar, militarizadas ou paramilitares”. Isto pois a “defesa militar é prerrogativa de soberania, que o Estado exerce através das suas Forças Armadas. E nenhum corpo paralelo, legião ou milícia pode o Estado promover ou admitir”¹³.

No nº 3 do mesmo artigo, encontramos a expressão constitucional da subordinação das Forças Armadas ao poder político democrático, representado pelos órgãos de soberania. O poder político em relação ao qual as Forças Armadas deve obediência é de exercício tripartido, em cumprimento do princípio da separação e interdependência de poderes, por se entender

¹¹ Francisco Liberal FERNANDES, *As Forças Armadas e a PSP perante a liberdade sindical*, op. cit., p. 15.

¹² Jorge Bacelar GOUVEIA, *Defesa Nacional e Forças Armadas*, op. cit., p. 162.

¹³ Jorge MIRANDA, “Anotação ao artigo 275º”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros (coords.), *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. III, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020, p. 615.

que “não deve aceitar-se a presidencialização, nem a parlamentarização, nem a governamentalização das Forças Armadas”¹⁴. Assim, “estabeleceu-se que, em relação à defesa nacional e às Forças Armadas, o Presidente da República deve desempenhar as funções próprias de um chefe de Estado, a Assembleia deve dispor dos poderes normais de um parlamento, e o Governo deve exercer as competências típicas de um poder executivo”¹⁵.

Garantida pelo artigo 275º é também a isenção e imparcialidade política das Forças Armadas. Estas são, como refere o nº 4, “rigorosamente apertidárias”. Portanto, o “serviço do povo” a que o texto constitucional sublinha a subordinação das Forças Armadas ao poder político democrático, impedindo-as desempenharem qualquer função, incluindo, como sublinha Jorge Miranda, a de garantia da Constituição¹⁶. Isto apesar de o militares jurarem, nos termos do artigo 7º do Estatuto dos Militares das Forças Armadas (Decreto-Lei nº 90/2015, de 29 de Maio), “guardar e fazer guardar a Constituição”. Esta estrita isenção políticas das Forças Armadas, que justifica restrições a Direitos, Liberdades e Garantias (DLGs) que veremos *infra*, é uma garantia com duas faces. Por uma banda, “a imparcialidade das FA, ou seja, a proibição de os militares participarem activamente na vida político-partidária é absolutamente indispensável à garantia do livre jogo das forças políticas da sociedade civil, dado que a utilização das estruturas militares como instrumento de pressão política representaria um grave perigo para o livre desenvolvimento das instituições democráticas”. Por outras palavras, nenhum poder democrático será verdadeiramente livre se tiver que governar com uma espada de Dâmocles sempre pronta a cair caso o poder político desagrade ao pode militar. Por outra banda, esta é também uma garantia para as próprias Forças Armadas que podem actuar, no quadro da Constituição e da Lei, sem receio de as suas acções serem percepcionadas como sendo políticas. Note-se, aliás, que um dos factores que contribuiu para a revolução de 25 de Abril foi o facto de os militares se sentirem crescentemente instrumentalizados do pondo de vista político¹⁷.

¹⁴ Diogo Freitas do AMARAL, “A Constituição e as Forças Armadas”, *op. cit.*, p. 653.

¹⁵ Diogo Freitas do AMARAL, “A Constituição e as Forças Armadas”, *op. cit.*, p. 654.

¹⁶ Jorge MIRANDA, “Anotação ao artigo 275º”, *op. cit.*, p. 615.

¹⁷ Diogo Freitas do AMARAL, “A Constituição e as Forças Armadas”, *op. cit.*, p. 648.

O papel das Forças Armadas na garantia dos compromissos internacionais de Portugal, de natureza militar, bem como a participação em missões humanitárias, ambos referidos no nº 5 do artigo 275º, reveste-se hoje de particular importância, razão pela qual será objecto de uma análise autónoma *infra*.

Nos termos do nº 6, as Forças Armadas podem ser chamadas a “colaborar em missões de protecção civil, em tarefas relacionadas com a satisfação de necessidades básicas e a melhoria da qualidade de vidas das populações, e em acções de cooperação técnico-militar no âmbito da política nacional de cooperação”. Começando pela última parte do artigo, a referência às acções de cooperação técnico-militar, não obstante relacionar-se com o empenho internacional das Forças Armadas, encontra-se neste número por, diversamente das missões referidas no nº 5, não implicar, sequer potencialmente, o uso da força.

No texto deste artigo, destaca-se também a utilização das Forças Armadas na satisfação de necessidades básicas e na melhoria da qualidade de vida das populações. Se, como afirma Jorge Bacelar Gouveia, se trata de uma possibilidade “nebulosa”¹⁸, há no entanto que distinguir entre as duas possibilidades. Se é verdade que ambas são, *prima facie*, alheias a qualquer preocupação de segurança – viradas para o bem-estar das populações –, só uma delas é verdadeiramente incompreensível no actual quadro de regulação constitucional das Forças Armadas. É que a referência à satisfação das necessidades básicas é passível de uma interpretação segundo a qual às Forças Armadas caberia manter uma logística adequada a, em certas situações de emergência – desde logo, cenários de conflito armado, mas não só –, acudir a populações necessitadas. Pense-se, por exemplo, numa eventual obrigação das Forças Armadas terem em permanência certas quantidades e tipos de bens alimentares, para utilização em situações emergentes. Já a ideia de utilização das Forças Armadas em missões que visem melhorar a qualidade de vida das populações não tem qualquer sentido. Esta referência no texto constitucional é hoje um resquício do PREC, em que as Forças Armadas eram utilizadas em missões políticas – como as campanhas de dinamização cultural –, de forma condizente com o seu, então, papel de vanguarda revolucionário. Tendo este

¹⁸ Jorge Bacelar GOUVEIA, *Defesa Nacional e Forças Armadas*, op. cit., p. 160.

desaparecido da Constituição, é incoerente a permanência desta possibilidade conferida pelo nº 6 do artigo 275º.

Por sua vez, a utilização das Forças Armadas em missões de protecção civil ocorre hoje com enorme frequência. Esta utilização decorre “da racional utilização dos recursos nacionais”¹⁹. Em algumas circunstâncias, as Forças Armadas são chamadas a suprir carências existentes na sociedade civil, como no caso do seu empenho no combate a incêndios. Noutras circunstâncias, a utilização das Forças Armadas decorre do facto de serem estes que dispõem dos meios mais adequados, como no caso das operações de busca e salvamento no mar ou do transporte de órgãos e doentes.

Muito embora a fronteira entre inimigos externos e internos se tenha vindo a diluir²⁰, a missão das Forças Armadas – a defesa militar da república – continua a ser vocacionada para o combate a ameaças externas. Como tal, o seu empenho – fora das situações acima descritas – no domínio interno é excepcional, só podendo ocorrer nos casos de anomalia constitucional que possibilitam o decretamento do estado de sítio ou do estado de emergência, conforme previsto no nº 7 do artigo 275º a lei a que alude este número é a Lei nº 44/86, de 30 de Setembro. Esta, porém, e como ficou claro durante a pandemia da COVID-19, revela algumas insuficiências, impondo-se uma actualização da mesma.

6. Não obstante a relevância do que *supra* se disse sobre a regulação constitucional das Forças Armadas, a Constituição reserva para estas um papel que só implicitamente está presente no texto, embora possa deste ser decantado, bem como da cultura constitucional. É que, salvo “uma ou outra exceção, todos os Estados presentes na comunidade internacional possuem Forças Armadas, com ou sem esse nome, e a sua existência é, simultaneamente, um imperativo e um instrumento de coesão interna e um símbolo e um instrumento de presença na vida internacional”²¹. Referimo-nos, portanto, à dimensão simbólica das Forças Armadas, como espinha dorsal de um país.

¹⁹ Jorge MIRANDA, “Anotação ao artigo 273º”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros (coords.), *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. III, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020, p. 616.

²⁰ Jorge Bacelar GOUVEIA, *Defesa Nacional e Forças Armadas*, *op. cit.*, p. 123.

²¹ Jorge MIRANDA, “Anotação ao artigo 273º”, *op. cit.*, p. 607.

É esta dimensão simbólica, transcendental, que faz com que com frequência ocorra, sociologicamente, a identificação das Forças Armadas com a própria nação. Não se pense, porém, que esta dimensão serve apenas no plano identitário ou espiritual. Ela está também intrinsecamente ligada à unidade do Estado e do poder político. Representativo desta ligação das Forças Armadas à unidade do poder político é o papel desempenhado pelo Presidente da República. Este, nos termos do artigo 120º, é garante da unidade do Estado e Comandante Supremo das Forças Armadas. Sendo o Presidente da República eleito por sufrágio directo de todos os cidadãos portugueses, o facto de este ser Comandante Supremo das Forças Armadas sublinha também a ligação desta a toda a comunidade dos nacionais. No quadro desta sua faceta, compete ao Presidente da República a nomeação do topo da hierarquia militar, sob proposta do Governo [artigo 133º alínea p)], e presidir ao Conselho Superior de Defesa Nacional [artigo 133º alínea o)].

Esta intrínseca ligação das Forças Armadas à garantia da independência nacional e da unidade do Estado significa também que a existência das Forças Armadas configura um limite material de revisão, por via da alínea *a*) do artigo 288º²².

7. Na sua regulação das Forças Armadas, a Constituição versa apenas sobre estas *a se*, mas também sobre aqueles que as integram, ou seja, os militares, aqueles que estão abrangidos pela condição militar – que “tem a ver com um conjunto amplo de direitos e deveres, orientados para valores fundamentais, que caracteriza a natureza, a actividade e a situação daqueles que integram as Forças Armadas”²³. Naturalmente que tal ocorre por ser necessário, para assegurar objectivos e deveres que a Constituição e a natureza das coisas impõe às Forças Armadas – disciplina, coesão, unidade de acção –, que esta se debruce sobre aspectos essenciais atinentes àqueles que a compõem.

Sendo as Forças Armadas uma entidade colectiva, o cumprimento do respectivo dever de isenção política, já *supra* referido e constante do

²² Jorge MIRANDA, “Anotação ao artigo 273º”, *op. cit.*, p. 609.

²³ Vítor Gil PRATA, “A condição militar e a sua tutela jurídica”, in AAVV, *Direito Militar - Função militar e justiça militar*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 59.

artigo 275º, nº 4, só pode ser garantido através da inexistência de manifestações públicas de conteúdo político por parte dos sujeitos à condição militar. É precisamente por essa razão que o artigo 270º estabelece a possibilidade de a lei estabelecer restrições ao exercício de um conjunto de direitos (expressão, reunião, manifestação, associação, petição colectiva e capacidade eleitoral passiva) dos militares. Embora tal seja objecto de divergência doutrinal²⁴, parece correcta a interpretação segundo a qual aos direitos expressamente mencionados se deveriam considerar também restringíveis no seu exercício um conjunto de outros, de forma mais relevante, a liberdade sindical e o direito à greve. Tais restrições apenas podem ter lugar “na estrita medida das exigências próprias das respectivas funções”, o que, no fundo, remete para o artigo 18º, nº 2. As limitações ao exercício destes direitos para assegurar que “não pode o militar na efectividade de serviço tomar posição a favor ou contra qualquer força política legítima, nem participar em qualquer intervenção política ilegítima”²⁵ afiguram-se de tal modo indispensáveis que a Constituição deveria impor ao legislador ordinário que limitasse o exercício dos direitos em causa, ao invés de meramente lhe conferir essa possibilidade²⁶.

A particular sensibilidade e relevância deste assunto justificam não só que esta matéria esteja acometida à Assembleia República, nos termos do artigo 164º, alínea o), mas, mais ainda, que seja necessária uma maioria qualificada de dois terços para a aprovação de leis sobre este assunto, nos termos do artigo 168º, nº 6, alínea e).

É controversa a opção do legislador ordinário, vertida no artigo 27º, nº 3, da Lei de Defesa Nacional (Lei Orgânica nº 1-B/2009, de 7 de Julho), de negar aos militares em efectividade de serviço o exercício da liberdade sindical. Ainda antes da actual redacção do preceito constitucional e da actual Lei de Defesa Nacional, Francisco Liberal Fernandes afirmava que “o reconhecimento em numerosos países democráticos da liberdade sindical aos militares acaba por destruir o clássico axioma da incompatibilidade radical ou ontológica entre o desempenho da função militar e o exercício da liberdade

²⁴ Cf. Jorge MIRANDA, “Anotação ao artigo 270º”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros (coords.), *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. III, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020, p. 567.

²⁵ Vítor Gil PRATA, “A condição militar e a sua tutela jurídica”, *op. cit.*, p. 60.

²⁶ Cf., nesse sentido, Jorge MIRANDA, *Aperfeiçoar a Constituição*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 134.

sindical”²⁷. Há inclusivamente quem vá mais longe, imputando a negação do exercício da liberdade sindical aos militares a preconceito ideológico, e afirmando não existir hoje qualquer razão de ser para tal restrição, por não visar assegurar nenhum direito ou interesse²⁸. É difícil concordar com tais posições, atento o efeito que o exercício da liberdade sindical por parte de militares teria em concreto. O reconhecimento deste direito e, consequentemente, do direito de negociação colectiva, provocaria inevitavelmente litigiosidade e atrito, como sucede com frequência, fruto de um certo entendimento da luta sindical, entre os militares sindicalizados e o poder político, ao qual estão constitucionalmente subordinados, fazendo assim perigar a necessária unidade de acção. Por outro lado, seriam igualmente inevitáveis atritos entre militares sindicalizados e militares não sindicalizados o que, por sua vez, seria potencialmente prejudicial à disciplina e coesão das Forças Armadas.

8. Inevitável nesta sede é a questão do Serviço Militar Obrigatório. Até à Revisão Constitucional de 1997, a existência do Serviço Militar Obrigatório era imposta pela constituição, como principal concretização do direito e dever de defesa da pátria, consagrado no artigo 276º, nº 1. A referida Revisão Constitucional não impôs o fim do Serviço Militar Obrigatório, apenas o desconstitucionalizando, passando a Constituição (artigo 276º, nº 2) a remeter para o legislador ordinário a opção sobre a obrigatoriedade ou voluntariedade do serviço militar. Através da Lei nº 174/99, de 21 de Setembro, o legislador optou pela voluntariedade do serviço militar em tempo de paz (artigo 1º, nº 4).

A opção da Revisão Constitucional de 1997, seguida da opção do legislador ordinário, é reveladora de um certo obscurecimento da defesa da pátria enquanto dever fundamental, isto não obstante a maior intensidade deste dever fundamental quando comparado com outros: “o dever de defender a Pátria surge com a máxima força possível, quanto mais não seja por ser assumido como um dever de natureza jurídica”²⁹. Este esquecimento dos

²⁷ Francisco Liberal FERNANDES, *As Forças Armadas e a PSP perante a liberdade sindical*, op. cit., pp. 41 e 42.

²⁸ Joaquim SOARES, *Restrições ao exercício de direitos fundamentais*, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2015, pp. 41 e 42.

²⁹ Jorge Bacelar GOUVEIA, “A defesa da Pátria”, *Revista de Direito Comercial*, 2022, p. 639.

deveres fundamentais³⁰ ocorre tanto ao nível doutrinal como ao nível da ausência de consequências práticas da consagração de um dever fundamental.

A esta opção não é também alheia a ideia acima referida da percepção da impossibilidade de guerra e, portanto, de ausência de necessidade de preparação para a mesma. Esta ideia germinou sobretudo no pós Guerra Fria, com o colapso da União Soviética, levou vários países a profissionalizarem as suas Forças Armadas. O mesmo é dizer que acabaram com o Serviço Militar Obrigatório. Em alguns casos, porém, posteriores reflexões ditadas ou pela evolução de circunstâncias, pelo reconhecimento de que a abolição se tratou de um erro ou pela simples necessidade de efectivos, levaram à reintrodução do sistema baseado na conscrição, como nos casos da Lituânia e da Suécia.

No caso português, é, sobretudo, de difícil compreensão que um elemento tão basilar da concretização do dever fundamental de defesa da Pátria como a opção de fundo entre a voluntariedade e a obrigatoriedade do serviço militar possa ser definido a nível infraconstitucional³¹, na medida em que se trata de uma opção com inequívoca dignidade constitucional. A isto acresce o potencial que o serviço militar tem de impactar positivamente a sociedade como um todo, no que diz respeito à valorização da, e formação para a, cidadania. Depõe, aliás, nesse sentido o artigo 1º, nº 3, da Lei nº 174/99, afirmando “[c]onstitui ainda objectivo do serviço militar a valorização cívica, cultural, profissional e física dos cidadãos”.

Questão interessante, ainda que hipotética, é a discussão sobre se, na eventualidade de reintrodução do Serviço Militar Obrigatório, este deveria passar a ser obrigação de cidadãos de ambos os sexos. Em Portugal, como na generalidade dos países, o Serviço Militar Obrigatório, enquanto existiu, foi obrigatório apenas para cidadãos do sexo masculino. Porém, a inegável evolução sociológica neste domínio e o progresso em matérias de igualdade entre sexos tornam legítima pelo menos a colocação da questão. Esta evolução ditou já que, hoje, o Dia da Defesa Nacional – que configura hoje a única obrigação militar generalizada – seja um dever de todos os cidadãos (artigo 11º, nº 4, da Lei nº 174/99). No plano comparativo, embora excepcionais, existem

³⁰ Cf. José Casalta NABAIS, “A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos”, *Revista da AGU*, ano 1, nº 1, pp. 63 e ss.

³¹ Jorge MIRANDA, “Anotação ao artigo 276º”, *op. cit.*, p. 618.

países em que o Serviço Militar Obrigatório o é para ambos os sexos, como é o caso de Israel – desde a criação do Estado –, e da Noruega – desde 2013.

Todas estas questões fazem com que o tema do Serviço Militar Obrigatório seja merecedor de discussão, de um ponto de vista político-constitucional, atendendo ao seu impacto não só nas efectivas capacidades de defesa militar mas também ao seu possível contributo para a coesão nacional e para o incremento da cidadania.

9. Um outro domínio conexo com as Forças Armadas de que a nossa Constituição se ocupa diz respeito aos tribunais militares. Trata-se de um tópico com algum lastro, na medida em que a “natureza e o exercício da função militar, que garante a defesa da integridade e da independência nacional, enquanto valor estrutural de permanência e continuidade da Nação, participa de valores singulares que têm justificado ao longo do tempo a existência de sistemas sancionatórios próprios, tanto na definição material como nas competências de exercício e aplicação”³². Durante longo tempo, mesmo já depois da entrada em vigor da Constituição de 1976, parte deste sistema sancionatório próprio (que inclui, entre outros diplomas, o Código de Justiça Militar e o Regulamento de Disciplina Militar) era composto pelos tribunais militares. Já a redacção originária da Constituição de 1976 introduziu, no entanto uma alteração de monta, pois implicou que a jurisdição dos tribunais militares fosse definida nem em função do foro pessoal – ou seja, da condição de militar do arguido –, mas em função de se tratar de um crime essencialmente militar³³. Assim, o então artigo 218º, nº 1, referia: “Os tribunais militares têm competência para o julgamento, em matéria criminal, dos crimes essencialmente militares”.

Por razões relacionadas essencialmente com a diminuição do número de efectivos das Forças Armadas – o que diminuía a necessidade de uma organização judicial militar autónoma –, a Revisão Constitucional de 1997 acabou com os tribunais militares em tempo de paz, atribuindo ao artigo 213º a sua presente redacção. A respectiva jurisdição passou também a ser

³² António Henriques GASPÁR, “A tutela constitucional da justiça militar”, in AAVV, *Direito Militar - Função militar e justiça militar*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 21.

³³ Jorge MIRANDA, “Anotação ao artigo 213º”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros (coords.), *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. III, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020, p. 127.

definida em função dos crimes estritamente militares, e já não essencialmente militares. O conceito de crime essencialmente militar é definido no artigo 1º, nº 2, do Código de Justiça Militar (Lei nº 100/2003, de 15 de Novembro) nos seguintes termos: “Constitui crime estritamente militar o facto lesivo dos interesses militares da defesa nacional e dos demais que a Constituição comete às Forças Armadas e como tal qualificado pela lei”. Ou seja, para que um crime possa ser qualificado enquanto estritamente militar, “é necessário que se trate de interesses militares especialmente qualificados, que protegem valores essenciais, inerentes à própria natureza da instituição e da função militar”³⁴.

Apesar de a Constituição reconhecer que não há necessidade, em tempo de paz, de tribunais militares autónomos, tal não significa que as particularidades e especificidades dos crimes estritamente sejam descuradas. De facto, se, na ausência de estado de guerra, estes crimes estão entregues à jurisdição comum, a Constituição impõe ao legislador que o seu processo acautele os particulares interesses que lhe subjazem. Nos termos do artigo 211º, nº 3, sempre que seja julgado um crime estritamente militar integrará o colectivo, obrigatoriamente, pelo menos um juiz militar. Como bem afirma António Henriques Gaspar, os “juízes militares são conhecedores da cultura militar e dos valores subjacentes à função”, pelo que a “consagração constitucional da integração de juízes militares colhe justificação pela abordagem dos crimes de natureza essencialmente militar como ilícitos penais especiais, cuja apreciação exige especiais conhecimentos, não apenas técnicos, mas sobretudo da vivência, das condições particulares e próprias do exercício e da natureza dos valores protegido e eventualmente afectados”³⁵. Por razões análogas, a Constituição assegura que os particulares conhecimentos necessários estão também presentes na representação, em processo penal, do interesse público, uma vez que, nos termos do artigo 219º, nº 3, “[a] lei estabelece formas especiais de assessoria junto do Ministério Público nos casos dos crimes estritamente militares”.

³⁴ António Henriques GASPAR, “A tutela constitucional da justiça militar”, *op. cit.*, p. 27.

³⁵ António Henriques GASPAR, “A tutela constitucional da justiça militar”, *op. cit.*, p. 30.

10. Nos últimos anos, Portugal, através das suas Forças Armadas, tem participado num conjunto de missões internacionais de diversa natureza e objectivo e também sob diversas égides – Organização das Nações Unidas, Organização do Tratado do Atlântico Norte, União Europeia. O empenho das Forças Armadas em tais missões está, como já vimos *supra*, constitucionalmente previsto – artigo 275º, nº 5. Dir-se-ia, *prima facie*, tratar-se esta de uma missão das Forças Armadas que vai além, ou nem sequer está relacionada com, a defesa nacional, na medida em que esta implicaria, pelo menos num sentido mais tradicional, a garantia da integridade do território nacional e a defesa das populações contra invasões. Ora, nas múltiplas missões referidas, não está em causa a integridade do território nacional e as Forças Armadas actuam sem que Portugal se encontre em estado de guerra³⁶.

No entanto se considerarmos os efeitos da globalização e do aparecimento de novas ameaças, que levam inclusivamente à diluição da fronteira entre inimigos internos e externos, então facilmente se percebe o quão redutor seria entender a defesa nacional apenas como a garantia da integridade territorial (embora não se possa, obviamente, prescindir desta). É também a esta luz que devem ser vistas as múltiplas acções das Forças Armadas nas diversas missões. As missões internacionais – até pela diversidade da sua natureza e objectivos – ocorrem por razões diversas e, numa perspectiva nacional servem como instrumento de garantia de múltiplos interesses (afirmação internacional, razões diplomáticas, ligação histórica a um determinado Estado, etc.) subjacentes ao maior interesse nacional. Entre estes, e sem que seja de alguma forma o menor de entre eles, está também a defesa nacional. Hoje, em face da natureza e dimensão das ameaças, a primeira linha da defesa nacional não é a fronteira de Portugal, mas, sim, o combate colectivo – no quadro das organizações referidos – às ameaças e a garantia de estabilidade e paz fora do território nacional. Esta “leitura foi sendo paulatinamente integrada na visão geopolítica de Portugal”³⁷, o que justifica que exista “tendência de reforço da contribuição de Portugal para a segurança coletiva, que se verifica a partir

³⁶ Cf. Vítor Gil PRATA, “A condição militar e a sua tutela jurídica”, *op. cit.*, *op. cit.*, p. 76.

³⁷ Vanda Amaro DIAS *et al.*, “A Participação de Portugal em Missões Internacionais como Eixo Estratégico de Política Externa”, *Nação e Defesa*, nº 159, p. 123.

dos anos 1990”³⁸. Neste quadro, e para referir apenas exemplos do presente século, e de forma não exaustiva, as Forças Armadas foram empenhadas no Afeganistão, no Mali, na República Centro-Africana e nos países bálticos.

Este domínio, como vimos hoje em dia crucial para a defesa nacional, é um domínio no qual se colocam à Constituição alguns desafios. Por um lado, a diluição da distinção entre inimigos externos e internos leva inevitavelmente à confusão entre as Forças Armadas, encarregues da defesa contra ameaças externas, e as Forças de Seguranças, encarregues do combate a ameaças internas. Por outro lado, a Constituição não reflecte a centralidade que a cooperação no domínio militar hoje assume para a defesa nacional.

³⁸ Vanda Amaro DIAS e Maria Raquel FREIRE, *A Participação de Portugal em Missões Internacionais e a Concretização do Interesse Nacional: Tendências, Retorno Político e Recomendações*, eBriefing paper, IDN, 2021, p. 4.

CONTRIBUTOS PARA O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Ricardo Sousa da Cunha*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.22>

Mal nos conhecemos
Inauguramos a palavra amigo!

Amigo é um sorriso
De boca em boca,
Um olhar bem limpo

Uma casa, mesmo
modesta, que se oferece.
Um coração pronto a pulsar
Na nossa mão!

Amigo (recordam-se, vocês aí,
Escrupulosos detritos?)

Amigo é o contrário de inimigo!

Amigo é o erro corrigido,
Não o erro perseguido, explorado.
É a verdade partilhada, praticada.

Amigo é a solidão derrotada!

Amigo é uma grande tarefa,
Um trabalho sem fim,
Um espaço útil, um tempo fértil,
Amigo vai ser, é já uma grande
festa!

Alexandre O'Neil

0. Introdução

O presente trabalho pretende homenagear a amizade com a Prof. Doutora Benedita Mac Crorie Graça Moura dando continuidade, com outros dos seus amigos, aos diálogos sobre muito mais do que Direito ou Direitos

* EDUM (ricardoscunha@direito.uminho.pt) e ESG/IPCA (rcunha@ipca.pt).

Fundamentais. É uma honra fazer parte deste continuado círculo, pelo qual a Benedita continua a fazer com que cada um traga o melhor de si. A recordação de ter encontrado a Benedita como moderadora de uma sessão dos primeiros *Encontros de Direito da Lusofonia*, de 2014, foi a inspiração para no presente texto se tentar organizar algumas ideias sobre o Direito Constitucional Comparado, que na ocasião se discutiu da perspetiva Lusófona.

O ponto de partida para este exercício é ainda a *função* comparatística que, entre os outros mitos fundadores do constitucionalismo moderno, se pode extrair do conceito original de Constituição previsto no artigo 16º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 – que impõe, ainda hoje, a qualquer Estado que para que possa reclamar a designação de Constituição, um texto escrito, no qual se consagre a organização do poder político segundo o princípio da separação de poderes, e a proteção dos Direitos Fundamentais, como a Benedita trataria melhor do que alguma vez se pode pretender. Esta é uma exploração comparatística que se poderia construir a partir de outras ideias fundamentais do Constitucionalismo moderno, que são assim colocadas além das soluções positivas contingentes encontradas em cada um dos sistemas jurídico-constitucionais. Numa perspetiva comparatística privilegia-se a relação intersistemática que organizou cada um dos sistemas jurídico-constitucionais comparados entre *pesos e medidas*, segundo o espírito cientificista da época, que resulta, ainda agora, numa soma, necessariamente, nula. A relevância deste exercício comparatístico é cada vez mais evidente e relevante no espaço constitucional, afinal, um dos mais bem sucedidos transplantes jurídicos do Direito cosmopolita contemporâneo.

1. Direito Constitucional e Direito Comparado

A mesma relação com a alteridade constituinte, definidora da identidade, aponta para uma construção em comum do Direito Constitucional e do Direito Comparado. O ponto de partida comum é a ideia de *diferença* que, desde a identificação na Modernidade da *soberania* com os sistemas jurídicos, se encontra como o fundamento “ontológico” do Direito Constitucional e do Direito Comparado. Carl Schmitt construiu a identidade politicamente significativa na relação com a *diferença* pela qual se que converte a relação

com o “Outro” no fundamento de qualquer relação política – é a sua “*categoria política específica*”¹.

Uma comunidade política moldada por uma identidade comum privilegia a homogeneidade deliberativa em detrimento da promoção da relação com a *diferença*². Aliás, pelo que vai referido, nem teria razões para se preocupar com a inclusão dos seus membros e, por isso, as relações com os *outros* foram, durante muito tempo, uma questão de relações interestaduais, enquanto a ideia de uma comunidade humana foi desprezada. No entanto, não sendo possível a homogeneidade comunitária total, mais ainda, contemporaneamente, em comunidades cada vez mais plurais, abertas ao mundo e relacionadas pela integração socioeconómica à escala da *globalização*, foram surgindo dentro do Estado constitucional as “*lutas de reconhecimento*” (*Kampf um Anerkennung*)³ na integração das minorias nos processos deliberativos ainda, em larga medida, na disponibilidade da regra da maioria. É, pois, um novo processo de “representação” comunitária que distingue a *singularidade da diferença* na identidade coletiva e que recusa a ignorância da *diferença* evitando que esta se converta em “invisibilidade social”⁴.

2. O Direito Comparado Constitucional

A natureza constitutiva da diferença é o ponto de partida comum ao Direito Comparado e ao Direito Constitucional para a construção metodológica do Direito Constitucional Comparado.

¹ Segundo o poema de Daübler, “*Der Fein dist unsre eigne Frage als gestalt*” [“O Inimigo é a nossa própria pergunta quando se apresenta”, numa tradução livre] citado em Carl SCHMITT, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, 1921, 1985, p. 3.

² Numa crítica radical da democracia representativa liberal a “democracia exige primeiro a homogeneidade e segundo – se houver necessidade – a eliminação ou erradicação da heterogeneidade”, Carl SCHMITT, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, *op. cit.*, p. 4.

³ Axel HONNETH, *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1994, *passim*.

⁴ Ralph ELLISON, *Homem Invisível*, Lisboa, Casa das Letras, 2006; José Luis Almeida GONÇALVES, “Invisibilidade e Reconhecimento: a construção da literacia moral em Pedagogia Social”, *Cadernos de Pedagogia Social*, nº 1, 2007.

2.1. A diferença constitutiva

É com base na evidência desta *pluralidade* e da *diferença*⁵ que Legrande procurou reconstruir o direito comparado num exercício hermenêutico (“*dé-marche herméneutique*”⁶) que responde aos desafios colocados pela mediação linguística do Direito à hermenêutica tradicional. Neste exercício, cabe ao comparatista procurar a semelhança e a diferença (“*the same and the different*”) sempre com referência ao contexto cultivado pelo culturalismo e mediado linguisticamente pela comunicação e os seus limites utilizando a técnica de desconstrução⁷. Imperativo, com Legrande, para esta reconstrução metodológica do Direito Comparado é reconhecer o potencial de distorção das próprias regras de comparação ao mover o comparador de “do modo descritivo para o modo prescritivo”⁸.

A consideração do papel do *Outro* na construção da identidade foi referida por Legrande ao trabalho de desconstrução da Derrida que permite ultrapassar qualquer limite diferenciador (*differentiated – differentiating*) na argumentação jurídica⁹, neste caso, entre o direito interno e o direito externo comparado. O Direito Comparado é assim construído como uma “categoria de direito nacional” de acordo com Thomas Coendet¹⁰, segundo a qual “o direito comparado enriquece o ponto de vista do direito nacional [e] permite a construção de novas teorias táticas ou a crítica de pontos de vista epistémicos ou táticos do direito nacional”¹¹. O exercício comparativo é, portanto, um exercício pragmático baseado na ambição de uma interpretação correta do argumento jurídico estrangeiro, não obstante a permanente consciência dos limites internos do argumento integrado no que o Autor, de forma mais

⁵ Pierre LEGRANDE, “The same and the different”, in Pierre Legrand e Roderick Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, 2003, p. 254.

⁶ Pierre LEGRAND, “Comparer”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 48, n° 2, Abril-Junho de 1996, pp. 279-318, *maxime* 292.

⁷ Pierre LEGRANDE, “The same and the different”, *op. cit.*, p. 250.

⁸ Pierre LEGRANDE, “The same and the different”, *op. cit.*, p. 254.

⁹ Jacques DERRIDA, “Différance”, *Margins of Philosophy*, University of Chicago Press, 1982, pp. 3-27.

¹⁰ Thomas COENDET “Legal Reasoning: Arguments from Comparison”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. 102, n° 4, 2016, p. 493.

¹¹ *Idem*, pp. 494 e ss. A transubjetividade, segundo Coendet, não defende uma perspectiva estrangeira, mas a “transformação de um ponto de vista nacional numa perspectiva nacional, através do argumento comparativo”. Este é o momento determinante do exercício comparativo, segundo Coendet, quando o argumento do direito comparado é internalizado de forma definitiva, o que se afasta das receitas comparativas ou dos transplantes legais, marcando a passagem da ligação à comparação.

ampla, pretende que se construa como uma “paragramatologia jurídica”¹². Este é um exercício especialmente dirigido à argumentação jurídica levada a cabo pelos juízes, no pleno uso dos poderes hermenêuticos, mas que Coendet refere a vários participantes no diálogo judicial, juízes, partes, peritos externos nacionais e internacionais, e que se impõe cada vez mais aos ramos de poder separados na Constituição.

Esta intencionalidade especificamente jurídica dos estudos de direito comparado é a marca da reconstrução argumentativa do direito comparado baseada na mediação linguística da identidade construída sobre a relação com a alteridade¹³. Esta construção metodológica do Direito Comparado não se confunde com as técnicas usadas na formulação da comparação que suporta a formulação de um *argumento jurídico comparado* para qualquer uma das suas finalidades jurídicas específicas, em especial, epistemológicas ou adjudicativas¹⁴. Se o funcionalismo aplicado ao Direito Comparado teve a sua especial intenção na ambição da “engenharia social”, expurgada deste excesso metodológico é, ainda, uma relevante ferramenta na formulação de *argumento jurídico comparado* no quadro da reconstrução argumentativa do Direito que revela o lugar dos argumentos internalizados do Direito Comparado na argumentação jurídica¹⁵.

2.2. O argumento jurídico constitucional comparado

No cruzamento da reconstrução argumentativa do Direito Comparado com a universalização do Constitucionalismo Moderno identificam-se os *argumentos jurídicos constitucionais comparados* são relevantes na construção,

¹² Thomas COENDET, *Rechtsvergleichende Argumentation...*, op. cit., pp. 128-132.

¹³ Mesmo a quebra entre o Autor e o texto não elimina, em Derrida não elimina a relevância da intencionalidade do Autor. Vide Jacques DERRIDA, *Limited Inc*, Northwestern University Press, 1988, p. 53, em resposta ao desafio de Searle, como descrito por Andreas VRAHIMIS, “The Intentionality of Speech Acts: A Confrontation between Ordinary Language Philosophy, Phenomenology, and Deconstruction?”, *International Journal of Philosophical Studies*, vol. 23, nº 4, 2015, pp. 584-594.

¹⁴ Ricardo Sousa da CUNHA, “O Argumento Jurídico Comparado para o Direito Plural”, in Ricardo Sousa da Cunha (coord.), *Direito Comparado Plural*, Braga, JusGov, 2021, pp. 1 e ss.

¹⁵ Segundo esta lição, interessa sempre considerar a função desempenhada pelas soluções jurídicas desenvolvidas para resolver um problema semelhante ou mesmo partilhado, ainda pela correta identificação dos elementos comuns da comparação, segundo uma nova metáfora - o “terceiro comparado”. Vide Ricardo Sousa da CUNHA, “O Argumento Jurídico Comparado para o Direito Plural”, op. cit.

diacrónica e sincrónica, de um Direito Constitucional Comparado. Aliás, a formulação do *argumento jurídico comparado constitucional* é especialmente decisiva na justiça constitucional. Peter Häberle acrescenta, aliás, os estudos de Direito Comparado aos elementos de interpretação jurídica de Savigny aplicados à hermenêutica constitucional na “sociedade aberta”¹⁶.

As ideias centrais do momento constitucional moderno foram tão relevantes à época quanto foram construídas posteriormente, de forma, em muitos casos, apócrifa, como os fundamentos *míticos* do constitucionalismo moderno tal como nos foi feito chegar. Estes “mitos” desempenham, ainda hoje, uma *função* sistemática que se permite, a partir dos fundamentos metodológicos aqui propostos, organizar os estudos de Direito Constitucional Comparado. Interessante é verificar como, por sucessivas apropriações, sínteses e inovações, o resultado atual é tão mais complexo, por vezes contraditório, do que aquele originalmente pensado pelos pais fundadores do constitucionalismo Moderno. Os mitos fundadores do Constitucionalismo desempenharam, argumentativamente, um “lugar “metodológico”¹⁷ que serviu os propósitos revolucionários do tempo, como, ainda hoje, desempenham uma função “retórica” decisiva na legitimação do exercício do poder¹⁸. Ora, as ideias fundamentais, feitas mitos fundadores do Constitucionalismo Moderno, são também comparáveis, como referência à *função* que desempenham no quadro de um sistema jurídico-político de limitação/controlo jurídico do exercício do poder, em conjunto resultando numa soma zero. Outros *argumentos jurídicos constitucionais comparados*, construídos com base na *função* que desempenham no Direito Constitucional Moderno, agora feitas *mitos* fundadores, quiçá apócrifos, merecem, igualmente, referência: separação de poderes, contrato social, poder constituinte, mandato representativo e, mais recentemente, a legalidade constitucional. No entanto, na comparação da *função* desempenhada por cada um dos elementos implicados na ideia polissémica da Constituição avulta ainda, aqui, o critério definido, originalmente, pelo artigo 16º da Declaração Universal do Direitos Humanos e

¹⁶ Peter HÄBERLE, “Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als ‘fünfter’ Auslegungsmethode”, *Juristenzeitung*, 1989, pp. 913 e ss.

¹⁷ Pedro Bacelar de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Controlo Jurídico do Poder*, Lisboa, Edições Cosmos, 1996, p. 88.

¹⁸ Sobre a relevância Constitucional dos mitos fundadores ver Paulo Ferreira da CUNHA, *Constituição, direito e utopia: do jurídico-constitucional nas utopias políticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.

do Cidadão, com referência a *um texto escrito*, que consagra o *princípio da separação de poderes* e a *proteção de Direitos Fundamentais* – sem os quais este artigo comina que nenhum Estado poderá reclamar ter uma Constituição.

2.3. O Constitucionalismo universalizado

O exercício aqui empreendido parte do “universalizável” constitucionalismo¹⁹ que, quando perspectivado intersistematicamente, como nos estudos de Direito Comparado, deve resultar numa *soma-zero*²⁰, variável em função das comparáveis reservas de cada uma das funções estaduais. A construção de Pedro Bacelar de Vasconcelos do “controlo como *parábola* do poder”²¹ revela-se também particularmente sugestiva para os estudos jus-comparados constitucionais. A revelação de um padrão argumentativo comparado em que a *parábola* (o controlo) se abre e fecha a partir do ponto invisível, que é *foco*, mas inevitavelmente tende para uma linha paralela à *diretriz* (ao poder), permite a construção de um modelo para a identificação das *semelhanças* e *diferenças* no Direito Constitucional Comparado. As alterações na parábola (controlo) “oferece-lhe a oportunidade reflexiva de captar o mundo que muda que transforma e ajustar-se a imprevistas circunstâncias”²². Neste exercício, as diferentes modalidades de controlo (inclusivamente social) implicadas no controlo jurídico do poder impõem a reconstrução funcionalista da interdisciplinaridade dirigida a garantir a “adaptação ao ambiente”. É sempre necessário considerar na reconstrução das condições, também comparadas, de controlo do poder que “funcionalmente, um mesmo facto poderá, assim, revestir consequências sujeitas a valorizações opostas consoante os setores sociais onde sejam consideradas”²³.

¹⁹ Bruce ACKERMAN, “The Rise of World Constitutionalism”, *Va L Rev*, vol. 87, 1997, pp. 773 e ss.

²⁰ Esta perspectiva da divisão de poder como uma soma nula é mais interessante numa perspectiva comparatística que valoriza a divisão do poder, independentemente da soma a cada momento resultante, do que de uma perspectiva interna constitucional, que, através de relações de *cooperação* e não necessariamente de *competição* entre os poderes separados pela Constituição. Para todas estas perspectivas *vide* James H. READ, “Is Power Zero-Sum or Variable-Sum? Old Arguments and New Beginnings”, *Political Science Faculty Publications*, vol. 4, 2012.

²¹ Pedro Bacelar de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Controlo...*, *op. cit.*, pp. 235 e ss.

²² Pedro Bacelar de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Controlo...*, *op. cit.*, p. 238.

²³ Pedro Bacelar de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Controlo...*, *op. cit.*, p. 237.

3. A ideia de Constituição comparada

Esta *ideia* de Constituição foi a primeira “exportação” (ou o primeiro transplante de direito comparado) levado a cabo pelo movimento revolucionário da codificação, como em Portugal, alguns suplicavam a Napoleão uma “Constituição com a da cidade de Varsóvia”²⁴.

3.1. A Constituição como documento escrito

A Constituição enquanto documento escrito é produto do seu tempo imbuído do espírito da “codificação” que animava o constitucionalismo revolucionário, assim, transformada na primeira exportação comparada.

3.1.1. A codificação foi o projeto político do liberalismo revolucionário que expressou a preferência revolucionária pela maior certeza e segurança jurídica do texto codificado, legitimado democraticamente, e pela redução do juiz à “boca da lei”, o poder nulo, que a Escola Histórica do Direito preferia como melhor expressão da cultura jurídica do “espírito do povo”²⁵. A recusa da organização do poder no *Ancient Regime* é a primeira linha orientadora do poder liberal revolucionário que favoreceu a ação da burguesia comprometida e a maior certeza e segurança jurídica da codificação contra o desenvolvimento jurisprudencial do Direito no quadro do pluralismo jurídico vigente ainda, por exemplo, no século XVIII português. O movimento *codificador* de inspiração revolucionária constitucional-liberal é, por isso, ainda hoje, a expressão mais visível de um fenómeno de permanente tensão entre soluções jurídico-políticas: certeza e mudança. A codificação pelo legislador revolucionário no Código Civil das regras de interpretação desenvolvidas por Savigny é o exemplo paradigmático de uma irónica apropriação histórica (transplante).

Este um projeto político universalizou-se, como a Constituição, primeiro por toda a Europa por via das invasões francesas, depois por todo

²⁴ António Manuel HESPANHA, “O Constitucionalismo Monárquico Português. Breve Síntese”, *História constitucional: Revista Electrónica de História Constitucional*, nº 13, 2012, pp. 477 e ss.

²⁵ Joana Aguiar e SILVA, *Para uma teoria hermenêutica da justiça: Repercussões Jusliterárias no Eixo problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 139.

o mundo pelo colonialismo ultramarino das potências europeias. A partir da redução a escrito na Constituição da limitação do poder e alicerçado no exemplo legitimador do *Corpus Iuris Civile*, para a aprovação do Código Civil, o esforço codificador liberal foi estendido ao Código Penal (segundo o princípio *nullum crimen sine lege*) e ao Direito Fiscal pela mais estrita interpretação do princípio da legalidade (*no taxation without representation*). É muito significativo o exemplo da influência do *Code Civil* francês no Código Civil português de 1867 (de Seabra) e, por essa via, nos Códigos Civis de diferentes Estados emergentes da descolonização portuguesa. De forma mais imediata e direta, o Código Civil português foi aplicado no que era na altura considerado território português ou sob administração portuguesa, identificando-se aqui uma modalidade de *transplante imposto* externamente. Esta imposição não era total porque foi sendo garantida, tácita ou expressamente, a existência de regime jurídicos pessoais²⁶ que permitiam a manutenção de normaçaõ própria, por exemplo, em matérias como o direito da família e das sucessões, e que permitiu a manutenção até hoje de diferentes exemplos jurídicos plurais nos Estados de língua portuguesa – por exemplo, o barlaque no casamento em Timor-Leste.

3.1.2. A especificidade da realidade brasileira revelou uma renovada tensão entre o movimento codificador liberal e a Escola Histórica do Direito na “viagem” da ideia da codificação do direito civil para o Brasil, sob a forma do Código Civil brasileiro. O projeto de Teixeira de Freitas preferia a tentativa à adaptação à realidade do “espírito do povo” brasileiro, como era a preocupação típica da Escola Histórica do Direito, e nisso se afirmava também uma crítica à solução do Código de Seabra, aprovado em Portugal em 1867, pelos primeiros juristas brasileiros formados longe da Metrópole. No entanto, este projeto e um novo Código Civil que refletisse o espírito do povo brasileiro não chegou a ver, definitivamente, a luz do dia. Depois de discutido

²⁶ Relativamente à presença colonial portuguesa, estes estatutos seriam o reverso da discriminação prevista nas diferentes modalidades de estatuto jurídico dos “indígenas” (*Estatuto Político, Social e Criminal dos Indígenas de Angola e Moçambique*, de 1926, o *Ato Colonial* de 1930, a *Carta Orgânica do Império Colonial Português e Reforma Administrativa Ultramarina*, de 1933 e o *Estatuto dos Indígenas Portugueses das Províncias da Guiné, Angola e Moçambique*, aprovado pelo Decreto-lei de 20 de Maio de 1954) até que foi abolido em 1961. Sobre esta questão *vide* Maria Paula G. MENESES, “O ‘Indígena’ Africano e o Colono ‘Europeu’: a construção da diferença por processos legais”, *e-cadernos CES*, nº 7, 2010, pp. 68 e ss.

durante anos um projeto com milhares de artigos, este projeto acabou por ser abandonado e acabado por levar à aprovação em 1916 do Código Civil de Clóvis Beviláquia, com pendor mais tradicional europeu continental²⁷.

3.1.3. A codificação também não é totalmente estranha ao sistema jurídico comparado *common law* inglês desde a sua origem no início medieval, em especial a partir da limitação de natureza constitucional do poder régio pela Magna Charta, de 1215, a favor dos vassallos, numa reminiscência medieval da competição vertical dos poderes separados, da *Bill of Rights*, em 1688, depois da *Petition of Rights*, de 1628, em ambos os casos com claras reminiscências de uma competição entre poderes separados horizontalmente pela Constituição, no caso o Parlamento representativo e o executivo real. No sistema jurídico comparado *common law* norte-americano, são vários os exemplos, históricos, da competição vertical entre poderes separados entre o Estado Federal e os Estados federados, desde os *Federalist Papers*, passando pelo exemplo da afirmação dos poderes de cunhagem federal de moeda, como da competição horizontal pelo exemplo mais evidente da limitação judicial do poder legislativo no seminal *Marbury v. Madison*. No referido caso *Chevron*, a competição horizontal entre o poder executivo e o judicial na interpretação legislativa, envolve todos os poderes separados na Constituição. Naturalmente, estas duas linhas cruzam-se na limitação judicial do poder dos Estados pela interpretação constitucional do Supremo Tribunal, em vários exemplos referidos, desde o *Civil Rights Act*, até mais recente reversão do *Roe v. Wade*.

3.2. Os transplantes legislativos

A codificação anda no Direito Comparado intimamente ligada ao problema dos transplantes jurídicos, neste caso legislativos. O Código de Seabra vigorou em Portugal até 1966, mas vigora ainda hoje em Goa, por decisão soberana na sucessão do Estados na sequência do fim da presença portuguesa

²⁷ Entre outros, Ulisses da Silveira JOB, “Os Filhos dos Oitocentos: o Romantismo, a Escola Histórica do Direito, Savigny e os seus reflexos na codificação civil portuguesa de Seabra e brasileira de Teixeira de Freitas”, in Ricardo Sousa da Cunha (coord.), *Direito Comparado Plural*, Braga, JusGov, 2021, pp. 35 e ss.

na Índia em 1961, o que evidencia como a *sucessão de Estado* é um dos exemplos de aplicação de normas estrangeiras, neste caso já não imposto, mas um *transplante voluntário* por decisão soberana do Estado sucessor. Além do caso da vigência contemporânea do Código Civil de Seabra, já revogado em Portugal, em Goa que é território de um Estado soberano estrangeiro, outro exemplo de sucessão de Estados são bem sugestivos.

Em Timor-Leste, a restauração em 20 de Maio de 2002 da independência originalmente declarada em 1975 levou à necessidade de definir o ordenamento jurídico subsidiariamente vigente enquanto o mais novo estado da Comunidade de Países de Língua Oficial Portuguesa (CPLP) e do século XX não aprovasse a sua própria legislação. A previsão constitucional, que no artigo 165º estabelece a aplicação do Direito anterior a 20 de Maio de 2002, não esclarece se esta solução se refere à legislação indonésia resultante de uma ocupação nunca reconhecida juridicamente, mas vigente de facto por via da ocupação, ou à legislação portuguesa, seja de 1975 no momento da colonização ou de 2002 no momento da independência, enquanto potência reconhecida internacionalmente como responsável pelo exercício do direito de autodeterminação dos timorenses. O Tribunal de Recurso preferiu a segunda opção²⁸, mas em resposta a esta posição o legislador ordinário aprovou legislação (Lei nº 10/2003, de 20 de Novembro), estranhamente adjetivada de interpretativa (porque certamente não o poderia ser da Constituição, uma vez que esse exercício está vedado ao legislador ordinário) no sentido de determinar a aplicação subsidiária do Direito indonésio – tendo o Tribunal de Recurso escolhido não questionar a constitucionalidade desta solução. O Parlamento Nacional preferiu a *certeza e segurança jurídica* com a promoção *voluntária* da sobrevivência da legislação indonésia de facto vigente em 2002, apesar de se tratar da legislação do ocupante violento contra o qual se tinha levantado a luta de independência nacional. Este transplante também não é total, uma vez que se mantém sempre o crivo constitucional na aplicação da legislação subsidiária – razão pela qual se entende dever distinguir a

²⁸ Decisão do Tribunal de Recurso, de 15 Julho de 2003, no processo 3/2002 (Armando dos Santos), no qual o Tribunal se referiu a uma anterior decisão de um Tribunal Norte-Americano do *District of Columbia*, que aplicou a legislação portuguesa na ação civil de dois cidadãos timorenses contra um general indonésio. Sobre esta questão ver o detalhado relatório da *Justice Sector Monitoring Programme*, disponível em <http://jsmp.tl/wp-content/uploads/2012/05/Report-on-the-Court-of-Appeal-Decision-in-the-Case-of-Armando-dos-Santos-2003.pdf> [18.03.2020].

vigência do direito subsidiário da sua mera *aplicabilidade* no preenchimento hermenêutico das lacunas do ordenamento jurídico.

Daqui se evidencia como os transplantes jurídicos, em especial, os transplantes legislativos são, muitas vezes, expressão das condições políticas internas, que procuram soluções estrangeiras de maior prestígio, pelo menos, tanto quanto da pressão politicamente orientada externa²⁹. Pelo que vai dito, seria também particularmente interessante a consideração do *procedimento constituinte comparado*, no espaço lusófono, que levou às soluções positivas comparadas. As condições originais, por exemplo, no quadro de também comparáveis condições para a sucessão de Estados seguiu a um igualmente um comparável processo de descolonização.

3.3. A Constituição como norma comparada

As Constituições escritas originais não foram pensadas como normas, uma vez que a aprovação das Leis ainda se encontrava reservada em absoluto aos parlamentos, segundo o *princípio da soberania parlamentar*. Na verdade a primazia parlamentar foi reforçada pelo *princípio da representação popular* na base do projeto político das Revoluções Liberais, em especial da Revolução Francesa.

A afirmação do *princípio da constitucionalidade* deu-se, além do texto constitucional originalmente codificado, de mãos dadas com a afirmação da garantia judicial da Constituição, num difícil processo que apenas na segunda metade do século XX se consolidou definitivamente em todo o mundo³⁰. Originalmente, a questão da hierarquia constitucional foi referida à “decisão histórica” da *US Supreme Court* dos EUA³¹, segundo a qual a Corte afirmou a jurisdição para controlar da constitucionalidade dos atos legislativos do Congresso em período de ainda exacerbado *princípio da soberania parlamentar* típico do liberalismo britânico. Constituições formais revolucionárias, como a americana (1776) ou as francesas (a partir de 1791)

²⁹ Ricardo Sousa da CUNHA, “O Argumento Jurídico Comparado...”, *op. cit.*, pp. 1 e ss.

³⁰ André Salgado MATOS, *A fiscalização administrativa da constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado social de Direito*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 100 e ss.

³¹ *Case Marbury v. Madison* case 5 U.S. (1C) 137 (1803).

ou mesmo as Constituições monárquica alemãs, nada definiram em relação ao seu valor hierárquico legal, assumindo principalmente o papel de declarações proclamatórias. Em Portugal, ainda em 1790, os tribunais estavam legalmente proibidos de controlar a constitucionalidade das leis.

Esta solução jurídica, desenvolvida na decisão *Marbury v Madison* da *US Supreme Court*, viajante por todo o mundo pelo Direito Comparado, teve, ela própria, uma inspiração comparada com base no caso *Dr. Bonham*³² do subsistema jurídico comparado *Common Law* inglês, que pela primeira vez afirmou o controlo judicial da legislação. O poder constituinte revolucionário lidou facilmente com as isenções do poder prerrogativo e da soberania parlamentar, no quadro do emergente princípio da separação de poderes, reservas que ainda hoje se mantêm, por exemplo, em França, e que em Portugal vigoraram muito além da previsão constitucional do controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis, na Constituição de 1911, por influência Americana via a Constituição Brasileira de 1891.

Esta realização do Direito Constitucional é feita, pois, pelos poderes separados pela Constituição num contexto de competição pela definição competencial da lei aplicável. A afirmação da Constituição como norma é apenas o ponto de partida para a construção do Direito Constitucional Comparado, mesmo que, necessariamente, não esgote a realidade jurídica constitucional (*in action*) sobre a qual os estudos de Direito Comparado podem incidir. É especialmente relevante, no caso do Direito Constitucional, como a *indeterminação normativa* abre diferentes soluções hermenêuticas, para as quais, o Direito Comparado é um instrumento hermenêutico especialmente relevante. Por isso, a *justiça constitucional* é, também expressão de soluções jurídicas comparadas que “viajam” através dos mesmos argumentos, como se viu, pela referência de Häberle que acrescenta o direito comparado aos elementos de interpretação jurídica de Savigny aplicados à hermenêutica constitucional na “sociedade aberta”³³ na formulação do *argumento jurídico comparado constitucional* que é especialmente decisiva no caso da justiça constitucional.

³² Case *Thomas Bonham v College of Physicians*, Court of Common Pleas (1610), 8 Co. Rep. 107.

³³ Peter HÄBERLE, “Grundrechtsgeltung...”, *op. cit.*, pp. 913 e ss.

Já se confirmou também a relevância dos argumentos jurídicos comparados em matéria constitucional a propósito da *argumentação consequencial comparada* que desde a origem dos processos de fiscalização da constitucionalidade das leis orienta o *princípio da hierarquia normativa* sob a Constituição³⁴. Mesmo a ambição de qualquer sistema normativo “construir sentido” através de relações normativas de pertinência não é imune aos argumentos de direito estrangeiro, assim, introduzidos pelo Direito Comparado na “tradução” de uma cada vez mais presente e relevante relação entre sistemas jurídicos comparados³⁵. É aqui também decisiva, comparatisticamente, a consideração do fundamento *material*, poder-se-ia dizer político-constitucional, mesmo no caso das decisões judiciais, protegido por esta argumentação jurídica que viaja pelo Direito Comparado, neste caso consequencial, mas outros tipos de argumento poderiam certamente ser identificados³⁶. É também aqui expressão da integração do *argumento jurídico comparado* e dos *tipos* de argumentação jurídica comparada nos processos internos de deliberação, no caso dos transplantes jurídicos – aqui, não apenas legislativos, mas também judiciais.

4. A separação de poderes comparada

São diversas as *semelhanças* e as *diferenças* que, assim, se afirmam desde a previsão dos vários textos constitucionais até ao seu desenvolvimento hermenêutico.

4.1. A organização descentralizada do Estado comparada

Um dos mais interessantes resultados dos estudos jurídico-comparados são as *semelhanças* e as *diferenças* que se afirmam na organização do poder

³⁴ Ricardo Sousa da CUNHA, “A argumentação jurídico-constitucional comparada sobre hierarquia normativa”, *e-BLJ*, ano 3, 2020, pp. 178 e ss.

³⁵ André Rufino VALE, *Argumentação Constitucional - Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 134 e ss.

³⁶ Como em Timor-Leste se apontou à proteção do fundo petrolífero, no caso da UE poderia ser referido à defesa do Mercado Interno e no caso Norte-Americano à referida construção do sistema constitucional de pesos e medidas. *Vide* Ricardo Sousa da CUNHA, “A argumentação jurídico-constitucional comparada...”, *op. cit.*, pp. 178 e ss.

político segundo o *princípio da separação de poderes*, em especial no que se refere ao sistema de governo.

4.1.1. Historicamente, a separação de poderes teve uma dimensão vertical (territorial), como ensinava Barbosa de Melo, em Portugal, ao feudalismo medieval, e, ainda hoje, se pode encontrar em Estados federais ou no processo de integração da União Europeia (UE). Mas esta dimensão comparada foi, historicamente, e ainda o é hoje, construída também de forma horizontal. Na Idade Média, o desenvolvimento do sistema jurídico comparado do *Common Law of the Land* procurou unificar o exercício do poder em nome do Rei conquistador Normando, Guilherme I, a partir de 1061, através do poder judicial, a expensas das autonomias soberanas dos reinos Celtas pré-existentes, numa dimensão vertical do princípio da separação de poderes. Este movimento é ainda hoje sentido nos sistemas jurídicos consuetudinários, onde estruturas tradicionais de poder convivem com as estruturas de poder Estadual-formal. São especialmente relevantes os casos apontados nos sistemas jurídicos lusófonos, em especial na relação com as estruturas do poder local, como se verá. A competição entre os diferentes poderes separados pela Constituição tende à competição hegemónica, mesmo que com um resultado sempre nulo, que são facilmente expressos no desenvolvimento dos sistemas jurídicos comparados exemplificados pelos estudos de Direito Comparado.

4.1.2. Um dos desafios mais relevantes comuns aos legisladores dos países da CPLP nos últimos anos prende-se com esta divisão territorial do poder como se tem visto a propósito da implementação das autoridades governamentais locais, dada a história partilhada de presença colonial e descolonização.

No início do século XX, todos os países de língua oficial portuguesa tinham municípios para a sua organização territorial. Mesmo o contexto de cada uma dessas realidades não obsta à procura de semelhanças e diferenças na resposta a problemas que são comuns ou semelhantes. Melo Alexandrino identifica um princípio de diferenciação precisamente a partir da reforma legal da administração colonial de 1869³⁷. Atualmente, todos os Estados

³⁷ José Melo ALEXANDRINO, “No centenário da fundação da cidade do Huambo: a institucionalização do poder local em Angola”, 2012, disponível em <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=0qBm9m9FO18%3d&tab>

consagram nas suas respetivas constituições a obrigação do governo central de legislar sobre formas de autoadministração pelo povo a nível local, numa forma de descentralização que é simultaneamente administrativa e política. Portugal, Brasil, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe e Moçambique já instituíram organizações formais de governo local, enquanto Timor-Leste, Angola e Guiné-Bissau estão ainda em vias de o completar. Portugal e o Brasil têm uma história suficientemente sólida de municípios que não devem ser referidos sob o princípio do gradualismo. A Guiné-Bissau ainda não implementou estruturas de governo local.

No cumprimento deste mandato constitucional, os demais países em desenvolvimento da CPLP, Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP) e Timor-Leste, favoreceram o *princípio do gradualismo*, ainda que em diferentes modalidades. O gradualismo pode referir-se à criação de todos ou apenas alguns dos municípios, independentemente do grau territorial, *ab initio* ou gradual, e pode também ser utilizado para determinar gradualmente a relação entre a administração central e local, em particular os termos da transferência de poderes, competências ou recursos, ou a determinação da intensidade do controlo. A tensão é evidente na maioria dos países na implementação gradual pragmática do que é um mandato constitucional único para uma descentralização igual para todo o território nacional³⁸.

4.1.3. Um dos exemplos comuns aos países lusófonos, nomeadamente aos PALOP e Timor-Leste, é a relação destas instituições formais de governo local com a forma tradicional de governo. As práticas costumeiras ancestrais conduzem a formas de organização (do exercício do poder) por vezes pouco aceites pelo Estado constitucional formal, nomeadamente no que diz respeito à falta de representatividade e a diferentes formas de discriminação, muito especialmente a discriminação de género. Contudo, estas práticas consuetudinárias assistiram a um ressurgimento, particularmente após a transição para regimes democráticos, compreensível considerando o incremento de legitimidade que trazem aos processos democráticos deliberativos formais

id=331 [14.11.2020].

³⁸ Ricardo Sousa da CUNHA, “A descentralização territorial em Timor-Leste”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 973 e ss.

ainda embrionários. No caso dos PALOP, este processo teve lugar, em geral, após um período de proximidade com regimes de inspiração soviética que tinham apoiado a luta pela libertação nacional, mas esse processo terminou com a queda do Muro de Berlim. No caso de Timor-Leste, este mesmo período de transição terminou com a restauração da independência em 2002, após a ocupação indonésia.

As soluções existentes são bastante diferenciadas - enquanto o poder tradicional foi formalmente integrado no poder local em Angola, as organizações tradicionais não estão formalmente integradas nas autoridades de poder local em Timor-Leste, mas incluem formas de representação democrática sob a forma de “sucos” que fazem parte da administração pública, assumindo a natureza jurídica de “associações públicas”, ao abrigo da Lei nº 9/2016, de 8 de julho, excluindo assim a participação dos partidos políticos para assegurar a sua contínua ligação ao direito consuetudinário. Em Moçambique, a crescente relevância das organizações tradicionais foi também sentida na tentativa de integrar formalmente estas estruturas no seio do Estado pelo Decreto do Conselho de Ministros nº 15/2000, de 20 de junho, revogado pelo Decreto do Conselho de Ministros nº 35/2012, de 5 de outubro. O poder tradicional encontra-se numa situação ambígua, sem proteção constitucional e desproteção aberta do poder indígena relevante na Guiné-Bissau, sendo muito menos relevante nos outros Estados da CPLP.

4.2. O sistema de governo comparado

Entre as soluções jurídico-comparadas mais interessantes no espaço do Direito em língua portuguesa, parte da doutrina aponta o sistema de governo *semipresidencial* como um “padrão Constitucional Lusófono”³⁹, considerando que é o sistema de governo seguido em Portugal, Cabo Verde, Guiné-Bissau e Timor-Leste. Não será tão linear esta conclusão, considerando que inegavelmente no Brasil vigora um sistema de governo presidencialista, de influência norte-americana, seguido, apesar das diferenças e da discussão na doutrina, em Angola e Moçambique.

³⁹ Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, p. 607; e Jorge Bacelar GOUVEIA, *As Constituições dos Estados lusófonos*, Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias, 1993.

A possibilidade de, com parte da doutrina, se construir o sistema de governo *semipresidencial* como uma matriz da organização do poder político na Lusofonia parte da sua divulgação numa maioria dos Estados da CPLP, como o sistema de governo seguido em Portugal, Cabo Verde, Guiné-Bissau e Timor-Leste. O padrão semipresidencial lusófono tem, no entanto, uma muito bem identificada origem, desde que foi batizado por Duverger com base na experiência da Constituição Francesa, onde se exigem três elementos essenciais para um sistema de governo se poder caracterizar semipresidencial: a) Presidente da República (PR) eleito por sufrágio universal, b) PR com poderes consideráveis, c) Primeiro-Ministro (PM) e Governo com mandato dependente do Parlamento⁴⁰. O traço essencial definidor do sistema de governo semipresidencial é a eleição universal e direta do Presidente da República e do Parlamento⁴¹.

Os diferentes tipos de semipresidencialismo dependem, no entanto, da avaliação feita das relações estabelecidas pelos dois eixos de relações de dependência política entre os diferentes órgãos de soberania⁴². Tradicionalmente, nos sistemas semipresidenciais, o Governo não tem legitimidade democrática direta, mas apenas indireta, pela dependência política do Parlamento (de cujos resultados eleitorais emana e perante o qual responde em permanência através da aprovação ou da não recusa do programa de governo, sessões de perguntas, moções de censura ou de confiança) e do PR, que também controla politicamente a ação do Governo, na sua constituição e destituição e, quotidianamente, entre outras formas, pelo exercício do direito de veto ou promulgação dos diplomas legais. São diferentes as variações do sistema de Governo semipresidencial, em diferentes ordenamentos jurídico-constitucionais, com opções de traços mais presidenciais, de gabinete ou parlamentaristas⁴³. Os poderes de direção política do PR são mais ricos, por

⁴⁰ DUVERGER, *Échec au Roi*, Paris, Albin Michel, 1978, *passim*.

⁴¹ Jorge Reis NOVAIS, *Semipresidencialismo – Teoria do sistema de governo semipresidencialista*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2007, p. 95.

⁴² Pedro Bacelar VASCONCELOS e Ricardo Sousa da CUNHA, “Semipresidencialismo em Timor: Um Equilíbrio Institucional Dinâmico Num Contexto Crítico”, in Marina Lobo e Octavio Amorim Neto, *O Semipresidencialismo Nos Países de Língua Portuguesa*, Lisboa, Instituto Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2009, pp. 231-260.

⁴³ Em Portugal, em especial após a revisão constitucional de 1982, revela-se a evolução de um sistema de governo que, apesar de não ser geneticamente puro, foi também tido, precisamente, por semipresidencialista. No entanto, a limitação dos poderes presidências de direção política, nomeadamente na iniciativa de escolha do governo, revelando um sistema de governo dualista tido como “presidencialista-parlamentarista”. Cf. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA,

exemplo, em França, onde o PR pode presidir ao Conselho de Ministros e tem maior margem de manobra na escolha do Primeiro-Ministro e na constituição do Governo, do que em Portugal ou em Timor-Leste, onde o PR se encontra mais estritamente vinculado aos resultados eleitorais na constituição do Governo e onde não pode presidir ao Conselho de Ministros.

Em termos jurídico-constitucionais comparados, o PR, em Portugal, confrontou-se com a formação de um governo que excluía o partido mais votado, nas eleições legislativas de 2015, reproduzindo-se problema comparável com aquele experimentado em 2007 num comparável sistema de governo semipresidencial como o timorense. A solução encontrada foi, não só comparável, como a mesma, em ambos os casos, o PR observando a vontade da maioria parlamentar, mesmo que em Portugal se tenha nomeado um Governo dirigido pelo PM indigitado pelo partido mais votado, em homenagem ao princípio democrático, ao passo que em Timor-Leste o PR indigitou o PM com apoio parlamentar maioritário⁴⁴.

Entre as *finalidades* prosseguidas na escolha de determinado sistema de governo, a doutrina tem apontado, no espaço lusófono, como o sistema de governo semipresidencial tem garantido maior sucesso em situações de transição democrática, como aconteceu em Timor-Leste ou em Portugal⁴⁵. Este sucesso pode ser imputado ao seu potencial *inclusivo*, pelo qual diferentes maiorias da população encontram representação em qualquer um dos titulares dos órgãos de governo, considerando a formação de diferentes maiorias parlamentares e presidenciais⁴⁶. Esta *funcionalidade* típica do sistema de Governo semipresidencial não deixa, no entanto, de ser um relevante traço para o estudo e implementação jurídico-comparada dos diferentes sistemas de Governo no constitucionalismo lusófono.

Os poderes do Presidente da República, Coimbra, Coimbra Editora, 1991. Por outro lado, de há muito que se aponta o consenso difuso na Assembleia Constituinte que reclamava a eleição universal e direta do Presidente da República, que funcionaria, de igual forma, como fator de “racionalização” do (re)emergente parlamentarismo, justifica a sua caracterização como “parlamentarismo racionalizado”. Cf. Jorge MIRANDA e Jorge Pereira da SILVA, *Constituição da República Portuguesa*, Lisboa, Principia, 2006, p. 17.

⁴⁴ Ricardo Sousa da CUNHA, “A Prática Constitucional do Semi-presidencialismo Timorense na nomeação Presidencial do Primeiro-Ministro”, in Júlio Tomas Pinto (org.), *Mais Votado Versus Aliança Para Uma Maioria Parlamentar: Interpretações Konstitutsaun e Interesses Políticos ba Formasaun IV Governo Konstitusional*, Agosto 2007”, Díli, 2009, pp. 99 e ss.

⁴⁵ Pedro Bacelar VASCONCELOS e Ricardo Sousa da CUNHA, ‘Semipresidencialismo em Timor...’, *op. cit.*, pp. 231 e ss.

⁴⁶ Ricardo Sousa da CUNHA, “A Alteridade na prática Constitucional Timorense”..., *op. cit.*, pp. 10 e ss.

5. O regime de Direitos Fundamentais a comparar

Como se viu já também, os catálogos de Direitos Fundamentais estão na base do constitucionalismo e das Constituições Modernas, desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, mesmo que, originalmente, fosse a sua natureza extraconstitucional, como *Bill of Rights*, que lhes garantia a primazia jurídica hierárquica, apenas mais tarde estendida ao restante texto constitucional.

5.1. A ideia dos Direitos Fundamentais

Antes de serem normas, os direitos fundamentais eram já uma “ideia no pensamento dos Homens”⁴⁷. O seu berço no *cosmopolitismo clássico* foi originalmente afirmado pelos filósofos Gregos, na Antiguidade Clássica. Hípias afirmou num discurso a Sócrates e Prótagoras relatado por Platão: “Meus senhores, aqui presentes, creio eu que todos são aparentados, familiares e concidadãos – por natureza e não por lei”⁴⁸. Mas foi o cínico Diógenes quem, pela primeira vez, se proclamou “cidadão do mundo” (*Kosmou Polîtēs*)⁴⁹ em termos que se parecem, ainda hoje em dia, reconhecer em grande parte das atuais preocupações cosmopolitas do Direito. O *Iluminismo* tratou a ideia de “Humanidade” como fundamento de um projeto cosmopolita com ambição normativa e colocou a ideia de igualdade na base do Moderno Direito Constitucional. Kant descobriu na “inscrição satírica numa estalagem holandesa, sobre cujo sinal foi pintado um túmulo” os alicerces do projeto *Paz Perpétua*, dirigido ao “final de todas as hostilidades, de tal forma que, inclusivamente a palavra perpétua redundaria num pleonasmo duvidoso”.

A ideia da igualdade entre todos os indivíduos está na base do regime constitucional de Direitos Fundamentais. É este o lastro filosófico racionalista, em particular desenvolvido pelo pensamento do século das Luzes, que conduziu, desde a *Magna Charta* (1215) em Inglaterra, à Revolução Liberal

⁴⁷ Vieira de ANDRADE, *Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 13.

⁴⁸ PLATÃO, *Protágoras*, tradução, introdução e notas de Ana da Piedade Elias Pinheiro, Lisboa, Relógio D'Água, 1999, p. 113.

⁴⁹ Diógenes LAÉRCIO, *Vida de los Filósofos más Ilustres*, livro VI, linha 63, tradução e prólogo de José Ortiz y Sanz e José M. Riaño, Editorial Porrúa, 1991, p. 149.

inglesa de 1688, e posteriormente inspirou a Declaração de Independência Norte-Americana de 1776 e a Revoluções Francesa de 1789. A transição para o constitucionalismo que ambas assinalam marca o entendimento segundo o qual é a sociedade, contratualmente construída, que fundamenta a construção do Estado no sentido de assegurar a satisfação de necessidades coletivas e a realização das liberdades individuais, em particular garantidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e na Constituição Americana de 1776. Neste sentido, os Direitos Fundamentais procederam à validação material, axiológica ou ética das emergentes comunidades politicamente organizadas “sob” a Constituição, orientando o ideal comunitário de justiça.

5.2. A igualdade universalizada

A ideia de *igual* dignidade humana é o fundamento da “consciência axiológico-jurídica”, que alicerçada nos “princípios jurídicos fundamentais” e norteia a construção moderna dos catálogos constitucionais de direitos fundamentais, constituindo-se, ainda hoje, muitas vezes como o critério integrativo das lacunas nos regimes de tutela destes, numa dimensão filosófica jusnaturalista, em especial renascida no pós-Segunda Guerra Mundial. No mesmo período, alicerçado no mesmo movimento estimulado pelos horrores da barbárie das duas Grandes Guerras do século XX uma outra perspectiva atual acerca dos Direitos Fundamentais acentua a sua dimensão internacionalista. Dos escombros do pós-guerra, brotou a ideia da necessidade de assegurar a proteção jurídica de “elementares considerações de humanidade”, na formulação que o Tribunal Internacional de Justiça deu à norma *ius cogens*. Assim se assistiu à aprovação da Carta das Nações Unidas em 1945, complementada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 e pelo Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e dos Direitos Económicos, Culturais e Políticos em 1966. Diferentes fenómenos de integração regional aprovaram documentos próprios na proteção dos direitos fundamentais na América, na Europa e na África.

Tem-se assistido a um progressivo desenvolvimento de proteção a nível internacional de Direito Fundamentais. Algumas destas normas podem mesmo ser consideradas como tendo natureza de *ius cogens* assim se impondo

a toda a ação Estadual. O “contributo da noção de *ius cogens* para o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional”⁵⁰ tem permitido identificar diversas normas inderrogáveis de Direitos Internacionais que, em matéria de Direitos Fundamentais se podem referir à *proibição da tortura* considerada, tanto pelo Comité dos Direitos do Homem, como pelo ICTY⁵¹, bem como a *proibição de execução judicial de menores de idade* como uma outra norma de Direito Internacional, com valor *ius cogens*⁵², como se verá em maior detalhe.

5.3. A função comparada do regime de proteção dos Direitos Fundamentais

Os estudos de Direito Comparado em matéria de Direitos Fundamentais revelam as muitas semelhanças e diferenças aqui enunciadas a propósito dos regimes de Direitos Fundamentais no Direito Constitucional Comparado. É a partir desta consideração de *semelhanças e diferenças* no regime de tutela de Direitos Fundamentais que se pode perspetivar a *função* (também *mítica* e *retórica*, mas aqui argumentativamente jurídica) desempenhada no quadro de cada sistema jurídico comparado. A partir desta *função* formulam-se divergentes *argumentos jurídicos comparados* em torno da tutela comparada dos Direitos Fundamentais.

A construção dos regimes de Direitos Fundamentais a partir da original ideia de *igualdade formal* complexificou-se com a realização social do indivíduo típica de uma *igualdade material* emergente, em especial, a partir do século XX em diversos espaços comparados. Entre a previsão de catálogos de Direitos Liberdades e Garantias e de Direitos Económicos, Sociais e Culturais emergem, nos estudos de Direito Comparado, disputas entre a preferência dos sistemas jurídicos comparados ocidentais pela tutela dos primeiros e dos segundos nos sistemas jurídicos não ocidentais, a partir de diferentes mundivisões individualistas a ocidente, em especial a oriente.

⁵⁰ Nguyen Quoc DINH et al., *Droit International Public*, 7ª ed., Paris, L.G.D.J., 2002, p. 207.

⁵¹ *Prosecutor v. Furundžija*, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 2002, 121 *International Law Reports* 213 (2002).

⁵² The Michael Domingues Case: Report on the Inter-American Commission on Human Rights, Report n.º 62/02, Mérito, Case 12.285 (2002).

Neste exercício argumentativo comparado, a revalorização da específica construção normativa dos textos constitucionais em matéria de Direitos Fundamentais, promovida com a reafirmação metodológica da *norma*⁵³, potencialmente também como ponto de partida para estes estudos jurídico-comparados, não esgota o Direito e, nessa medida, não esgota também o seu objeto de estudo⁵⁴.

6. Conclusões preliminares

A mesma relação com a *diferença* constitutiva da identidade constrói em comum do Direito Constitucional e do Direito Comparado. As *semelhanças* e *diferenças* foram aqui meramente enunciadas a partir da relação entre sistema jurídico-constitucionais, cujas variações resultam sempre numa soma-zero, baseadas na previsão codificada, um dos primeiros exemplos de transplantes legislativos comparados modernos. No entanto, também o desenvolvimento destas soluções positivas se faz, cada vez mais, com base na centralidade das ferramentas do Direito Comparado na hermenêutica constitucional, como afirma Peter Häberle.

Metodologicamente, o ponto de partida para a proposta aqui encetada de edificação de um Direito Constitucional Comparado será ainda a *função* comparatística desempenhada pelas ideias fundadoras, alguns construídos como verdadeiros mitos constitucionais, mesmo que por apropriações várias, algumas apócrifas. Entre as ideias constitucionais fundadoras do constitucionalismo revolucionário pode contar-se o conceito original de Constituição construído pelo artigo 16º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão que é aqui usado para organizar alguns exemplos constitucionais comparados.

Perspetivado a partir da *função* contextual e sistemática desempenhada pelas suas *ideias* fundadoras, o Constitucionalismo moderno liberta-se do enunciado normativo positivado o que permite, mais facilmente, reconstruir a norma vigente, não apenas *in the books* como mesmo *in action*. A relevância

⁵³ Por todos, Riccardo GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, *passim*.

⁵⁴ Ricardo Sousa da CUNHA, "O Argumento Jurídico Comparado...", *op. cit.*, pp. 1 e ss.

crescente do *argumento jurídico comparado constitucional* é aqui documentada por vários os exemplos, desde a previsão constituinte positiva até à sua interpretação como norma paramétrica, passando pelas soluções propostas na organização do poder político segundo o princípio da separação de poderes e pelo regime dos Direitos Fundamentais. Este é apenas um mosaico exemplificativo que deixa em aberto muitas outras pistas de investigação.

Naturalmente, este exercício é mais facilmente verificado em espaços cujos estudos macro-comparatísticos se encontrem mais desenvolvidos. O espaço do constitucionalismo comparado lusófono é um fértil campo de estudo, como aqui se enunciou em muitos exemplos, mas que deixou em aberto ainda muitas outras propostas de investigação futuras.

Afinal, esta foi a memória da partilha que inspirou a homenagem de amizade que, com saudade, aqui se recorda.

ENSINAR DIREITO DAS SUCESSÕES NO SÉC. XXI – (AINDA) A VISÃO *JUSFAMILIAR* TRADICIONALISTA NO FENÓMENO SUCESSÓRIO DO CÓDIGO CIVIL

Rossana Martingo Cruz*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.23>

1. Nota introdutória

Este singelo texto tecerá algumas considerações de âmbito pedagógico e científico sobre o Direito das Sucessões, em particular o seu ensino, entrosamento e concomitância em diferentes unidades curriculares de ciclos de estudos superiores. Apresentaremos reflexões sobre o ensino destas matérias, com brevíssimas referências a conteúdos programáticos e a possíveis metodologias de ensino. Teremos em mente a natureza tendencialmente *simbiótica* que estas matérias do Direito das Sucessões apresentam com as temáticas do Direito da Família, daí a sua inclusão – por vezes – síncrona em diferentes unidades curriculares (em algumas instituições de ensino superior). Sem pre-

* Escola de Direito da Universidade do Minho (rmartingocruz@direito.uminho.pt).

juízo, por razões de sistematização deste trabalho e metodologia de exposição, atentaremos essencialmente no Direito das Sucessões.

Os ramos do Direito da Família e do Direito das Sucessões surgem – não raras vezes – associados. Pese embora se tratem de ramos distintos do Direito Civil, que ocupam dois livros diferentes do Código Civil (livro IV e V, respetivamente), há uma tendência de os agrupar pela proximidade das problemáticas que em si encerram^{1,2}.

Estes ramos são especialmente suscetíveis às evoluções da sociedade e das mentalidades³. Como tal, será particularmente importante transmitir aos estudantes – dos diferentes ciclos de estudos – uma especial sensibilidade de compreensão das problemáticas face às diferentes conjecturas sócio-político-económicas.

Em termos gerais, nas unidades curriculares no âmbito do Direito das Sucessões serão objetivos pedagógicos dotar os estudantes das problemáticas suscitadas por estes ramos do Direito, bem como a sua vasta aplicabilidade prática; e apresentar-lhes os conceitos indispensáveis ao enquadramento e compreensão desta disciplina científica para que os possam aplicar na sua vida e futura profissão (designadamente na interpretação, prevenção e resolução de diferendos jurídico-familiares e/ou sucessórios). Perante os conhecimentos transmitidos, e adequando ao ciclo de estudos em causa, dever-se-á incentivar o pensamento crítico e a argumentação jurídicas.

¹ “Apesar de haver entre eles ponto de contacto, quer o Direito da Família quer o Direito das Sucessões são ramos autónomos de Direito Civil institucional. Têm objectos diversos”. Jorge Duarte PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2019, p. 31.

² Há instituições de ensino superior que lecionam estes ramos em diferentes Unidades Curriculares (UC), não é o caso da licenciatura em Direito da Escola de Direito da Universidade do Minho, onde a UC é anual e denomina-se “Direito da Família e das Sucessões”. No mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões já existe uma UC própria de Direito das Sucessões.

³ “Tal como a família, também o direito da família tem sofrido significativas alterações na sua já longa história. Muito frequentemente, essas alterações são o reflexo de modificações sociais, culturais e políticas; noutras vezes, é o legislador que, através de raturas legislativas, pretende fomentar modificações sociais ou culturais”. Miguel Teixeira SOUSA, “Do Direito da família aos direitos familiares”, in AAVV, *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 553. Ainda sobre esta “volatilidade” social – ainda que associada a cuidados sociológicos e científicos: “Daí que o Direito da Família, ao invés do Direito das Obrigações e dos Direitos Reais, seja um ramo jurídico muito permeável às incursões ideológico-políticas do partido dominante, bem como às modificações políticas, económicas e sociais, sobretudo quando revolucionárias. Todavia, a delicadeza dos equilíbrios comunitários, classistas e geracionais impõe, normalmente, que as alterações legais familiares se façam com adequada investigação sociológica e científica e com projecções o mais possível consensuais”. Rabindranath Capelo SOUSA, “As alterações legislativas familiares recentes e a sociedade portuguesa”, in AAVV, *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 524.

Na leção das aulas, a abordagem teórica e prática dos conceitos indispensáveis na área do Direito das Sucessões – e com a complexidade adequada ao ciclo de estudos em causa – visa dotar os estudantes das competências necessárias para a interpretação e aplicação dos referidos conceitos nas questões que lhes sejam colocadas (quer no contexto de sala de aula, quer em avaliações em forma de exame e/ou trabalho científico).

Com o presente trabalho pretendemos refletir sobre a importância do ensino destas matérias nos diferentes ciclos de estudos (1º, 2º e 3º ciclo)⁴. Não se pretende reproduzir conteúdos programáticos, por isso, iremos oscilar entre mencionar problemáticas de carácter científico, bem como perspetivar a leção das mesmas, evidenciando também a nossa sensibilidade e experiência no ensino destas matérias. Nessa medida, serão tecidas considerações sobre o Direito das Sucessões e aludir-se-á, inevitavelmente, a alguns aspetos caracterizadores desse ramo do Direito. Ainda assim, as menções serão, essencialmente, numa perspetiva de partilha de dinâmicas pedagógicas e metodológicas. Sem prejuízo, faremos ponderações, bem como citações, de carácter científico que demonstram a nossa investigação para a leção destas temáticas^{5,6}.

2. O Direito das Sucessões e o seu ensino nos dias de hoje

O ramo do Direito das Sucessões português tem pendor tradicionalista e tem sido alvo de poucas alterações legislativas. O legislador tem evitado uma alteração de fundo que, provavelmente, já se justificava.

O ensino destas matérias enfrenta sérios desafios. Por um lado, na licenciatura em Direito, importa cativar os estudantes para uma matéria para a qual – não raras vezes – encaram com uma predisposição (e preconceito) de

⁴ É inequívoco que o ensino destas matérias importará sempre referências muito úteis de Direito Comparado, até para crítica e problematização em sede de sala de aula (sendo estas alusões mais ou menos extensas consoante o ciclo de estudos em causa e a área de especialização dos destinatários). Todavia, por razões de economia de espaço, optamos por aqui aludir incidir à legislação portuguesa.

⁵ As referências bibliográficas, mesmo num trabalho com algum pendor pedagógico, conferem dignidade e permitem estabelecer algumas premissas das quais partimos nesta investigação, uma vez que fundamentam o objeto de estudo.

⁶ “Também não considero possível dissociar a natureza pedagógica da natureza eminentemente científica do ensino. A cientificidade estará sempre presente nas matérias que se leccionam, por isso que a pedagogia supõe uma reflexão sistemática sobre a teoria e o desempenho do ensino eficaz”. Maria Margarida Silva PEREIRA, *Temas de Direito da Família e Sucessões*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 12.

ser difícil e fastidiosa. O facto de se invocarem conceitos jurídicos tradicionais e raciocínios matemáticos (ainda que simples) parece expelir, pelo menos num primeiro momento, os estudantes do 1º ciclo. Ultrapassado o contacto inicial e desfeita a tendência preformativa com que muitos encaram estas matérias, encontramos a percepção da utilidade prática que o Direito das Sucessões trará não só à vida profissional, mas também à sua vida familiar. Ainda assim, no 1º ciclo de estudos – e por constrangimentos de tempo inevitáveis face à leção conjunta com o Direito da Família⁷ – as matérias nem sempre serão alvo de aprofundamento dogmático. Todavia, para isso, os estudantes interessados podem encontrar solução no 2º ciclo⁸.

Ao contrário das matérias do Direito Família e das Crianças que são estudadas não só em ciclos de estudos do Direito mas também noutros, como a Psicologia, a Educação e a Criminologia; o Direito das Sucessões é normalmente reservado para o ciclo de estudos do Direito⁹. Deste modo, a abordagem não deverá ser unívoca: mais do que lecionar para dar a conhecer as premissas deste ramo do Direito, deve ser incentivado o espírito crítico face ao sistema atual¹⁰.

⁷ Opção que se defende, sem prejuízo do referido supra. A alternativa de dividir a unidade curricular Direito da Família e das Sucessões em duas (por exemplo, Direito da Família num semestre e Direito das Sucessões noutro) obrigaria a uma compressão do estudo do Direito da Família, trazendo prejuízos que, na nossa perspectiva, seriam superiores.

⁸ A este propósito, o Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões, da Escola de Direito da Universidade do Minho, tem uma Unidade Curricular dedicada ao estudo do Direito das Sucessões, aprofundando e problematizando (doutrinal e jurisprudencialmente) as temáticas já estudadas nas licenciaturas, além da análise de questões novas.

⁹ Jorge Duarte Pinheiro alerta para a “crise” do Direito das Sucessões e para a perda que esta disciplina tem sofrido a nível curricular e pedagógico. Jorge Duarte PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2019, p. 24. Concretiza algumas das dificuldades sentidas, “[e]m vários estabelecimentos de ensino superior portugueses, o Direito das Sucessões passou de disciplina obrigatória a opcional, dos últimos anos do curso de licenciatura para os primeiros; o seu ensino passou a ser feito como se fosse um mero repositório de conceitos e de teorias abstractas, quando uma lógica prática é fundamental; ou foi unida ao Direito da Família numa disciplina anual, em que o tempo das Sucessões não chega a ser metade do que cabe aos temas da Família”. Compreendemos e partilhamos as preocupações. No que concerne à junção deste ramo do Direito com a unidade curricular de Direito da Família, tal como já endereçado supra, parece-nos um “*mal necessário*”.

¹⁰ Naturalmente que tal deve ocorrer sempre na leção conjunta de todas as matérias. Todavia, perante ciclos de estudos destinados a não juristas, existirá uma vertente expositiva inevitável uma vez que não terão bases jurídicas que lhes permitam, num primeiro momento, questionar e pôr em causa - de modo sustentado e científico - as matérias.

Sendo a morte uma premissa essencial do Direito das Sucessões (*mortis causa*)¹¹ e atendendo à inevitabilidade desta na vida de todos¹², o estudo deste ramo do Direito deve ser encarado não só como ineludível, mas também como fatalmente útil.

Vejamos a natureza do nosso Direito das Sucessões e a sua expressividade no meio jurídico e judiciário português.

A noção de sucessão está presente no artigo 2024º do Código Civil: “[d]iz-se sucessão o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam”. Estamos perante uma sucessão que opera como consequência da morte do *de cuius*¹³.

Em síntese, nos termos do disposto no artigo 2026º do Código Civil, a sucessão por morte poderá resultar da lei ou da vontade. A sucessão legal poderá ser legítima ou legitimária, consoante seja suscetível ou não de ser afastada pela vontade do seu autor (artigo 2027º). Por sua vez, a sucessão voluntária poderá ser testamentária (quando assenta num testamento – artigos 2179º e ss.) ou contratual (excecionalmente admitida – artigos 2028º e 1700º e ss.)¹⁴. Estes títulos de vocação sucessória podem coexistir, sendo chamadas à sucessão diferentes pessoas por títulos diferentes, bem como a

¹¹ “Queremos, no entanto e desde já, deixar referido que nos parece ser necessário, para que se aplique o regime jurídico das sucessões *mortis causa*, que não apenas ocorra o fenómeno da morte susceptível de repercussão jurídica nas relações jurídicas a regular mas também que a morte seja a causa, ou pelo menos a concausa, para no âmbito do legislador ou do autor da herança, se operar post-mortem uma devolução de bens ou uma mudança na titularidade de direitos sobre tais bens”. Rabindranath Capelo de souza, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 25.

¹² “A morte suscita múltiplos sentimentos e reacções: há quem a ignore, há quem se angustie pela expectativa de ser atingido por ela, há quem sofra pela perda de um ente querido. No fundo, ao longo da nossa vida, a maior parte de nós vive todo este conjunto de sentimentos e reacções. No entanto, o Direito das Sucessões refere-se à morte de uma forma não dramática”. Jorge Duarte PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2019, p. 13.

¹³ “Não há uma definição para o conceito de sucessão *mortis-causa*, porém este artigo define a sucessão *mortis-causa*, donde ressalta a ideia de ser o facto jurídico-morte, o pressuposto deste tipo de sucessão. Conclui-se que a sucessão inter-vivos, verifica-se quando o pressuposto for qualquer outro”. Manuel Martins BARROSO, *Noções de Direito de Família e questões práticas de Direito das Sucessões*, Braga, Livraria da Cruz, 1979, p. 16.

¹⁴ “Se quero fazer as minhas disposições para depois da morte e recorro ao testamento, procedo sozinho; a instituição é fruto da minha vontade exclusiva, posso agir no silêncio, discretamente, com total desconhecimento dos beneficiários, e sou senhor da instituição, conservo o seu inteiro domínio no sentido de que, assim como a livremente a fiz por mim, assim livremente a posso desfazer a qualquer momento. Se lanço mão do contrato sucessório num daqueles casos em que isso me é permitido, tenho de comunicar a minha intenção aos beneficiários, que a aceitam. As nossas vontades encontram-se e ambas as partes ficam presas à palavra dada, só as duas podendo desfazer o que juntas fizeram (art. 406º)”. Inocêncio Galvão TELLES, *Direito das Sucessões – Noções Fundamentais*, 6ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 119.

mesma pessoa pode ser chamada a vários títulos (por exemplo, um cônjuge que sucede como herdeiro legitimário e, ainda, como herdeiro testamentário se o outro lhe deixa, por testamento, a sua quota disponível).

A sucessão legitimária é imperativa e ocorre a favor de certas pessoas, os herdeiros legitimários. A estes a lei reserva uma porção de bens que o autor da sucessão não pode dispor (artigo 2156º). Estes sucessores estão previstos no artigo 2157º (cônjuge¹⁵, ascendentes e descendentes). Não tendo herdeiros

¹⁵ O cônjuge atingiu um estatuto sucessório privilegiado com a Reforma de 77 do Código Civil (Decreto-Lei nº 496/77, de 25 de novembro), uma vez que passou a ser considerado um herdeiro legitimário (artigo 2157º), além de constar na primeira ou segunda classe de sucessíveis legítimos (consoante venha a suceder, respetivamente, com os descendentes ou ascendentes – artigo 2133º). Este reforço da posição sucessória do cônjuge surge na sequência da evolução que a percepção de família foi sofrendo na sociedade, valorizando-se o núcleo conjugal como unidade da vida familiar. Enquanto herdeiro legitimário, o cônjuge sucedia imperativamente, não podendo esta sua condição ‘especial’ ser afastada por vontade do autor da sucessão (*o de cuius*). A recente Lei nº 48/2018, de 14 de agosto, veio alterar o Código Civil, concedendo a possibilidade – até então vedada – de uma renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário na convenção antenupcial, mediante certos requisitos. O Projeto de Lei nº 781/XIII, que dá o mote a esta alteração legislativa, fundamentou a necessidade de revisão por entender que “[e]ste regime sempre representou um problema prático para quem pretende casar-se e já tem filhos, designadamente filhos de uma anterior ligação. Não é possível contrair um casamento sem que o cônjuge adquira o estatuto de herdeiro legitimário e, portanto, sem prejudicar os interesses patrimoniais potenciais desses filhos. Um regime criado quando casamentos não podiam ser dissolvidos, e que subsistiu quando o divórcio era raro, não é adequado a uma sociedade em que, até pelo aumento da esperança de vida, são tão frequentes as relações em que as famílias integram filhos de relações anteriores. Essa será uma das razões para que pessoas com filhos optem por não se casar (ou se casar de novo)”. Esta Lei é suscetível de crítica pela sua incidência cirúrgica e pouco enquadrada na unidade do sistema jurídico. Para estas críticas, cf. Cristina DIAS, “Pactos Sucessórios – A solução do legislador português pela Lei nº 48/2018, de 14 de agosto”, in AAVV, *Atas das Jornadas Internacionais – Igualdade e responsabilidade nas relações familiares*, pp. 289 e ss. Ora, esta alteração legislativa reconhece a possibilidade de renúncia desta figura *impositiva* de herdeiro legitimário, na convenção antenupcial, desde que o regime de bens em causa seja o da separação de bens. Note-se que o legislador pretendeu reforçar a partição de patrimónios no regime da separação de bens, levando essa contingência até para depois da morte, se os cônjuges assim o quiserem. Foram gizados mecanismos de salvaguarda na Lei nº 48/2018, de 14 de agosto (alguns que o Projeto de Lei nº 781/XIII – que lhe deu origem – não contemplava), de modo a não desproteger completamente os cônjuges que optem por esta renúncia. Assim, nos termos do disposto no novo artigo 1707º-A do Código Civil, esta abdicação pode ser condicionada à sobrevivência, ou não, de sucessíveis de qualquer classe ou de outras pessoas; a renúncia não põe em causa o direito a alimentos do cônjuge sobrevivente, nem as prestações sociais por morte; e, se a casa de morada de família for propriedade do cônjuge falecido, o sobrevivente poderá nela ficar a residir, como titular de um direito real de habitação e de um direito de uso do recheio, pelo prazo mínimo de cinco anos que (similar à proteção prevista para a proteção do unido de facto sobrevivente. Este, não sendo herdeiro, também poderia ficar numa situação de desproteção em caso de morte do companheiro proprietário da casa de morada de família. Nessa medida, o nosso legislador também lhe consagrou um direito real de habitação e um direito ao uso do recheio no artigo 5º da Lei nº 7/2001, de 11 de maio). Prazo este que pode ser prorrogado por motivos de equidade (após o decurso deste prazo, o sobrevivente poderá ainda residir no imóvel como arrendatário, nos termos do nº 7 daquele artigo 1707º-A). Terá também direito de preferência em caso de alienação do imóvel durante o tempo que lá habitar (nº 9 do mesmo artigo 1707º-A). Caso o sobrevivente já tenha completado sessenta e cinco anos – à data da abertura da sucessão – este direito de habitação será vitalício. Nesta proteção da casa de morada de família subjaz uma premissa de necessidade. Veja-se que esta proteção caducará se o interessado não habitar a casa por mais de um ano (a não ser que haja uma razão ponderosa para a sua ausência) e também não será conferida esta proteção se o cônjuge sobrevivente tiver casa própria no concelho da casa de morada de família ou, tratando-se de Lisboa e Porto, nos concelhos limítrofes (n.ºs 5 e 6 do artigo 1707º-A). Ainda neste enquadramento, não serão consideradas inoficiosas as liberalidades a favor do cônjuge sobrevivente que tenha renunciado à herança até à parte correspondente à legítima do cônjuge, caso a renúncia não existisse (nº 2 do artigo 2168º do Código Civil). Apesar desta alteração legislativa ser passível de crítica, como já referimos, permite, todavia, uma nova abordagem

legitimários, o autor da sucessão poderá dispor livremente do seu património (por testamento ou contrato, nas situações em que a lei admite a sucessão contratual). Se este não tiver disposto, de forma válida e eficaz, de todos os seus bens ou de parte deles, abrir-se-á a sucessão legítima nos termos do disposto dos artigos 2131º e seguintes. Esta sucessão legítima é meramente supletiva e os herdeiros legítimos serão o cônjuge, os parentes e o Estado (segundo a ordem e segundo as regras presentes nos artigos 2133º e seguintes).

Crítica-se a sucessão legitimária¹⁶ por ser desajustada aos dias de hoje dado o constrangimento que impõe ao autor da sucessão. Tendo herdeiros legitimários, este não será verdadeiramente livre para destinar os seus bens desconsiderando a autonomia privada em face da manutenção um privilégio familiar já ultrapassado¹⁷.

sobre a importância da autonomia da vontade neste contexto outrora tão blindado: “A recente alteração no nosso sistema sucessório, levada a cabo pela Lei nº 48/2018, sob a capa de uma pequena correção para atender à proteção dos filhos já existentes do casal na situação das famílias recompostas, veio introduzir uma mudança de direção de alcance considerável. A flexibilização agora possível representa um importante alargamento da autonomia privada neste âmbito”. Daniel MORAIS, “Direito Sucessório e Proteção de Pessoas Idosas”, *Lex Familiaris*, ano 16, nº 31-32, 2019, p. 48. Ainda sobre esta problemática, cf. Daniel MORAIS, “As potencialidades da convenção antenupcial numa ótica de planeamento sucessório”, *Julgar*, nº 40, Jan./Abr. de 2020, pp. 216 e ss.. Para uma apreciação crítica do projeto de Lei que precedeu as alterações, cf. Maria Margarida Silva PEREIRA e Sofia HENRIQUES, “Pensando sobre os pactos renunciativos pelo cônjuge – contributos para o projeto de lei nº 781/XIII”, *Julgar Online*, maio de 2018, disponível em <http://julgar.pt/pensando-sobre-os-pactos-renunciativos-pelo-conjuge-contributos-para-o-projeto-de-lei-n-o-781xiii/> Numa perspectiva diferente e diferenciadora do pacto sucessório renunciativo na partilha em vida, cf. Rita Lobo XAVIER e Maria Carvalho e LEMOS, “Pacto sucessório renunciativo na ‘partilha em vida’: a sua importância na sucessão familiar da empresa”, in AAVV, *Roadmap para Empresas Familiares: Mapeamento, Profissionalização e inovação*, CICS.NOVA e CICS-UMinho, Outubro 2018, pp. 25-42, disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/56256/7/E-book%20Roadmap%20para%20Empresas%20Familiares.pdf>

¹⁶ Cf. Rita Lobo XAVIER, “Notas para a renovação da sucessão legitimária no Direito português”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 351-372; IDEM, “Para quando a Renovação do Direito Sucessório Português?”, in AAVV, *Edição Comemorativa do Cinquentenário Código Civil*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 593-613.

¹⁷ Como explica Cristina Dias: “Se o autor da sucessão construiu ao longo da sua vida um determinado património, maior ou menor, e muitas vezes sem a colaboração de familiares, deveria poder dele dispor integralmente e a favor de quem entender para depois da sua morte. (...) Assim, a sucessão legítima, supletiva, poderia alcançar o mesmo fim da sucessão legitimária tal como prevista no nosso ordenamento jurídico. De facto, o cônjuge, os descendentes e os ascendentes receberiam o referido património caso o autor da sucessão nada disponha”. Cristina DIAS, “O art. 62º da Constituição da República Portuguesa – do direito de propriedade privada e das restrições à liberdade de disposição mortis causa”, in AAVV, *3º Congresso Internacional de Direito na Lusofonia*, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016, pp. 162-163. Também num sentido crítico, Jorge Duarte Pinheiro entende que “num período em que se proclama a liberdade individual, depara-se com uma pesada sucessão injuntiva, como é a sucessão legitimária (cf. arts. 2156º e s.)”. E vai mais longe, determinando que “é patente a inadequação do Livro V do Código Civil aprovado no século passado, tão patente que se justifica a substituição deste livro por um Código dos Efeitos Patrimoniais por Morte (enquanto se aguarda pelo terceiro Código Civil português, por um novo grande diploma que esteja à altura da realidade do século XXI)”. Jorge Duarte PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2019, p. 26. Para uma reflexão crítica desta questão no ordenamento espanhol, cf. Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, “La transmisión unitaria del patrimonio familiar en el código civil español y el

O testamento é o instrumento mais utilizado para dispor do património¹⁸ após a morte (até porque a lei só admite o contrato sucessório excecionalmente, como já referido – artigo 2028º). Enquanto negócio jurídico unilateral e livremente revogável (artigo 2179º), o testamento depende apenas da vontade do testador. Todavia, esta liberdade será limitada quando existem herdeiros legitimários. Não existindo herdeiros legitimários (cônjuge, descendentes e ascendentes), o autor da sucessão terá liberdade de dispor todos os seus bens por testamento^{19 20}.

O testamento terá de revestir uma forma solene, nas modalidades previstas na lei (artigos 2204º e ss.). O nosso ordenamento jurídico protege o carácter formal e solene do testamento não admitindo que o mesmo possa ser apenas escrito e assinado pelo testador, sem a chancela de uma autoridade que confira autenticidade e idoneidade ao documento. Não são admissíveis simples testamentos escritos (como os ológrafos - testamento escrito, datado e assinado pelo testador mas não aprovado pelo notário)²¹.

problema de las legítimas”, in AAVV, *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 399 e ss.

¹⁸ O que não significa que não comporte disposições não patrimoniais. “Mas nada impede que nele se insiram também disposições não patrimoniais, desde que algum preceito legal o consinta ou consintam os usos da comunidade. Podem dar-se os seguintes exemplos de actos não patrimoniais que preceitos legais permitem ou mandam inserir em testamento: confissões de factos (art. 358º, nº 4); perfilhações [art. 1853º, alínea b)]; deserdação (art. 2166º, nº 1); revogação de testamento anterior (art. 2312º); nomeação de testamenteiro (art. 2320º)”. Além destes exemplos, o mesmo autor explicita que “[a] lei vai ainda mais longe, na medida em que autoriza a inclusão no testamento de determinações que não revestem sequer o carácter de disposições não patrimoniais, mas de meras instruções – instruções sobre determinados aspectos relacionados com a morte, como o tipo de funeral, o depósito dos restos mortais neste ou naquele jazigo, a cremação do cadáver, a distribuição de esmolas, os sufrágios por alma do testador, etc.”. Inocêncio Galvão TELLES, *Sucessão Testamentária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 16.

¹⁹ Sem prejuízo, naturalmente, de doações *mortis causa* legalmente admitidas que, se realizadas, prevalecem.

²⁰ Sobre o planeamento sucessórios e negócios alternativos ao testamento, cf. Rita Lobo XAVIER, *Planeamento sucessório e transmissão do património à margem do Direito das Sucessões*, Porto, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 103 e ss..

²¹ Os testamentos ológrafos são admitidos noutros ordenamentos jurídicos, por exemplo, cf. artigos 969º e 970º do Código Civil francês; artigos 601º e 602º do Código Civil italiano, artigos 676º e 678º do Código Civil espanhol), nem testamentos verbais (como os nuncupativos – testamento meramente verbal, perante testemunhas). Cf. Rossana Martingo CRUZ, “Anotação ao artigo 2179º”, in Cristina Dias (coord.), *Código Civil Anotado*, vol. V, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 241 e ss. Sobre a autonomia da vontade na sucessão por morte em Espanha, cf. Marta COIMBALLO FIDALGO, “La autonomía de la voluntad en la reglamentación de la sucesión por causa de muerte. Análisis comparado de los sistemas sucesorios coexistentes en España”, in AAVV, *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Coimbra, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 579 e ss. Ainda, sobre as vantagens do testamento ológrafo como “la facilidad, la comodidad y la economía, ya que no se requiere el auxilio ni la presencia de un fedatario público aunque, una vez fallecido el testador los gastos de adveración y protocolización pueden ser importantes”, bem como as suas desvantagens: “[e]l inconveniente de esta forma testamentaria es la posibilidad de que el documento pueda ser perdido o alterado”, cf. Inmaculada GARCÍA PRESAS, *Clases de Testamentos*, Madrid, Dyckinson, 2011, p. 30.

Nos termos do disposto no artigo 2028º, haverá sucessão contratual quando, por contrato, alguém renuncia à sucessão de pessoa viva ou disponha da própria sucessão, ou de terceiro, ainda não aberta. Refere o preceito a possibilidade da sucessão contratual poder ocorrer antes da sucessão se ter aberto ou depois desta. Todavia, nos termos do nº 2 do mesmo artigo, estes contratos sucessórios apenas são admitidos nos casos previstos na lei, sendo nulos todos os demais, sem prejuízo do disposto no nº 2 do artigo 946º. O legislador quis acautelar que o autor da sucessão pudesse conservar até ao fim da vida a liberdade de dispor dos seus bens por morte e, ao mesmo tempo, só após a sua morte e a consequente abertura de sucessão, o sucessível pode exercer a aceitação ou repúdio com total liberdade, com maior conhecimento (dada a estabilização da designação sucessória que define o objeto sucessório) e sem pruridos éticos face ao autor da sucessão²².

Admite-se a sucessão contratual nas convenções antenupciais, nos termos previstos nos artigos 1700º e ss., estando subjacente a ideia de *favor matrimonii*²³.

O artigo 1700º do Código Civil estabelece as disposições por morte consideradas lícitas, esclarecendo que a convenção antenupcial pode conter a instituição de herdeiro ou nomeação de legatário a favor de qualquer dos esposados, feita por terceiro [alínea a)]; a instituição de herdeiro ou nomeação de legatário feita pelo outro esposado (al. a)); a instituição de herdeiro ou nomeação de legatário em favor de terceiro, feita por qualquer dos esposados [alínea b)]; e, ainda, a renúncia recíproca à condição de herdeiro legítimo do outro cônjuge [alínea c)] – sendo que o nº 3 do mesmo artigo clarifica que esta renúncia recíproca apenas é admitida quando o regime de bens seja o da separação de bens, quer seja convencional ou imperativo²⁴. Estando perante contratos compreende-se que o legislador acautele a sua irrevogabilidade e

²² “A razão da proibição, em regra, dos contratos sucessórios entronca fundamentalmente em duas ordens de considerações. Por um lado, pretende-se que o autor da sucessão conserve até ao fim da sua vida a liberdade de disposição por morte dos seus bens. Por outro, quer-se que só após a abertura da sucessão o sucessível exerça a sua faculdade de aceitar ou repudiar, ou de dispor da mesma, quando aceite, tanto por motivos éticos de respeito pelo autor da sucessão como, porque no interesse do próprio sucessível, só então se estabiliza a designação sucessória, e se define o objecto sucessório, de modo a tornar possível ao sucessível decisões mais esclarecidas”. Rabindranath Capelo de SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. II, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 48.

²³ Rabindranath Capelo de SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit.

²⁴ Esta alínea c) que prevê a possibilidade de um *pacto renunciativo* surge com a alteração dada pela Lei nº 48/2018, de 14 de agosto, já referida supra.

determine (no nº 1 do artigo 1701º) que não se admite a revogação unilateral após aceitação, nem poderá o doador prejudicar o donatário por atos gratuitos de disposição, mas podem estas liberalidades, quando feitas por terceiro, ser revogadas a todo o tempo, desde que exista mútuo acordo dos contraentes. Havendo grave necessidade (própria ou dos familiares que tenha a cargo), pode o doador alienar os bens doados desde que tenha autorização escrita do donatário ou suprimento judicial (nº 2 do artigo 1701º) mas, neste caso, o donatário concorrerá à sucessão do doador como legatário do valor dos bens doados (nos termos previstos no nº 3 do mesmo artigo).

Não existe uma tradição, em Portugal, de fazer pactos sucessórios e, por isso, estes serão raros. Ao mesmo tempo, pode parecer vetusta a ideia de permitir estes contratos unicamente no casamento, como forma de privilegiar esta instituição.

Importará alertar os estudantes para o cariz tradicionalista do Direito das Sucessões português e fomentar uma reflexão e discussão sobre os possíveis caminhos de futuro. Fará sentido manter o cariz forçoso da sucessão legitimária²⁵, ou a sucessão legítima poderá ser considerada suficiente para manter o cariz familiar, permitindo, ao mesmo tempo, a liberdade de testar²⁶? Estas e outras questões devem ser lançadas, após o estudo aprofundado do nosso sistema e da sua génese. Só essa cabal compreensão permitirá o desprendimento imprescindível para a discussão.

Será ainda necessário conquistar o apreço por um raciocínio funcional e matemático na resolução de alguns exercícios práticos. É certo que a teoria

²⁵ “Num contexto em que se proclamam os princípios da igualdade de oportunidades e da liberdade de disposição, pode parecer discutível a previsão da sucessão legitimária comum. Por que razão uma pessoa está impedida de determinar, de forma relativamente incondicionada, o destino da generalidade dos bens que lhe pertencem? (...) Não seria suficiente, após a morte do de cujus, uma proteção imperativa da família que se reflectisse em obrigações de alimentos exigíveis à herança e em legados legais tendo como objecto a casa de morada de família e o respectivo recheio?” Jorge Duarte PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 3ª ed., Lisboa, AAFDL, 2019, p. 173. Ainda, a este propósito, cf. Cristina DIAS, “Pactos Sucessórios – a solução do legislador português pela Lei nº 48/2018, de 14 de agosto”, *ob. cit.*, p. 303; Helena MOTA, “Anotação ao art. 2156º”, in Cristina Dias (coord.), *Código Civil Anotado*, vol. V., Coimbra, Almedina, 2018, p. 216; Daniel MORAIS, *Direito Sucessório – Apontamentos Introdução e estática sucessória*, Lisboa, AAFDL, 2019, p. 73; Mário Júlio de Almeida COSTA, *A liberdade de testar e a quota legitimária no Direito português (em especial, o confronto do regime do Código de 1867 com a evolução subsequente)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 27-28.

²⁶ Sobre a liberdade de testar: “consiste en la posibilidad de disponer del propio patrimonio sin que otros –por ejemplo, el Estado imponiendo cuotas forzosas o impidiendo ciertas disposiciones como las que perpetúan la vinculación de la propiedad– se interpongan en esta actividad”. Teodora F. TORRES GARCIA e María Paz GARCIA RUBIO, *La libertad de testar – El principio de igualdad, la dignidade de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, p. 17.

será um pilar essencial e fundamental para que se consiga aplicar os conceitos e resolver os problemas. No entanto, é uma realidade que alguns alunos sentem dificuldade com a resolução de casos concretos atendendo à necessidade de conjugar os conhecimentos teóricos com o raciocínio matemático. Não raras vezes, os estudantes na área do Direito não se sentem próximos das ciências exatas como a matemática, nem especialmente aptos para cálculos. Só a ideia dos mesmos já se revela assustadora para muitos que, amiudadamente, já têm uma ideia pré-concebida do Direito das Sucessões como matéria árdua e exigente. A abordagem pedagógica, principalmente nas situações em que releva desconstruir ideias e preconceitos, terá de ser feita com alguma astúcia e desenvoltura para conquistar os interlocutores.

No mestrado e doutoramento a abordagem será, necessariamente, outra. Desde logo, estaremos perante destinatários que optaram por uma especialização nestas matérias. Ou seja, demonstram uma especial apetência para as mesmas. Como tal, devemos corresponder às expectativas de quem procura investir mais e conhecer mais sobre o Direito das Sucessões. Para tanto, a discussão de jurisprudência e a análise de direito comparado devem ser privilegiadas.

3. Competências adquiridas e nota conclusiva

Conforme já referido, o ensino destas matérias deve favorecer uma reflexão teórica e prática dos conteúdos programáticos. Por um lado, não podemos descurar a necessidade de circunscrição de certas temáticas cuja solução – por natureza – não será imediata e meramente empírica. A compreensão do fenómeno jurídico teórico será complemento essencial e premissa de uma aplicação prática de conteúdos. Não se deve negligenciar a discussão axiológica destes ramos do Direito e dos conceitos que lhe subjazem. Ao mesmo tempo, só incidir a análise das problemáticas nesse âmbito será insuficiente para responder aos problemas quotidianos que a prática profissional exigirá. Não interessará dotar os estudantes apenas de ferramentas de índole conceptual que não lhes permitam responder concretamente a situações com que se deparem na vida profissional. Este equilíbrio é fundamental e difícil de

concretizar²⁷. Não devemos querer (apenas) filósofos e pensadores do Direito das Sucessões, mas também não devemos potenciar (meros) operários do saber jurídico, respondendo com automatismos jurídicos não problematizados, numa linha de produção em modo “pronto a vestir” e incapazes de costurar “fatos à medida”. E será na busca desta coerência que residirá o maior desafio do ensino destas matérias.

Sem prejuízo, será essencial não só providenciar os conceitos teóricos inerentes ao conhecimento científico, mas também proporcionar conhecimentos que permitam uma aplicação prática destes conceitos. A condução da teoria à prática pelo contacto com diferentes recursos e instrumentos, bem como despertar o sentido crítico dos estudantes, será também uma mais-valia no estudo destas matérias. Ademais, e fundamentalmente nos 2º e 3º ciclos, devem ser facultados instrumentos metodológicos que auxiliem a investigação autónoma. Os estudantes devem conhecer não só as fontes do saber clássico como o Direito aplicado através da jurisprudência e pareceres de autoridades (como, por exemplo, o Instituto de Registos e Notariado) sobre casos concretos²⁸.

Os conteúdos programáticos das unidades curriculares que versem sobre o Direito das Sucessões devem ser definidos tendo em vista os objetivos de matéria lecionada e competências a adquirir pelos estudantes. A metodologia pedagógica deve ser adequada ao ciclo de estudos em causa, apresentando-se os fundamentos teóricos e a sua aplicabilidade perante casos reais ou hipotéticos que sejam demonstrativos da amplitude e alcance de que o conhecimento teórico se mostra essencial para a aplicação prática do Direito.

²⁷ Problematicando sobre este assunto: “Na verdade, não se ignora que os estudantes – e particularmente os estudantes de Direito – devem ser capazes de manejar utensílios e ferramentas de natureza praxiológica, que lhes permitam resolver problemas e casos práticos e, em geral, aplicar os conhecimentos teóricos à prática, sob pena de se tornarem juristas desligados da realidade. Mas, muito mais que isso, deve-se-lhes exigir igualmente (e dotá-los de) capacidade expositiva e retórica argumentativa lógica, bem assim como capacidade de apreciação crítica das soluções jurídico-normativas num mundo globalizado”. Joaquim Freitas ROCHA, “O processo de Bolonha e a academia. A Universidade editora de powerpoints e organizadora de eventos”, in AAVV, *Estudos em comemoração dos 20 anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 403.

²⁸ Naturalmente que a análise da *law in action* pressuporá o conhecimento da *law in the books*, o conhecimento teórico-doutrinal e o enquadramento legal será essencial. “Ao contrário do pressuposto básico do Realismo Jurídico Clássico, o direito não se constitui de forma alguma por meio de decisões. Para poder identificar as decisões jurídicas como tais, é preciso ter de antemão uma certa compreensão do direito” – Ino AUGSBERG, “Realidades jurídicas em que vivemos: novo realismo jurídico e a necessidade de uma epistemologia jurídica”, *Revista de Direito da Universidade Viçosa*, vol. 13, nº 1, 2020, p. 9, disponível em <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/11700/6400>

Para tanto, será importante diversificar os materiais de apoio disponibilizados e recomendados²⁹.

Além da bibliografia essencial e complementar recomendada para cada unidade curricular, podem ser disponibilizados documentos de texto de cariz didático-expositivo (como, por exemplo, diapositivos de apoio), acórdãos e sentenças, pareceres, relatórios, peças processuais, documentos de áudio e/ou vídeo relacionados com as temáticas em causa (tais como, entrevistas de rádio, *podcasts*, vídeos, filmes, programas de televisão, etc.), entre outros. Também, consoante o ciclo de estudos, pode incentivar-se grupos de discussão, moderados pelo docente, onde se incentiva a participação, interação e dinâmica de grupo, fomentando o espírito crítico e o debate de temas relacionados com as matérias lecionadas num ambiente construtivo e didático.

O estudo de casos relacionados com estes ramos do Direito afigura-se metodologicamente benéfico na aquisição de conhecimentos e competências, uma vez que desenvolve o espírito crítico dos estudantes. Ainda assim, conforme referido supra, a base teórica será sempre fundamental.

Em suma, as competências a adquirir devem incluir a compreensão pelas noções fundamentais do Direito das Sucessões, tais como: identificar as fontes, princípios constitucionais, infraconstitucionais e características destes ramos do Direito; caracterizar as diferentes relações sucessórias; conhecer a diferente legislação avulsa aplicável; saber qualificar as questões pessoais e patrimoniais que ocorrem no entorno da morte; compreender o fenómeno sucessório; ser capaz de usar a linguagem jurídica e as noções lecionadas na resolução de situações práticas em contexto de aula e/ou em trabalhos científicos elaborados.

Estes conhecimentos – sendo devidamente alcançados pelos estudantes – permitirão o desenvolvimento das técnicas necessárias na compreensão das particularidades das relações familiares; alcançar as vantagens inerentes

²⁹ Até para permitir que o estudante se interesse pela diversidade de materiais que abordam as temáticas e torne o estudo mais apelativo e mais claro. “O ensino, apelo para a reflexão, não deve obnubilar, gerar ansiedade discente perfunctória e convidativa ao desinteresse, o qual é um aliado preferencial da desistência, algo cada vez mais nefasto na sociedade de saberes que importa enfrentar e desenvolver como missão – eminentemente social – da Universidade. O ensino deve identificar os problemas, as ‘penumbras’, sugerir o modo de esclarecer e incitar à análise investigação próprias do discente”. Margarida PEREIRA, *Temas de Direito da Família e das Sucessões*, op. cit., p. 14.

à mediação familiar³⁰ aplicável a determinados conflitos jurídico-familiares e sucessórios; entender a atualidade e premência da multidisciplinaridade na proteção legal destas temáticas; e concluir por uma eventual necessidade de evolução do modelo sucessório português.

Neste texto abordámos somente alguns aspetos essenciais a este ramo do conhecimento, existindo várias outras temáticas no âmbito do Direito das Sucessões cuja referência e breve análise excederiam os limites estabelecidos para este texto. Ainda assim, julgamos ter sido relevante, em alguns momentos, concretizar as matérias e não tornar este texto dotado de considerações genéricas e não concretizáveis quanto às temáticas em causa. Todavia, pelas restrições supra referenciadas, não nos foi possível adensar nenhuma problemática, mas entendemos que um trabalho sobre o ensino do Direito das Sucessões, nos diferentes ciclos de estudos, deveria compreender não só considerações de carácter pedagógico, mas também científico, demonstrando a nossa investigação e interesse por estas áreas. E esse caminho levou, necessariamente, a alguns compromissos e cedências quer no âmbito pedagógico, quer científico.

³⁰ No caso dos conflitos familiares e sucessórios, a mediação será um meio privilegiado de resolução de litígios a considerar. O que a mediação familiar se propõe a atingir é uma solução consensual, trabalhada e alcançada por um esforço conjunto das partes em conflito. Quando as partes chegam – por si e pelo seu empenho – a uma solução é natural que se sintam mais vinculadas a ela. Uma vez que cabe à mediação (com o amparo do mediador) uma função pacificadora e descodificadora do âmago do conflito, será um meio apropriado a dirimir conflitos de grande carga emocional (como são também os conflitos sucessórios). Em consequência, será necessário também dotar os estudantes destas matérias de conhecimentos basilares sobre a mediação familiar e a sua importância na abordagem pacífica de conflitos, dando-lhes a conhecer a Lei nº 23/2019, de 19 de abril (Lei da Mediação) e o Despacho Normativo nº 13/2018, de 9 de novembro, que regulamenta a atividade do sistema de mediação familiar público (SMF).

CSDD (*CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE*) E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NA PROPOSTA DE DIRETIVA DE 23 DE FEVEREIRO DE 2022

Rui Pereira Dias*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.24>

1. A Proposta de Diretiva sobre o dever de diligência das empresas (CSDD)

1.1. Introdução

Em 23 de fevereiro de 2022, foi publicada a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937¹. Em particular, trata-se aí da sustentabilidade com respeito à *proteção de direitos humanos* e à *proteção do ambiente*. Se em relação aos direitos humanos era

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Investigador Integrado do IJ, Univ Coimbra (ruidias@fd.uc.pt). O presente texto corresponde a um excerto do que servirá de base a publicação inserida num volume, em preparação, do Instituto Jurídico da FDUC, na sequência de colóquio internacional que teve lugar em Coimbra em dezembro de 2021. Junto a este texto ficam registadas, breve mas sentidamente, as minhas saudades da Benedita.

¹ COM(2022) 71 final.

já corrente a expressão *Human Rights Due Diligence* (ou HRDD), vai agora sendo correntemente usada, neste domínio, a designação mais abrangente de *Corporate Sustainability Due Diligence* (ou CSDD) à qual, por facilidade de escrita, doravante faremos apelo.

Para uma primeira leitura da Proposta de Diretiva, iremos atentar, essencialmente, em três aspetos gerais: o seu *objeto* (artigo 1º), o seu *âmbito de aplicação* (artigo 2º) e os contornos do *dever de diligência* nela instituído, conforme primariamente definido no artigo 4º e depois desdobrado, essencialmente, nos artigos 5º a 11º, bem como as consequências do seu incumprimento.

1.2. Objeto

O *objeto* da Diretiva proposta é um conjunto de regras relativas a *obrigações* das empresas, bem como à *responsabilidade* pela sua violação. As obrigações inscrevem-se em matéria de *efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos e no ambiente*. Abrangem não apenas as *operações* da própria empresa em primeira linha visada pela Diretiva, mas ainda, num duplo alargamento, às operações das suas *filiais*² e ainda às operações da *cadeia de valor* realizadas por entidades com as quais a empresa tenha uma *relação empresarial estabelecida*.

Este último conceito, o de *relação empresarial estabelecida*, que parece ter inspiração francesa³, vem definido como “uma relação empresarial^[4],

² “Filial” vem definida como “uma pessoa coletiva através da qual é exercida a atividade de uma ‘empresa controlada’, na aceção do artigo 2º, nº 1, alínea f), da Diretiva 2004/109/CE do Parlamento Europeu e do Conselho” [artigo 3º, alínea d)]. Recolhendo neste outro texto normativo a definição de *empresa controlada*, ele é o que em seguida se transcreve: “uma empresa (i) Na qual uma pessoa singular ou coletiva dispõe da maioria dos direitos de voto; ou (ii) Relativamente à qual uma pessoa singular ou coletiva tem o direito de nomear ou destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração, gestão ou fiscalização, sendo ao mesmo tempo acionista, ou membro, da empresa em questão; ou (iii) Relativamente à qual uma pessoa singular ou coletiva é um acionista ou membro e controla por si só a maioria dos direitos de voto dos acionistas ou membros, respetivamente, por força de um acordo celebrado com outros acionistas ou membros da empresa em questão; ou (iv) Sobre a qual uma pessoa singular ou coletiva tem poder para exercer, ou exerce efetivamente, influência dominante ou controlo».

³ Lembrando a noção de *relation commerciale établie* do direito comercial francês, também recebida na lei sobre o *devoir de vigilance* de 2017, cf. Leonhard HÜBNER *et al.*, “Corporate Sustainability Due Diligence – Der EU-Richtlinienentwurf für eine Lieferkettenregulierung”, *NZG*, vol. 14, 2022, p. 648.

⁴ O conceito de “relação empresarial” é também definido na proposta, enquanto “relação com um contratante, subcontratante ou qualquer outra entidade jurídica (‘parceiro’): i) com quem a empresa celebrou um acordo comercial ou a quem concede financiamento, seguro ou resseguro, ou ii) que realiza operações comerciais relacionadas com os produtos ou serviços da empresa para ou por conta da empresa”.

direta ou indireta, que é, ou se prevê que seja duradoura, tendo em conta a sua intensidade ou duração, e que não represente uma parte pouco significativa ou meramente acessória da cadeia de valor” [artigo 3º, alínea f)]⁵.

1.3. Âmbito de aplicação

Quanto ao *âmbito de aplicação*, numa primeira análise, registre-se a divisão entre entidades *constituídas* (artigo 2º, nº 1) e *não constituídas* (artigo 2º, nº 2) *em conformidade com a legislação de um Estado-Membro*.

As empresas *constituídas em conformidade com lei de um Estado-Membro* ficarão sujeitas à Diretiva quando tenham, em média, mais de 500 trabalhadores e um volume de negócios mundial líquido superior a 150 milhões de Euros no último exercício financeiro para o qual foram elaboradas demonstrações financeiras anuais [artigo 2º, nº 1, alínea a)]. Se, porém, se atingirem apenas os limiares mais baixos de 250 trabalhadores e 40 milhões de Euros, mas pelo menos metade desse volume de negócios tiver sido gerado num conjunto de setores críticos para a sustentabilidade (incluindo fabrico e comércio grossista de têxteis, vestuário e calçado; agricultura, silvicultura e pescas; ou atividade mineira⁶), a Diretiva será também aplicável [artigo 2º, nº 1, alínea b)].

Ainda assim, estas últimas empresas não estarão sujeitas a regras tão exigentes como as primeiras: de acordo com o disposto no artigo 15º, respeitante ao *combate às alterações climáticas*, apenas as empresas que ultrapassam os limiares mais elevados [as da alínea a), portanto] ficam obrigadas à adoção de um *plano* “com vista a assegurar que o seu modelo de negócio e a sua estratégia sejam compatíveis com a transição para uma economia sustentável e com a limitação do aquecimento global a 1,5 °C, em conformidade com o Acordo de Paris” (artigo 15º, nº 1).

⁵ Por seu turno, “cadeia de valor” – excluindo particularidades que se aplicam apenas às *empresas financeiras* e que podem ser lidas no texto do artigo 3º, alínea g) – vem definida como “as atividades relacionadas com a produção de bens ou a prestação de serviços por uma empresa, incluindo o desenvolvimento do produto ou do serviço e a utilização e eliminação do produto, bem como as atividades conexas das relações empresariais estabelecidas a montante e a jusante da empresa”.

⁶ Para a listagem completa, cf. o artigo 2º, nº 1, alíneas b), i) a iii).

Por seu turno, às *empresas não constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro*, mas sim *de um país terceiro*, serão aplicáveis as regras da Diretiva quando elas tenham gerado, na União, um volume de negócios líquido superior a 150 milhões de Euros [artigo 2º, nº 2, alínea a)]. Serão outrossim visadas as empresas cujo volume de negócios seja apenas superior a 40 milhões, não atingindo aquele primeiro limiar dos 150 milhões, caso pelo menos metade do volume tenha sido gerado naqueles setores críticos acima elencados [artigo 2º, nº 2, alínea b)]. Mais uma vez, como no caso das empresas *européias*, apenas as que atinjam o primeiro limiar, mais elevado, ficam sujeitas a determinadas obrigações, como são as relativas ao combate às alterações climáticas há pouco descritas (artigo 15º, nº 1).

Numa primeira crítica, poderá duvidar-se da bondade dos tetos máximos *relativos* (*metade* do volume de negócios), potenciadoras de tratamento idêntico a empresas de dimensões muito distintas. Usando um bom exemplo fictício já dado pela doutrina⁷, pense-se em duas sociedades ativas no setor têxtil, ambas com mais de 250 trabalhadores e constituídas em Estados-membros: a primeira tem volume de negócios de 41 milhões, dos quais 21 milhões provêm daquele setor de atividade; a segunda, maior, tem 140 milhões de volume de negócios, dos quais 69 milhões no setor têxtil, 71 milhões noutros setores de atividade. Pois bem: a primeira empresa é abrangida pelos deveres de diligência da Diretiva, a segunda não, independentemente do facto de esta ter uma atividade em setor de grande impacto mais de três vezes superior à primeira. Talvez por isso se justificassem tetos máximos *absolutos* e não *relativos*⁸.

1.4. Dever de diligência: obrigações e responsabilidade

Estabelecido o *objeto* e o *âmbito de aplicação*, a proposta de Diretiva avança soluções normativas que podemos agrupar em duas, conforme também a bipartição do *objeto* que acima descrevemos, isto é: *obrigações* das empresas e *responsabilidade* das mesmas no caso do seu incumprimento.

⁷ Leonhard HÜBNER *et al.*, “Corporate Sustainability Due Diligence...”, *op. cit.*, p. 646.

⁸ Assim Leonhard HÜBNER *et al.*, “Corporate Sustainability Due Diligence...”, *op. cit.*, p. 646.

Do lado das *obrigações*, é no artigo 4º que se define o *dever de diligência das empresas*. O dever, incidindo sobre matéria de *direitos humanos* e de *ambiente*, desdobra-se em *seis subdeveres*, os quais, sendo embora mais detidamente regulados nos artigos seguintes (5º a 11º), são de imediato elencados e brevemente descritos no artigo 4º, nº 1.

São, portanto, os seguintes os seis *subdeveres* em que se desdobra o *dever de diligência das empresas em matéria de direitos humanos e de ambiente*:

- 1) integrar o dever de diligência nas suas políticas (artigo 5º);
- 2) identificar os efeitos negativos, potenciais ou reais (artigo 6º);
- 3) prevenir e atenuar os efeitos negativos potenciais (artigo 7º),
fazer cessar os efeitos negativos reais e minimizar a sua extensão (artigo 8º);
- 4) estabelecer e manter um procedimento de reclamação (artigo 9º);
- 5) avaliar a eficácia da sua política e das suas medidas em matéria de dever de diligência (artigo 10º); e
- 6) comunicar publicamente informações sobre o dever de diligência (artigo 11º).

Do lado agora da *responsabilidade*, avulta o artigo 22º, nos termos do qual devem as empresas ser responsabilizadas quando verificada uma *dupla condição*: primeiro, que tenha havido um incumprimento do dever de *prevenir (ou atenuar) efeitos negativos potenciais* (artigo 7º) ou de *fazer cessar efeitos negativos reais* (artigo 8º); e segundo, que esse incumprimento tenha “dado origem a um efeito negativo que deveria ter sido identificado, prevenido, atenuado, cessado ou minimizado através das medidas adequadas previstas nos artigos 7º e 8º, levando à ocorrência de danos” [artigo 22º, nº 1, alíneas *a)* e *b)*].

Do articulado proposto, chamamos ainda a atenção para os artigos 17º e 18º, onde encontramos a previsão de *autoridades de supervisão* (e os respetivos *poderes*), a serem designadas por cada um dos Estados-membros, para exercerem a competência de supervisionar o cumprimento das obrigações estabelecidas pelas disposições nacionais de transposição da futura Diretiva.

2. O DIP da CSDD na Proposta de Diretiva

No texto que hoje se encontra em cima da mesa, dado a conhecer pela Comissão Europeia em 23 de fevereiro de 2022, a Proposta de Diretiva sobre o *dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade* (relativa ao ambiente e aos direitos humanos)⁹ não deixa de tratar algumas das questões que documentos anteriores assinalaram.

Por brevidade, apenas identificamos aqui esses documentos mais relevantes, que são o “relatório que contém recomendações à Comissão sobre o dever de diligência das empresas e a responsabilidade empresarial”, emitido pela Comissão dos Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu, em fevereiro de 2021¹⁰; a Resolução do Parlamento Europeu, de 10 de março de 2021, que contém recomendações à Comissão sobre o dever de diligência das empresas e a responsabilidade empresarial¹¹; e ainda, fora do processo legislativo europeu propriamente dito, a recomendação à Comissão Europeia, com data de 08.10.2021 na sua versão final, do Groupe européen de droit international prive (GEDIP), dizendo respeito aos aspetos de direito internacional privado de um futuro ato legislativo europeu em matéria de CSDD¹².

Encontramos, então, um artigo 2º acerca do *âmbito de aplicação* do instrumento legislativo, bem como um artigo 22º, com um regime de responsabilidade civil que inclui, no seu nº 5, a afirmação da sua *aplicação imperativa*.

Começemos pelo *âmbito de aplicação*, agora definido no artigo 2º, apontando algumas das suas feições mais salientes.

Desde logo, é definida a aplicabilidade deste regime, em primeira linha, às “empresas” – conceito amplamente definido no artigo 3º, alínea a), ao longo de mais de três páginas da proposta – “constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro”. Aqui se recupera, nesta formulação, um dos elementos basilares da delimitação das sociedades (e outras pessoas coletivas)

⁹ COM(2022) 71 final.

¹⁰ 2020/2129(INL).

¹¹ Disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_PT.html

¹² GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (GEDIP/EGPIL), *Recommendation of the European Group for Private International Law (GEDIP/EGPIL) to the European Commission concerning the Private international law aspects of the future Instrument of the European Union on [Corporate Due Diligence and Corporate Accountability]*, 2021, disponível em <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2021/02/Recommandation-GEDIP-Recommendation-EGPIL-final-1.pdf> [09.05.2022].

que na Europa unida são beneficiárias da *liberdade de estabelecimento*, ao abrigo do artigo 54º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)¹³. Mas não basta, naturalmente, essa *constituição em conformidade com a lei de um Estado-membro*¹⁴, uma vez que a Diretiva visa aplicar-se a um universo de apenas cerca de 1% da totalidade dessas empresas¹⁵: será ainda necessário que, no último exercício para o qual tenham sido elaboradas as respetivas demonstrações financeiras anuais, a empresa tenha, em média, 500 ou mais trabalhadores, bem como “um volume de negócios mundial líquido” superior a 150 milhões de Euros [artigo 2º, nº 1, alínea a)].

A Diretiva aplicar-se-á ainda a empresas *européias* que não atinjam estes limiares, mas tenham atividade em “setores de impacto particularmente elevado”, ou “setores de grande impacto”, como lhes chama a Exposição de Motivos¹⁶. A sua definição, explica-nos a Comissão, foi “limitada aos setores com elevado risco de efeitos negativos e para os quais existem orientações da OCDE”¹⁷. Entre eles, estão os têxteis, a agricultura e a atividade mineira [em pormenor, vejam-se as subalíneas *i*) a *iii*) da alínea *b*) do nº 1 do artigo 2º]. Nesses casos, bastará que as empresas superem os 250 trabalhadores e um volume de negócios mundial líquido de 40 milhões de Euros, desde que pelo

¹³ Sobre o mesmo, v. Stefan KORTE, “Art. 54 AEUV”, in Christian Calliess e Matthias Ruffert (HRSG.), *EUV/AEUV - Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta - Kommentar*, 6. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2022, n.º 13-16.

¹⁴ Duvidando da bondade da utilização deste critério de *lex incorporationis*, Geert VON CALSTER, “The European Commission’s Corporate Sustainability Due Diligence proposal. Some thoughts on the conflict of laws”, *GAVC Law - Geert van Calster (blog)*, 25.03.2022, disponível em <https://gavclaw.com/2022/03/25/the-european-commissions-corporate-sustainability-due-diligence-proposal-some-thoughts-on-the-conflict-of-laws/> [18.05.2022], que veria com bons olhos uma conexão em termos semelhantes aos do artigo 63º BIA, porquanto mesmo as sociedades com *sede estatutária* extraeuropeia, mas *administração central* ou *estabelecimento principal* na União, se veriam abrangidas. Mais em geral, em defesa de uma adoção mais generalizada, mesmo em países de *Common Law*, do critério da sede real, que tem recuado nas últimas décadas mas serviria melhor os interesses da comunidade em geral, Horst EIDENMÜLLER, “Shell Shock: In Defence of the ‘Real Seat Theory’ in International Company Law”, *Oxford Business Law Blog*, 25.03.2022, disponível em <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/03/shell-shock-defence-real-seat-theory-international-company-law> [18.05.2022].

¹⁵ Di-lo expressamente a proposta de Diretiva: “as pequenas e médias e empresas (PME), que incluem microempresas e representam globalmente cerca de 99 % de todas as empresas da União, estão excluídas do dever de diligência” (p. 16). De acordo com as estimativas da UE, a Diretiva, nos termos atualmente propostos, abrangerá 13.000 empresas da UE e 4.000 empresas de países terceiros; decompondo em subgrupos, em função de se tratar de empresas que preenchem o critério primário [artigo 2º, nº 1, alínea *a*), e nº 2, alínea *a*)] ou de empresas que atuam em setores de grande impacto [artigo 2º, nº 1, alínea *b*), e nº 2, alínea *b*)], verifica-se estar uma larga maioria de empresas coberta por aquele primeiro critério: 9.400 empresas da UE e 2.600 empresas extraeuropeias, para 3.400 empresas da UE e 1.400 extraeuropeias nos setores de grande impacto. Cf. a proposta de Diretiva, p. 18, em texto e nn. 62-63.

¹⁶ Cf., na proposta de Diretiva, pp. 17, 19.

¹⁷ P. 24 da proposta de Diretiva.

menos metade desse volume tenham sido gerado num ou vários dos *setores de grande impacto* [artigo 2º, nº 1, alínea b)].

No entanto, o nº 2 do artigo 2º abre a aplicabilidade do regime *também* às “empresas constituídas em conformidade com a legislação de um país terceiro”. A sua sujeição resultará do preenchimento de um de dois critérios alternativos: a geração de um volume de negócios líquido *na União* – e não *mundial*, portanto – superior a 150 milhões de Euros; ou, na segunda alternativa, de um volume superior a 40 milhões de Euros, nos mesmos termos, mas do qual pelo menos metade corresponda a *setores de grande impacto* [artigo 2º, nº 2, alíneas a) e b)].

Ao lermos este nº 2 do artigo 2º, verificamos que o critério estabelecido para *empresas de países terceiros* – ou também, por nossa comodidade expositiva, empresas *extracuropeias* – não usa o *número de trabalhadores*, mas apenas o *volume de negócios*, e dentro deste, como referido, apenas o que é *gerado na UE*. É dessa forma que se identifica uma *ligação com a União*, necessária para a submissão de tais empresas a estas regras¹⁸. A Comissão sentiu a necessidade de explicar que isso não conduz, no seu entender, a uma alteração das “condições de concorrência no mercado interno da EU”, por isso que “os dois critérios de dimensão aplicáveis às empresas da UE, ainda que cumulativos, resultarão na cobertura das empresas relativamente mais pequenas em comparação com as empresas de países terceiros, devido ao facto de, no seu caso, dever ser tida em conta a totalidade do volume de negócios líquido da empresa a nível mundial”¹⁹. Vemos, com efeito, a Comissão Europeia a falar *para fora da União*, assegurando às empresas de países terceiros que não estarão a ser sujeitas a limiares mais (nem sequer tão) exigentes como os que estabelece para as empresas *europeias*. Não será alheia a este discurso a preocupação da União perante eventuais críticas de *exorbitância* do seu regime, o que pode ajudar a explicar também a afirmação, no considerando nº 24: “Em conformidade com o direito internacional, esses efeitos [que as suas atividades podem ter

¹⁸ V. proposta de Diretiva, p. 18.

¹⁹ *Idem*.

no mercado interno] justificam a aplicação do direito da União às empresas de países terceiros”²⁰.

Compulsando o artigo 30º, que dita as regras sobre a *transposição* da Diretiva europeia para os sistemas jurídicos nacionais, verificamos que as empresas dos *setores de grande impacto*, sejam elas *europeias* ou *extraeuropeias*, que não cheguem aos limiares mais altos das alíneas *a)* dos n.ºs 1 e 2 do artigo 2º – empresas caracterizáveis como sendo *de media capitalização em setores de grande impacto*, como lhes chama a Comissão²¹ – beneficiarão de um «período de adaptação mais longo»²², uma vez que, em lugar de *dois anos* para transposição, nesse caso o prazo será de *quatro anos* a contar da entrada em vigor da Diretiva [artigo 30º, nº 1, alíneas *a)* e *b)*].

Terminando a análise do artigo 2º, no que mais diretamente diz respeito ao *âmbito espacial de aplicação*, merece ainda referência o seu nº 4: “No que respeita às empresas a que se refere o nº 1, o Estado-Membro competente para reger as questões abrangidas pela presente diretiva é o Estado-Membro em que a empresa tem a sua sede social”.

O mesmo conceito de *sede social* (*estatutária*, como veremos) é ainda utilizado pela Proposta de Diretiva no que toca à fixação da *competência da autoridade de supervisão*, nos termos do artigo 17º, nº 2.

Perscrutando agora o artigo 22º, no regime de *responsabilidade civil* que aí se visa instituir, sublinha-se a presença de uma regra que visa atribuir a essa responsabilidade uma natureza *necessária e imediata*²³, através da afirmação da sua *aplicação imperativa* (nº 5 do artigo 22º).

²⁰ V. Leonhard HÜBNER *et al.*, “Corporate Sustainability Due Diligence...”, *op. cit.*, p. 646, identificando o estabelecimento de uma ligação ao território da União necessária do ponto de vista do direito internacional público (“völkerrechtlich notwendiger Inlandsbezug”).

²¹ Proposta de Diretiva, p. 24.

²² *Idem.*

²³ Usando a expressão (normas de aplicação necessária e imediata) cunhada por Rui Moura Ramos, sem prejuízo de, com frequência, se encontrar em documentos oficiais na versão portuguesa a de *normas de aplicação imediata*, que Marques dos Santos utilizava (v. António Marques dos SANTOS, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado — Esboço de uma Teoria Geral*, Coimbra, Almedina, 1991, *passim*) e encontrou receção europeia, p. ex., nos artigos 9º de Roma I ou 16º de Roma II. Sobre essas normas na doutrina portuguesa, sem pretensão de exaustividade, veja-se: Rui Manuel Moura RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição — Introdução a uma análise das suas relações*, 3ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, pp. 112 e ss.; Rui Manuel Moura RAMOS, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 635 e ss.; António Marques dos SANTOS, *Direito Internacional Privado — Introdução*, vol. I, Lisboa, AAFDL, 2001, pp. 247 e ss.; e sobretudo, do mesmo Autor, *ex professo*, António Marques dos SANTOS, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado*, *cit.*, pp. 815 e ss.; Maria Helena BRITO, *A representação nos*

3. Algumas primeiras observações

3.1. Introdução

Numa primeira reflexão sobre as opções da Comissão nesta Proposta de Diretiva, para lá do que se foi já apontando nas linhas que precedem, é de assinalar que, por referência às preocupações do GEDIP na sua recomendação de 2021, a proposta não trata nem as *questões jurisdicionais*, respeitantes aos tribunais internacionalmente competentes para litígios na matéria em causa, nem tão-pouco as *questões conflituais* em sentido mais estrito, isto é, de determinação da *lei aplicável* às obrigações emergentes do não cumprimento, pelas empresas, dos seus deveres de diligência.

O que não significa que os aspetos internacionalprivatísticos se quedem totalmente ausentes de tratamento: como acabámos de ver, o problema do *âmbito de aplicação* é objeto de regulação no artigo 2º, com implicações sobre a definição da lei aplicável; e a *aplicabilidade necessária e imediata* do regime de responsabilidade civil é acautelada pelo nº 5 do artigo 22º.

Atentemos agora em alguns resultados dessas opções legislativas, incluindo também referência àquilo que *não é tratado*, de modo a compormos um quadro mais completo do que afinal resulta, de uma perspetiva *internacionalprivatística*, dos termos atuais da Proposta de Diretiva.

3.2. Competência internacional

Do ponto de vista *jurisdicional*, a *empresa* sediada em Estado-membro da União Europeia continua, nos termos gerais, a ser demandável no foro do seu *domicílio* (artigo 4º, nº 1 B Ia). Para este efeito, é *domicílio* o lugar da sua *sede social* (estatutária), da sua *administração central* ou do seu *estabelecimento principal* (artigo 63º, nº 1 B Ia). Uma vez que a diligência das empresas-mãe é

contratos internacionais — Um contributo para o estudo do princípio da coerência do direito internacional privado, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 601 e ss., 701 ss.; Dário Moura VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 625 e ss.; Luís de Lima PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 1088 e ss.; Luís de Lima PINHEIRO, *Direito Internacional Privado — Volume I — Introdução e Direito de Conflitos — Parte Geral*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, pp. 268 e ss.; Nuno Andrade PISSARRA, “Normas de aplicação imediata e Direito Comunitário”, in Nuno Andrade PISSARRA e Susana Chabert (coords.), *Normas de aplicação imediata, ordem pública internacional e direito comunitário*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 17 e ss.; Rui Pereira DIAS, “Operações de crédito internacionais e COVID-19”, *Revista de Direito Comercial*, 2020, pp. 1183-1184.

agora instilada também com deveres relativos às suas filiais e às empresas dela independentes que integrem a respetiva cadeia de valor, pode dizer-se que, *mesmo sem mexer nas regras jurisdicionais*, já se opera um alargamento das hipóteses de responsabilização, *em tribunais europeus*, por factos ocorridos *fora da União Europeia*. Bastará, para o efeito, que a empresa-mãe europeia tenha incumprido as suas obrigações relativas à prevenção ou atenuação de efeitos negativos potenciais, ou de cessação de efeitos negativos reais, e que esse incumprimento tenha dado origem ao efeito negativo danoso, independentemente do lugar onde o dano se produziu ou a conduta ocorreu. É o que resulta, por outras palavras, das alíneas *a)* e *b)* do nº 1 do artigo 22º.

Que dizer das *filiais*, não sediadas na União Europeia, ou dos *parceiros empresariais diretos ou indiretos da cadeia de valor*? O nº 3 do mesmo artigo 22º prevê que a responsabilidade civil da empresa-mãe «não prejudica a responsabilidade civil» daquelas; mas não fixa um *regime substantivo* que lhes seja aplicável, nem muito menos *regras de jurisdição* especiais que lhes digam respeito. Ainda assim, poderá haver alguma coerência nessas duas ausências: justamente por o regime material de responsabilidade civil não ser em princípio o europeu – basta lembrar que, pelos critérios do artigo 4º, nº 1, de Roma II, será normalmente aplicável a lei do *lugar onde ocorreu o dano* –, poder-se-á ter sentido menor necessidade de acrescentar uma base jurisdicional que cobrisse a possibilidade de demanda contra essas filiais ou parceiros²⁴. Mais importante do que isso: em termos económicos, ou de *tutela patrimonial dos lesados-demandantes*, a aplicabilidade do regime às empresas-mãe *sediadas na UE* já cumpre o objetivo primordial de defesa dos interesses aqui protegidos, uma vez que ao nível da sociedade-mãe, no topo da escadaria societária, já se encontrará, em condições normais, património que responda pelos danos a ressarcir, a ponto de se tornar desnecessária ou supérflua a demanda de filiais ou parceiros, tipicamente de menor poderio económico, quando já é possível demandar, no seu domicílio europeu, aquela primeira.

A mesma afirmação não é válida, contudo, perante as sociedades-mãe *de países terceiros*, às quais, pela *ligação relevante à UE*, nos termos do nº 2 do

²⁴ Apontando para essa possibilidade, Marion Ho-Dac, “Brief Overview of the Directive Proposal on Corporate Due Diligence and PIL”, *EAPIL blog*, 27.04.2022, disponível em https://eapil.org/2022/04/27/brief-overview-of-the-directive-proposal-on-corporate-due-diligence-and-pil/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=new-contents-on-the-eapil-blog_2 [14.05.2022].

artigo 2º, seja aplicável o regime da CSDD. É que elas não estarão *domiciliadas* no território de um Estado-membro da UE, tornando-se portanto inaplicável o artigo 4º, nº 1 BIa. Isto significa que as possibilidades de demanda dessas empresas-mãe *extraeuropeias* ficarão *inteiramente dependentes dos regimes nacionais*, ditos *autónomos*, de competência internacional.

Em Portugal, de todo o modo, à semelhança do que sucede na lei ou prática jurisprudencial de vários outros Estados-membros²⁵, temos uma *âncora* jurisdicional no artigo 62º, alínea c), do Código de Processo Civil, que habilita os tribunais portugueses a julgarem “quando o direito invocado não possa tornar-se efetivo senão por meio de ação proposta em território português ou se verifique para o autor dificuldade apreciável na propositura da ação no estrangeiro, desde que entre o objeto do litígio e a ordem jurídica portuguesa haja um elemento ponderoso de conexão, pessoal ou real”²⁶.

Curioso é notar que a proposta de Diretiva até contém vários *Anhaltspunkte* para o que poderia ser uma *regra de jurisdição* relativa às empresas de países terceiros. Desde logo, estas são obrigadas a designar um *representante autorizado*, “estabelecido ou domiciliado num dos Estados-Membros em que opera” aquela empresa; e deverá ser assegurado, pelas leis nacionais de transposição, que “uma autoridade de supervisão do Estado-Membro *onde o representante autorizado está domiciliado ou estabelecido* e, se for diferente, uma autoridade de supervisão do Estado-Membro *onde a empresa gerou a maior parte do seu volume de negócios líquido na União* no exercício anterior ao último exercício financeiro, é informada de que a empresa é uma empresa na aceção do artigo 2º, nº 2” (artigos 16º, n.ºs 1 e 3, com sublinhados nossos na citação deste último). Ora, algum destes elementos de conexão que grifámos poderia, *sem exorbitância*, fundar a competência internacional dos tribunais do Estado-membro respetivo, por via de uma regra de conflitos de jurisdições europeia que não deixasse margem para dúvidas ou incertezas –

²⁵ De acordo com estudo realizado em 2007, também Áustria, Bélgica, Estónia, Países Baixos e Roménia o preveem legalmente, a que se juntam, com base agora na jurisprudência, França, Alemanha, Luxemburgo e Polónia: v. Arnaud Nuyts, *Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member States' Rules concerning the "Residual Jurisdiction" of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations)* – General Report, Brussels, 2007, pp. 64-66.

²⁶ Sobre este “*princípio da necessidade (forum necessitatis)*”, António Ferrer CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado – I*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 445-448.

nem, de preferência, para uma espécie de *authorised representative-shopping*, ou *net turnover in the Union-shopping*...

Depois, também a regra que define qual é a *autoridade de supervisão* competente para as empresas *extracuropeias* serviria propósitos semelhantes – favorecendo-se até, nessa medida, uma *correlação* entre a *competência de supervisão* e a *competência legislativa*. Com efeito, a *competência de supervisão* é atribuída pelo nº 3 do artigo 17º ao *país do lugar onde a empresa tem uma sucursal*; e caso não haja nenhuma, ou haja várias sucursais em Estados-membros diferentes, ao do *lugar onde a empresa gerou a maior parte do seu volume de negócios líquido na União*²⁷. Ora, aí está outra opção cogitável para o desenho de uma regra de conflitos de jurisdições apropriada à matéria em causa. Ainda que, também nesta hipótese, se devesse procurar ponderar a introdução de mecanismos de inibição de fenómenos de *branch-shopping*, em busca da transposição mais favorável, dentro do espaço da Europa unida²⁸.

3.3. Lei aplicável e imperatividade internacional

Como dissemos, não se preveem na proposta de Diretiva regras de conflitos especiais.

Daí resulta uma incoerência assinalável entre as duas matérias que compõem a substância da proposta: a proteção dos *direitos humanos* e do *ambiente*. É que esta última já mereceu, em sede de *responsabilidade extra-contratual*, uma regra de conflitos própria quanto à indemnização por *danos ambientais*: o artigo 7º de Roma II, que acima citámos, permite à pessoa que requer a reparação do dano uma *escolha* entre a *lei do lugar do dano*, resultante da conexão geral do artigo 4º, nº 1, de Roma II, e a *lei do lugar do facto danoso*, como alternativa. Quanto à *violação de direitos humanos*, porém, não se prevê, em especial, nada mais do que aquela primeira conexão geral (*lei do lugar do dano*). É esse o contexto em que surgiram já propostas doutrinárias

²⁷ Abre-se ainda a possibilidade de a empresa, “com base numa alteração de circunstâncias que tenha por efeito gerar a maior parte do seu volume de negócios na União num Estado-Membro diferente, apresentar um pedido devidamente fundamentado para alterar a autoridade de supervisão competente para reapreciar as questões abrangidas pela presente diretiva em relação a essa empresa” (artigo 17º, nº 3, 2º parágrafo).

²⁸ Mecanismos como p. ex. o que foi introduzido na revisão do Regulamento europeu da insolvência em 2015 (UE) 2015/848), no seu artigo 3º, nº 1, 2º parágrafo, 2ª frase.

que procuraram obter a aplicação da lei do lugar da conduta por via de uma *correção teleológica* da cláusula de exceção do artigo 4º, nº 3, de Roma II, permitindo assim a sua mobilização²⁹. Mas levanta muitas dúvidas a abertura a uma tal *escolha pelo lesado*, quando é sabido que apenas no artigo 7º (sobre danos ambientais) se levou o *favor laesi* a esse patamar³⁰, e que a configuração das regras de conflitos gerais sobre responsabilidade extracontratual resulta de decisões de política legislativa devidamente ponderadas e negociadas ao nível europeu. Se é certo que a cláusula de exceção visa favorecer a justiça do caso concreto, dotando o sistema conflitual de flexibilidade, é difícil aceitar que ela sirva de veículo para uma “eticamente motivada modificação de decisões legislativas”³¹. Em acréscimo, uma espécie de escolha unilateral *ex post*, a que tais mecanismos na prática conduzem, é suscetível de introduzir incertezas na atuação dos potenciais lesantes, a quem pode ser reconhecida uma legítima pretensão, à luz das funções da responsabilidade civil extracontratual, de *previsibilidade* quanto à lei que *rege a sua conduta*, de forma a com ela a *conformar*, e, acessoriamente, de forma a não se aumentarem os *custos de cumprimento* que nasceriam de uma necessidade de conformação com uma pluralidade de ordens jurídicas³². Mais facilmente sustentável, mas também menos realista, como concede quem o propõe³³, é a possibilidade de

²⁹ Defendendo o entendimento, com base no direito vigente, de a *cláusula de exceção* do nº 3 do artigo 4º de Roma II ser invocável, por vítimas de violações de direitos humanos, em favor da conexão com o lugar da conduta danosa, em alternativa à conexão geral do artigo 4º, nº 1: Marc-Philippe WELLER e Chris THOMALE, “Menschenrechtsklagen gegen deutsche Unternehmen”, *ZGR*, vol. 4, 2017, p. 524; Chris THOMALE e Leonhard HÜBNER, “Zivilgerichtliche Durchsetzung völkerrechtlicher Unternehmensverantwortung”, *JZ*, vol. 8, 2017, p. 391; Anne PETERS *et al.*, “Business and Human Rights: Making the Legally Binding Instrument Work in Public, Private and Criminal Law”, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper Series*, nº 6, 2020, pp. 26-27, disponível em <https://ssrn.com/abstract=3561482> [28.05.2022]; Laura NASSE, “Die neue Sorgfaltspflicht zur Menschenrechtsverantwortung für Großunternehmen in Frankreich”, *ZEuP*, 2019, p. 799. Mas crítico: Heinz-Peter MANSEL, “Internationales Privatrecht de lege lata wie de lege ferenda und Menschenrechtsverantwortlichkeit deutscher Unternehmen”, *ZGR*, vol. 2-3, 2018, pp. 455 e ss.

³⁰ Sobre as dificuldades que uma pretensão extensão dessa regra às matérias de direitos humanos levantaria, Heinz-Peter MANSEL, “Internationales Privatrecht de lege lata”, *op. cit.*, pp. 458-459; mas favorável a uma reforma de Roma II que caminhasse nesse sentido, Catherine KESSEDJIAN, “Implementing the UN Principles on Business and Human Rights in Private International Law: European Perspectives”, in Francisco Javier Zamora Cabot *et al.* (eds.), *Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights - Private International Law Perspectives*, Genève/Zürich, Schulthess Éditions Romandes, 2017, p. 149.

³¹ Heinz-Peter MANSEL, “Internationales Privatrecht de lege lata”, *op. cit.*, p. 458.

³² Argumentos (ainda em face da resolução do Parlamento Europeu de março de 2021, em comentário concordante com a não receção, nessa resolução, da proposta da Comissão de Assuntos Internos de introdução de um artigo 6a – v. *supra*, 2.2. e 2.3.) de Giesela RÜHL e Constantin KNAUER, “Zivilrechtlicher Menschenrechtsschutz? Das deutsche Lieferkettengesetz und die Hoffnung auf den europäischen Gesetzgeber”, *JZ*, vol. 3, 2022, pp. 113-114.

³³ Heinz-Peter MANSEL, “Internationales Privatrecht de lege lata”, *op. cit.*, p. 463.

as empresas-mãe inserirem, nos seus códigos de conduta, a *offerta ad incertas personas* no sentido de que aceitarão a escolha superveniente de lei aplicável, em detrimento da aplicação da lei do lugar do dano, à luz do admitido pelo artigo 14º de Roma II. Uma outra via, de eficácia mais limitada, é ainda a de convocar os deveres de diligência da lei que rege a empresa-mãe, que não seja em simultâneo a lei do lugar onde se produziu o dano, enquanto “*regras de segurança e de conduta*”, as quais, nos termos do artigo 17º de Roma II, poderão ser “*tidas em conta*”. Tratar-se-ia, curiosamente, de invocar *para a responsabilização* por violações de direitos humanos justamente uma das regras de direito internacional privado que mais receios causa como *base de desresponsabilização*, porquanto autoriza a invocação de regras locais de conduta que serão muitas vezes menos exigentes³⁴: daí, aliás, a recomendação do GEDIP, a que já nos referimos, no sentido de se dever explicitar que a norma não pode ser invocada, pelo demandado, para excluir ou limitar a sua responsabilidade³⁵. Em todo o caso, mesmo que vencidas as dúvidas sobre a qualificação do dever de diligência enquanto tal, não é uma verdadeira *aplicabilidade* que se logra, mas sim, ainda e sempre, a sua *tomada em consideração* no quadro da lei aplicável, que permanece a mesma³⁶.

Depois, é verdade que o artigo 22º, nº 5, previne alguns problemas que surgiriam na definição da lei aplicável, ao determinar a *aplicabilidade necessária e imediata* do regime de responsabilidade civil. Ainda assim, o nº 5 do artigo 22º é problemático em várias frentes. Primeiro, por aquilo que *não diz*: ou seja, por se cingir à *regra de responsabilidade civil* do regime da CSDD, e *não a todo esse regime* (dir-se-á que isso é evidente, até como que *por arrasto* e a partir dessa previsão do nº 5 do artigo 22º, mas não há apoio explícito para o dizer). Depois, porque a sua formulação pode introduzir dúvidas interpretativas: estabelece-se que é de “*aplicação imperativa*” (noutras

³⁴ No sentido de que a norma teria por isso que ser “neutralizada”, Catherine KESSEJIAN, “Implementing the UN Principles on Business and Human Rights in Private International Law: European Perspectives”, *op. cit.*, p. 150.

³⁵ V. *supra*, texto correspondente à n. 27.

³⁶ Assim Heinz-Peter MANSEL, “Internationales Privatrecht de lege lata”, *op. cit.*, p. 467; Laura NASSE, “Die neue Sorgfaltspflicht”, *op. cit.*, p. 799; mais generosa na eficácia defendida para esta invocação do artigo 17º de Roma II, que permitiria fundar a aplicabilidade dos deveres de diligência da lei francesa mesmo que porventura se negasse a sua qualificação como *loi de police*, Horatia Muir WATT, “Devoir de vigilance et droit international privé – Le symbole et le procédé de la loi du 27 mars 2017”, *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, nº 50, 2017, p. 52, n. 41.

línguas: “de nature impérative”, “is of overriding mandatory application», «zwingend Anwendung findet und Vorrang hat»³⁷) a responsabilidade “nos casos em que a lei aplicável aos pedidos para o efeito não é a lei de um Estado-Membro”. Então e quando é, efetivamente, a lei de um Estado-membro a aplicável: não teremos igualmente uma *aplicação imperativa*? Deveria ser evidente que sim, mas o acrescento final citado, do modo como está escrito, é suscetível de criar incertezas.

Já de positivo na evolução do articulado, em face do que constava da resolução do Parlamento Europeu, é ter caído a ligação necessária entre a *aplicabilidade necessária e imediata* e os preceitos do *Regulamento Roma II*: afigura-se prudente, na linha do que assinalava o GEDIP, que a *sobreponibilidade* deste regime (no sentido de ter carácter *overriding*) seja afirmada, não apenas *sobre as leis materiais* que resultem aplicáveis por via de *Roma II*³⁸, mas também sobre outros *preceitos materiais* – sobretudo *de direito dos contratos* ou *de direito societário* – que viessem a ser convocados por meio de outras regras de conflitos *fora de Roma II*³⁹.

3.4. Extraterritorialidade

Voltando ao tema do *âmbito de aplicação*, um ponto que merece ainda referência é o da amplamente defendida *extraterritorialidade* do regime europeu.

Como vimos, o artigo 2º, nº 2, define os termos em que empresas *de países terceiros*, mas com ligação à UE, ficarão sujeitos a deveres de diligência. Ora, o nº 4 do mesmo artigo 2º estabelece a competência do *Estado-membro em que a empresa tem a sua sede social* para *reger as questões abrangidas* pela Proposta de Diretiva. É essa mesma a formulação: o Estado-membro é “competente para reger as questões abrangidas pela presente diretiva” (noutras

³⁷ Quanto à versão alemã, o acrescento “und Vorrang hat”, i.e., algo como “e têm prioridade”, não parece ter paralelo nas outras versões citadas, incluindo a portuguesa.

³⁸ Era esse o caso na formulação do Parlamento Europeu: v. *supra*, 2.3.

³⁹ Sobre os problemas de qualificação do dever de diligência, em análise centrada na lei francesa de 2017, v. Laura NASSE, “Die neue Sorgfaltspflicht”, *op. cit.*, pp. 797-798; em geral, Heinz-Peter MANSEL, “Internationales Privatrecht de lege lata”, *op. cit.*, pp. 452 e ss.

versões linguísticas de “*competente para reger*”: “*compétent pour régler*”, “*competent to regulate*”, “*für die Regelung [zuständig]*”).

A regra do nº 4 do artigo 2º merece-nos duas notas, quanto *ao que diz e ao que não diz*, estando a segunda associada ao tema da *extraterritorialidade*.

Antes de mais, a primeira nota vai para *o que se diz*, isto é, para *o elemento de conexão escolhido*. “Sede social” há de ser aqui entendido, não enquanto *sede real e efetiva* da administração da sociedade (o sentido em que a palavra “sede” é primordialmente utilizado na lei societária portuguesa⁴⁰), mas sim como *sede estatutária*, ou seja, o lugar indicado nos estatutos⁴¹ – noutras versões linguísticas da Proposta de Diretiva, por exemplo, “*registered office*”, “*siège statutaire*”, “*Sitz*”. É esse o sentido a atribuir à expressão homónima no já citado artigo 54º do TFUE; aí, o que conhecemos como *sede real e efetiva*, na lei portuguesa, vem designado por *administração central*.

A segunda nota vai então para *o que não se diz*: se bem lemos, não é respondida a questão de saber, quanto às empresas *extraeuropeias* – que, portanto, se constituem em conformidade com lei de *país terceiro* mas exercem atividade na UE –, *qual é a lei nacional* (de entre as vinte e sete em que a Diretiva será transposta) *que se lhes aplicará*. O que poderá levantar toda uma série de problemas e incertezas⁴². Basta lembrar que, em matéria tão importante como a do *onus da prova* sobre se uma determinada ação era *razoavelmente adequada* a prevenir, atenuar, fazer cessar ou minimizar um *efeito negativo* sobre o ambiente ou os direitos humanos, *a questão é deixada*

⁴⁰ Cf. o artigo 3º, nº 1, 1ª frase, do CSC, sem prejuízo da introdução da relevância da *sede estatutária* na continuação desse dispositivo. V., com referências, Rui Pereira DIAS, “Artigo 3º — Lei pessoal”, in Jorhe M. Coutinho de Abreu (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, anot. nº 2.

⁴¹ Luís de Lima PINHEIRO, “O Direito aplicável às sociedades. Contributo para o Direito Internacional Privado das sociedades”, *ROA*, vol. 58, nº II, 1998, p. 679.

⁴² Colocando a mesma questão sob outro prisma, v. Vanessa KNAPP, “Proposed EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence: Why Non-EU Businesses Should Respond to the Consultation”, *Oxford Business Law Blog*, 18.05.2022, disponível em <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/05/proposed-eu-directive-corporate-sustainability-due-diligence-why-non> [19.05.2022]: “there is nothing in the directive that stops a member state going further and, for example, extending its laws to a non-EU company that does business in the member state, even if its supervisory authority is not the competent authority for that non-EU business. It would be better if the directive expressly prevented member states from doing this, so as to avoid companies being subject to more than one set of laws implementing the directive, which may well be different and possibly incompatible”.

ao critério do direito nacional, como expressamente prevê o considerando nº 58 da Proposta de Diretiva⁴³.

O critério da *sede social* não é prestável para uma aplicação às sociedades *extraeuropeias*: tratando-se de um critério quase sucedâneo do da lei da *constituição* da sociedade, que é justamente o utilizado para diferenciar empresas *europeias* e *extraeuropeias* (cf. de novo os n.ºs 1 e 2 do artigo 2º), ele não permitirá, em condições normais, *ancorar* a sociedade num espaço localizado na União. Ora, um dos critérios que acima avançamos como cogitáveis para uma regra de competência internacional (recordando: lugar onde a empresa *extraeuropeia* tem uma *sucursal*; lugar onde o seu *representante autorizado* está *domiciliado ou estabelecido*; lugar onde a empresa *gerou a maior parte do seu volume de negócios líquido na União*) poderia igualmente servir para a definição da lei nacional aplicável. Aliás, na ausência de motivos justificativos para uma diferenciação, a regra que viesse a ser adotada num desses pólos (o do *forum* e o do *ius*) teria vantagem em ser replicada *no outro*, favorecendo-se assim o *Gleichlauf jurisdicional e legislativo* (a que se juntaria ainda o *administrativo* ou de *public enforcement*, no caso de se adotar solução alinhada com a do artigo 17º).

Ainda a propósito de *extraterritorialidade*, são de registrar as chamadas de atenção para os efeitos que a Diretiva poderá ter, bem para lá do seu estrito âmbito de aplicação em primeira linha. Luca Enriques e Matteo Gatti, olhando para o fenómeno desde a perspectiva dos Estados Unidos da América, distinguem três categorias, igualmente generalizáveis para o resto do mundo⁴⁴. A primeira é a das empresas *extraeuropeias*, que preenchem diretamente os critérios do nº 2 do artigo 2º, e às quais, por conseguinte, a Proposta de Diretiva se aplica de forma direta.

Mas há ainda, de seguida, que pensar em todas as empresas de países terceiros que se incluam na cadeia de valor de uma empresa sujeita à CSDD: a diligência que passa a ser devida por esta última servirá de pressão para

⁴³ Altamente crítico dessa opção legislativa, Alessio M. PACCES, “Supply Chain Liability in the Corporate Sustainability Due Diligence Directive Proposal”, *Oxford Business Law Blog*, 20.04.2022, disponível em <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/supply-chain-liability-corporate-sustainability-due-diligence> [19.05.2022].

⁴⁴ Luca ENRIQUES Matteo GATTI, “The Extraterritorial Impact of the Proposed EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence: Why Corporate America Should Pay Attention”, *Oxford Business Law Blog*, 21.04.2022, disponível em <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/extraterritorial-impact-proposed-eu-directive-corporate> [18.05.2022].

que aquelas adotem *standards* semelhantes. Esta nota é, aliás, extensível ao contexto meramente *intraeuropeu*: também na Europa unida, só à primeira vista é que se poderá achar que a Diretiva se aplicará apenas ao 1%⁴⁵, uma vez que, como na Proposta se reconhece, as PME ficarão expostas “a alguns dos custos e encargos por via das relações empresariais com empresas abrangidas, uma vez que se espera que as grandes empresas repercutam as exigências nos seus fornecedores”, com a consequente necessidade de “medidas de apoio para ajudar as PME a criar capacidade operacional e financeira”⁴⁶.

Em terceiro lugar, há ainda que atentar nas grandes empresas-mãe *extraeuropeias*, cujas filiais *européias*, por si só, já preencham os requisitos mínimos de sujeição à CSDD: como apontam Enriques e Gatti, uma instrução *downstream* da empresa-mãe americana, que esteja sujeita, por exemplo, a *standards* menos exigentes de direito laboral, poderá “reverberar” na esfera da sua filial *européia*, que seja ela própria *empresa* sujeita à CSDD, causando um incumprimento por parte desta última. E não é só: as consequências desse incumprimento acabarão por ser *consolidadas*, nas respetivas demonstrações financeiras, também ao nível da empresa-mãe americana, pelo que os seus acionistas poderão vir a ter uma base jurídica para demandarem essa sociedade e os seus administradores pelas falhas ocorridas. Em face da mais viva *derivative litigation* estadunidense, por comparação com a europeia, Enriques e Gatti apontam o paradoxo que poderá estar em estes deveres de diligência *européus* terem “*even more bite*” na América do que na Europa⁴⁷.

4. Conclusão

A Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de fevereiro de 2022, relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade quanto aos direitos humanos e ao ambiente, coloca

⁴⁵ V. *supra*, n. 31 e texto correspondente.

⁴⁶ Proposta de Diretiva, p. 17. V., a propósito, Guido FERRARINI, “Corporate Sustainability Due Diligence and the Shifting Balance between Soft Law and Hard Law in the EU”, *Oxford Business Law Blog*, 22.04.2022, disponível em <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/corporate-sustainability-due-diligence-and-shifting-balance-between> [19.05.2022].

⁴⁷ Luca ENRIQUES e Matteo GATTI, “The Extraterritorial Impact”, *op. cit.*.

interessantes desafios num espaço de regulação que começa a ser tratado sob um prisma inovador, numa confluência de elementos provindos do direito societário, administrativo, regulatório, ambiental, internacional público, internacional privado e da responsabilidade civil, todos eles sob a batuta dirigente (dirigista, alguns dirão) do direito da União Europeia. Não é de estranhar que, consoante as diferentes “gramáticas jurídicas” em que são versados os cultores de cada um destes domínios, se apontem limitações ou imprecisões ao texto proposto, as quais, na visão mais pessimista, poderão nunca ser verdadeiramente superadas. Avançando tal como está, o texto padecerá de falhas do ponto de vista de uma visão *sistemática* do problema e da construção de soluções coerentes para o resolver, como as breves observações que precedem, apenas focadas em alguns aspetos internacionalprivatísticos, já permitem identificar. Há, todavia, que permanecer atento aos desenvolvimentos e melhorias que o decurso do processo legislativo poderá ainda trazer.

DE UMA NOÇÃO ESTATUTÁRIA A
UMA NOÇÃO FUNCIONAL DE
FAMÍLIA NO DIREITO PORTUGUÊS
SOB A ÉGIDE DA JURISPRUDÊNCIA
DO TEDH DESENVOLVIDA À LUZ DA
TEORIA MARGEM DE APRECIACÃO
DOS ESTADOS: BREVES REFLEXÕES
SOB PRETEXTO DE DIÁLOGO COM
BENEDITA MAC CRORIE

Rute Teixeira Pedro*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.25>

“Aqui desceram as âncoras escuras
Daqueles que vieram procurando
O rosto real de todas as figuras
E ousaram – aventura a mais incrível –
Viver a inteireza do possível.
1977”

Sophia de Mello Breyner Andresen, *Navegações*

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Investigadora do Centro de Investigação Jurídico-Económica da mesma Faculdade (rpedro@direito.up.pt).

1. Observações Introdutórias

Vamos dedicar as próximas páginas¹ a uma breve reflexão sobre a transformação da noção jurídica de família². As nossas observações têm em consideração o sentido evolutivo que encontramos presente no ordenamento jurídico português nas últimas décadas e que é semelhante, aliás, ao que se encontra noutros ordenamentos jurídicos: aquele que traduz uma tendência de promoção de uma perspetiva funcional em detrimento de uma perspetiva essencialmente estatutária no recorte das posições jurídicas a que se reconhece carácter familiar, o que se reflete ou deriva³ do regime que se extrai do ordenamento jurídico para as mesmas.

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Investigadora do Centro de Investigação Jurídico-Económica da mesma Faculdade (rpedro@direito.up.pt).

¹ Participo nesta obra com a vontade de homenagear Benedita Mac Crorie que tive a sorte de conhecer, enquanto ambas fomos estudantes de licenciatura, no primeiro curso de Direito (1995 – 2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Maior privilégio foi o de a vida ter permitido que nos tornássemos amigas, e de essa amizade se ter sedimentado também através da vida académica, já como docentes universitárias. À minguia de palavras que pudéssem, adequadamente, traduzir, aqui num punhado de linhas de texto, a grandeza humana, científica e académica da Amiga, Pessoa e Professora, remediarei essa falta com a recordação viva que de si trago comigo e que não deixarei de continuar a fazer presente em tantas curvas do quotidiano. É, aliás, esse propósito de continuar o fio de um diálogo que perdura(rá), que explica o assunto que tomei para objeto da presente reflexão, como exporei na nota seguinte.

² A escolha do tema de que me ocupo no presente trabalho foi ditada pela vontade de homenagear a investigação de Benedita Mac Crorie homenageada por esta obra. Quis que esta minha breve reflexão versasse uma temática que convocasse matérias jusconstitucionalistas que lhe eram caras e pretendi dialogar, em particular, com um dos seus escritos. Recordei a feliz circunstância que nos juntou no mesmo painel no *Congresso sobre a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e os Protocolos Adicionais*, organizado pela Ordem dos Advogados, pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e pela Universidade Católica Portuguesa, sob a coordenação científica do Paulo Pinto de Albuquerque e que ocorreu a 4 de junho de 2019 na Escola de Direito da Universidade Católica do Centro Regional do Porto. Nessa ocasião, Benedita Mac Crorie fez uma apresentação que esteve na base do seu trabalho publicado na obra coletiva correspondente. Falo da seguinte publicação: Benedita MAC CRORIE, “Margem de apreciação dos Estados”, in Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário à Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, vol. III, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020, pp. 2814-2857. Quis, pois, singelamente homenagear Benedita Mac Crorie, servindo-me desta ocasião para tornar presente a reflexão que então foi desenvolvida. E pareceu-me que fazê-lo a propósito de uma transformação jurídica que enfatiza a importância da substância sobre a forma e que é tributária da ideia de reconhecimento do desempenho efetivo de uma função, e em particular de uma função de cuidado e assistência, era também uma forma de homenagear quem viveu “procurando o rosto real de todas as figuras” e ousou “aventura a mais incrível – viver a inteireza do possível”. Sophia de Mello Breyner ANDRESEN, *Navegações*, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1983.

³ O carácter familiar de algumas relações (como a de casamento ou parentesco) é reconhecido secularmente, tendo a sua qualificação *qua tale* precedido mesmo a intervenção do Direito. Nestes casos, a natureza familiar encontrará eco nas soluções jurídicas particulares que para elas se preveem e que corroboram a aceitação da natureza familiar pelo Direito. Noutros casos, o reconhecimento do carácter familiar é resultado de um percurso evolutivo que se desenrola, no plano jurídico, mas também muitas vezes no plano fáctico, e traduz uma passagem de um desenvolvimento da relação num espaço livre de Direito (à margem dele) e/ou de desenvolvimento da relação num *espaço* jurídico regulado pelo Direito civil comum para o seu desenvolvimento num *espaço* jurídico que convoca a regulação por um ramo singular do Direito civil: o Direito da família. O carácter familiar é, então, derivado da *especialidade* do regime que se entende dever aplicar à relação. Como exemplo desta última espécie, podemos apresentar a união de facto que,

Essa é, também, a orientação que se encontra refletida na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), órgão jurisdicional que tem por missão garantir o cumprimento da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e de outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos que têm vindo a desenvolver-se sob a égide do Conselho da Europa.

Ora, evidencia-se um tal sentido evolutivo na proteção jurisdicional proporcionada ao longo das últimas décadas pelo TEDH, em especial, ao direito ao respeito pela vida familiar consagrado no artigo 8º da CEDH, sem olvidar também, a este propósito, a proteção reconhecida ao direito ao casamento e à constituição de família consagrados no artigo 12º da mesma Convenção.

A evolução a que se faz referência ocorreu ainda que, como se sabe, nesta matéria avulte o recurso à “ferramenta metodológica” da margem de apreciação, como “instrumento pragmático dirigido à delicada tarefa de ponderar a soberania dos Estados-partes com as suas obrigações decorrentes da Convenção” Europeia dos Direitos Humanos⁴.

É sobre esta evolução nos dois planos assinalados – que, sendo paralela, é também reciprocamente influenciadora⁵ – que nos debruçaremos, brevemente, nos parágrafos subsequentes.

apresentando um perfil de relação *meramente* fática foi convocando crescentemente a regulação jurídica, e nesse percurso de institucionalização deu-se uma crescente aplicação de soluções de natureza familiar. Sobre o processo de institucionalização, *vide* Francisco Pereira COELHO e Guilherme DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, vol. I, Introdução: Direito Matrimonial*, 5ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 2016, pp. 67 e ss.

⁴ Benedita MAC CRORIE, “Margem de apreciação dos Estados”, *op. cit.*, p. 2814.

⁵ Por um lado, o TEDH é um mecanismo jurisdicional de fiscalização dos compromissos assumidos por Portugal como Estado-partes da CEDH e membro do Conselho da Europa, tendo-se comprometido ao cumprimento dos compromissos daí advenientes. Por outro lado, porque o sentido da evolução patenteado nos ordenamentos jurídicos dos Estados-parte permite alcançar a identificação de denominadores comuns de entendimento relativamente às matérias sobre que incide a tutela proporcionada pela CEDH e que, assim, guiam a interpretação evolutiva e dinâmica da CEDH permitindo, como veremos, que se reduzam as áreas de invocação da doutrina da “margem de apreciação”.

2. A transformação da noção jurídica de família no Direito português: de uma perspectiva estatutária a uma perspectiva funcional

Um dos problemas mais candentes, nas últimas décadas, no que ao Direito da família respeita, é o da delimitação da noção jurídica de família. Trata-se de uma magna questão que ocupa a reflexão jurídica sobre a realidade familiar e que se repercute na definição dos limites da intervenção *especial* do Direito da família dentro do Direito civil. Pergunta-se, pois, o que é família para o Direito ou então o que deve merecer o tratamento como família pelo Direito. Uma outra forma de colocar a questão é a de saber onde e até onde é necessário o Direito da família⁶. Nestas interrogações vão contidas também as problemáticas da natureza e razão da existência de um segmento normativo *especial* que identificamos como Direito (civil) da Família e o sentido que deve imprimir-se a essa sua intervenção jurídica – sentido esse que as soluções desse ramo do Direito são, portanto, chamadas *especialmente* a servir⁷.

Movemo-nos num domínio que não apresenta apenas uma dimensão teórica. Na verdade, trata-se de uma reflexão cuja importância não se reconduz somente a um plano dogmático, já que as respostas a que se chegue têm importantes implicações no plano prático, desde logo nas soluções que se aplicam aos problemas que convoquem (ou possam convocar) a aplicação do Direito da família. Na verdade, o relevo da problemática deteta-se logo na operação de interpretação do Direito constituído, mas também exerce influência na conformação do Direito a constituir, na medida em que influenciará o sentido dos movimentos reformadores que visam alterar o Direito vigente⁸.

⁶ Inspirando-nos, aqui, na pergunta formulada por Guilherme DE OLIVEIRA, quando se interroga sobre o sentido da “existência de uma regulamentação específica chamada ‘direito da família’”, no seu trabalho “Precisamos assim tanto do direito da família? (“Do ‘panjurisme’ iluminista ao ‘fragmentarische Charakter’”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 10, n.º 19, 2013, pp. 5 e ss. e republicada em *Estudos de Direito da Família. 4 movimentos em Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 143 e ss.

⁷ As questões a que nos referimos concernem ao movimento de “segunda desinstitucionalização da família” ocorrida no plano jurídico nas últimas décadas e que se seguiu a uma “primeira desinstitucionalização” da família no plano dos factos. Sobre estes dois movimentos, veja-se o nosso Rute Teixeira PEDRO, *Convenções Matrimoniais. A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 105 e ss.

⁸ Várias reformas nas últimas décadas na área da família traduziram-se na admissibilidade do acesso a certas relações familiares por pessoas que anteriormente não o podiam fazer. Pensamos, por exemplo, na possibilidade de constituição de uma relação matrimonial ou de união de facto por casais formados por pessoas do mesmo sexo – possibilidades acolhidas, respetivamente, pela Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, e pela Lei n.º 7/2001, de 11 de maio –, na possibilidade

Definir o que se entende juridicamente por família releva, logo, para a delimitação do âmbito de aplicação de certas previsões normativas em que se faz apelo à noção de família ou à circunscrição de um conjunto de pessoas que possam considerar-se juridicamente familiares para o efeito jurídico contido na estatuição da norma em causa.

Em algumas normas, o legislador reporta-se à família ou ao círculo de familiares, dando indicações sobre o que deve entender-se para esse efeito ser familiar de outrem. É o caso do artigo 1040º, nº 3, do Código Civil (CC), no que concerne ao regime de redução da renda ou aluguer, no âmbito da locação. É também o que acontece no artigo 1487º do mesmo Código em que se delimita a noção de família para aplicação no âmbito de exercício dos direitos de uso e de habitação, o que é de especial relevância atendendo à delimitação funcional do âmbito de faculdades associadas à titularidade de tais direitos⁹. Fora do domínio juscivilista¹⁰, também ocorre fornecer a lei o conceito de família ou de agregado familiar que determina dever ser considerado para aplicação de um certo efeito jurídico previsto num determinado setor normativo. Veja-se, nesse sentido, no âmbito do Direito fiscal, o disposto no nº 4 do artigo 13º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares¹¹ e no âmbito do Direito da segurança social, o previsto no

de constituição de uma relação adotiva conjunta pelos mesmos casais – possibilidade admitida pela Lei nº 2/2016, de 29 de fevereiro –, por exemplo. Neste alargamento do círculo de pessoas que podem aceder a certas relações jurídicas (*previamente* reconhecidas como tal) pode ver-se também um alargamento (subjetivo) da noção de família. Não é a essa espécie de ampliação da noção da família que nos referimos neste trabalho, mas à que resulta alargamento da cobertura da proteção jusfamiliar a novas formas de família com base nos comportamentos efetivamente adotados.

⁹ Tal intervenção legislativa esclarecedora do sentido que deve atribuir-se à realidade familiar não impede o aparecimento de dúvidas sobre a aplicação em concreto de tais normas. Como exemplo do que dizemos, vejam-se as questões levantadas pela aplicação do artigo 1487º ao direito real de habitação sobre a casa de morada de família e ao direito de uso do recheio reconhecidos pelo artigo 5º, n.ºs 1 a 9, da Lei da união de facto (Lei nº 7/2001, de 11 de maio). Rute Teixeira PEDRO, “Breves reflexões sobre a proteção do unido de facto quanto à casa de morada de família propriedade do companheiro falecido”, in Guilherme de Oliveira (coord.), *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 320, nota 40.

¹⁰ Como sabemos existem vários ramos de Direito, ainda que a nossa atenção se centre sobretudo no Direito civil da família. Francisco Pereira COELHO e Guilherme DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família...*, op. cit., pp. 158 e ss.

¹¹ Aí se prevê que “o agregado familiar é constituído por: a) Os cônjuges não separados judicialmente de pessoas e bens, ou os unidos de facto, e os respetivos dependentes; b) Cada um dos cônjuges ou ex-cônjuges, respetivamente, nos casos de separação judicial de pessoas e bens ou de declaração de nulidade, anulação ou dissolução do casamento, e os dependentes a seu cargo; c) O pai ou a mãe solteiros e os dependentes a seu cargo; d) O adotante solteiro e os dependentes a seu cargo”. Prevê-se ainda, no nº 5 do mesmo artigo, que, verificados certos pressupostos são dependentes não só os filhos, adotados (no dia de hoje a constituição de um vínculo adotivo importa sempre a aquisição da posição jurídica de filho do adotante, mas não deve olvidar-se a adoção restrita que não conduzia a tal efeito), mas também enteados, menores sob tutela de qualquer dos sujeitos a quem incumbe a direção do agregado familiar, e afilhados civis, nas situações previstas nas alíneas a) a d) desse número.

artigo 4º do Decreto-Lei nº 70/2010, de 16 de junho, que aprovou o Regime para a determinação das condições de recursos das prestações sociais dos subsistemas de proteção familiar e de solidariedade e outros apoios sociais públicos¹².

Diversamente, no entanto, encontramos a referência à família no recorte do âmbito de aplicação de um conjunto de outras normas sem que haja o esclarecimento do que se entende por família para os efeitos nelas previstos. Veja-se, a título exemplificativo¹³, o disposto na alínea a) do nº 3 do artigo 188º do CC que se reporta à “família” do instituidor de uma fundação, no regime do reconhecimento das fundações, por um lado, ou o previsto no nº 2 do artigo 1653º do CC para efeitos da densificação da “*fama*” como elemento da posse de estado de casado no processo destinado a suprir a omissão ou perda de registo de casamento, por outro. Considere-se ainda a referência constante do artigo 4º do Despacho nº 13/2018, de 9 de novembro, a “(conflitos no âmbito das) relações familiares” na delimitação do âmbito da competência material dos serviços de mediação familiar¹⁴. Assim, a definição dos limites conceptuais da noção jurídica de família aparecerá, então, como uma operação prévia decisiva para efeitos da determinação da admissibilidade da aplicação da

¹² Na norma referida, determina-se que, sem prejuízo do disposto nos números seguintes, integram o agregado familiar do titular de um direito a uma prestação social “as seguintes pessoas que com ele vivam em economia comum”: “a) Cônjuge ou pessoa em união de facto há mais de dois anos; b) Parentes e afins maiores, em linha reta e em linha colateral, até ao 3º grau; c) Parentes e afins menores em linha reta e em linha colateral; d) Adotantes, tutores e pessoas a quem o requerente esteja confiado por decisão judicial ou administrativa de entidades ou serviços legalmente competentes para o efeito; e) Adotados e tutelados pelo requerente ou qualquer dos elementos do agregado familiar e crianças e jovens confiados por decisão judicial ou administrativa de entidades ou serviços legalmente competentes para o efeito ao requerente ou a qualquer dos elementos do agregado familiar”.

¹³ Para além dos exemplos dados em texto, podemos convocar a questão discutida no acórdão do STJ de 22 de maio de 2003 (in *www.dgsi.pt*) relativa à determinação da capacidade económica do agregado familiar e da capitação do rendimento para efeitos de intervenção do Fundo de garantia dos alimentos devidos a menores constituído pela Lei nº 75/98, de 19 novembro, e regulamentado pelo Decreto-Lei nº 164/99, de 13 maio. No acórdão em referência, para efeitos de saber se o rendimento *per capita* do agregado familiar se situava aquém do limiar a partir do qual o referido fundo não intervinha, discutiu-se a questão de saber se o rendimento auferido pelo unido de facto da mãe da criança (e que não era pai da mesma) poderia ser contabilizado para aquele efeito: a resposta a essa questão dependia de saber se o unido de facto da mãe era família do filho desta, apesar da falta de existência entre eles de uma das relações enunciadas no artigo 1576º e dada a vivência em comunhão de vida entre os mesmos. Para a resposta à questão colocada, hoje, deve atender-se ao regime introduzido pelo Decreto-Lei nº 70/2010, de 16 de junho, que aprovou o Regime para a Determinação das Condições de Recursos das Prestações Sociais dos Subsistemas de Proteção Familiar e de Solidariedade e outros Apoios Sociais Públicos.

¹⁴ Este despacho normativo revogou o Despacho 18778/2007, de 22 de agosto que criou o sistema de mediação familiar, mantendo a redação do artigo 4º que já suscitava dúvidas, nomeadamente no que respeita à inclusão dos litígios emergentes da união de facto no âmbito material referido. Sobre a mediação familiar, veja-se Rossana Martingo CRUZ, *A Mediação Familiar como Meio Complementar de Justiça – Algumas Questões*, Coimbra, Almedina, 2018, em especial sobre a inclusão da união de facto no âmbito material de aplicação da mediação familiar, pp. 101 e ss.

mediação familiar a um determinado litígio¹⁵. Ora, portanto, em casos dessa espécie, na falta de indicação expressa de um sentido *especial* que deva ser dado à noção de família para o âmbito de aplicação de uma dada norma, haverá que buscar a noção jurídica de família que se conclua dever juridicamente valer para aplicação do efeito contido na estatuição normativa em análise.

Como sabemos, a Constituição da República Portuguesa (CRP), consagrando embora proteção à Família¹⁶, desde logo no artigo 36º e no artigo 67º, não oferece uma noção jurídica de família. Na tarefa de interpretação do Direito constituído, enquanto atividade “que se destina a fixar o sentido e o alcance com que o texto deve valer”¹⁷, deverá, então, o intérprete procurar o sentido que deve ser dado ao termo “família” (ou “agregado familiar”) em cada caso, através de uma operação interpretativa em que se recorra aos devidos instrumentos da hermenêutica jurídica. O *iter* a trilhar para determinar o âmbito da previsão da norma assentará na definição da teleologia da mesma, na sua leitura integrada no corpo normativo a que pertence e na consideração da linha de evolução histórico-legislativa em que a norma na sua redação presente se insere. Neste esforço interpretativo assumirá particular relevância, o elemento sistemático da interpretação e, em especial, os “fatores interpretativos”¹⁸ que o legislador, *ex vi* do nº 1 do artigo 9º do CC, manda considerar na tarefa de reconstituir o pensamento legislativo a partir dos textos legais: “a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada”¹⁹.

¹⁵ Note-se que a enunciação constante das várias alíneas do artigo 4º do Despacho será meramente exemplificativa, já que essa natureza costuma ser associada aos elencos que são introduzidos pelo advérbio “nomeadamente”, interpretado no sentido de que apontará para um elenco ilustrativo que não esgota as hipóteses subsumíveis à realidade que exemplificará.

¹⁶ Sem prejuízo da subsistente tutela da *dimensão institucional* da família enquanto “elemento fundamental da sociedade” (artigo 67º da CRP), a Constituição da República Portuguesa de 1976 acentuou a importância reconhecida à dimensão *individual-subjetiva* da família, e, portanto, aos direitos de que são titulares as pessoas que integram o agrupamento familiar. Foi, portanto, acolhida uma “conceção personalista da família e do casamento” como decorrência, aliás, da proclamação dos princípios basilares da dignidade da pessoa humana no artigo 1º e do “respeito” e “garantia da efetivação dos direitos e liberdade fundamentais”, previstos no artigo 2º. Essa foi, aliás, uma mudança operada pela Constituição de 1976. Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I. Introdução Geral. Preâmbulo. Artigos 1º a 79º*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, anotação ao artigo 36º, p. 807.

¹⁷ João Baptista MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 176.

¹⁸ João BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, *op. cit.*, pp. 190 e ss.

¹⁹ Como ensina João Baptista Machado, “uma lei só tem sentido quando integrada num ordenamento vivo e, muito em especial, enquanto harmonicamente integrada na ‘unidade do sistema jurídico’”. João Baptista MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, *op. cit.*, p. 191. Deve, no entanto, sublinhar-se que o direito não

Avulta também a este propósito o princípio da interpretação conforme à Constituição, o que importará que o intérprete rejeite um resultado interpretativo que seja desconforme à Constituição, mas também que identifique, de entre os sentidos que possam ser atribuídos ao preceito normativo interpretado, aquele sentido que seja mais conforme aos valores fundamentais do ordenamento jurídico incorporados na Constituição Portuguesa²⁰.

O relevo do “princípio da interpretação conforme à Constituição” foi, aliás, decisivo no sentido de conduzir a que certas soluções particulares de tutela da família fossem aplicadas para além do perímetro que lhes havia sido precipuamente definido pelo legislador. E, nessa extensão – primeiramente por força do labor dos aplicadores do Direito, nomeadamente através de decisões judiciais e depois traduzida em letra de lei, na sequência de reformas legislativas –, deu-se um alargamento da intervenção especificamente *jusfamiliar* a uma nova relação, cujo carácter familiar, inicialmente se discutiu, mas mais tarde, também por efeito da intensificação da proteção jurídica que lhe foi *especialmente* reconhecida, veio a aceitar-se²¹. Pode destacar-se para esse efeito, relativamente à união de facto, a proteção da casa de morada de família em caso de rutura da relação, que viria a ser consagrada na Lei nº 135/99, de 28 de agosto, e que depois transitou para a Lei nº 7/2001, de 11 de maio, mas cuja aplicação (*necessária* em certos casos para evitar um juízo de inconstitucionalidade) havia já sido avançada, entre nós, em decisões anteriores do

pode assumir uma posição meramente seguidista da realidade e os juristas não podem ser “seguidores dóceis dos factos”, com ensina Rita Lobo XAVIER, “Da crise à desregulamentação da família”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 839.

²⁰ Sobre a interpretação conforme à Constituição, Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo II, Constituição e Inconstitucionalidade*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1991, pp. 263 e ss.; e Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, reimp. da 7ª ed, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 1226 e ss.

²¹ Sobre a qualificação da união de facto como relação familiar, veja-se Rossana Martingo CRUZ, *União de facto vs Casamento. Questões pessoais e patrimoniais*, Geslegal, 2019, pp. 17 e ss.

Tribunal Constitucional, nomeadamente pelo acórdão nº 359/91, de 9 de julho²², e pelo acórdão nº 1221/96, de 4 de dezembro²³.

Para destacar a força conformadora do texto constitucional de soluções protecionistas no âmbito *familiar*, podemos também lembrar que o reconhecimento, nos termos do nº 3 do artigo 496º do direito ao ressarcimento dos danos não patrimoniais sofridos pelo unido de facto sobrevivente, em caso de morte imputável terceiro²⁴, foi introduzido pela Lei nº 23/2010, de 30 de agosto, depois de a *necessidade* de uma tal solução, em certos casos, vir sendo acolhida em várias decisões judiciais com base, precisamente, em ditames constitucionais. Considere-se, em particular, o acórdão do Tribunal Constitucional nº 275/2002, de 19 de junho²⁵, em que o referido Tribunal julgou inconstitucional, precisamente por violação do nº 1 do artigo 36º da CRP – “Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade” – em conjugação com o princípio da proporcionalidade, a norma do nº 2 do artigo 496º do Código Civil, “na parte em que, em caso de morte da vítima de um crime doloso, exclui

²² Neste acórdão (acessível in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910359.html>), declarou-se a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do Assento de 23 de Abril de 1987 proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ) relativamente à interpretação que deveria ser dada aos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110º do Código Civil, na versão então vigente e que respeitava ao destino da posição contratual de arrendatário da casa de morada do casal em caso de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens. O assento do STJ ditava que essas normas não seriam aplicáveis à rutura das uniões de facto, mesmo que delas houvesse filhos menores. O Tribunal Constitucional (TC) considerou que uma tal interpretação importava uma violação do princípio constitucional da não discriminação dos filhos. Assim, o TC afirmou que “o ‘interesse dos filhos’ na atribuição do direito ao arrendamento [quando] erigido em critério relevante de atribuição daquele direito, haver de ser respeitado tanto no caso dos filhos nascidos do casamento como no caso dos filhos nascidos de uniões de facto”. A decisão assentou, pois, em considerações relativas ao tratamento a dar aos filhos que são indiscutivelmente familiares, como parentes de 1º grau na linha reta, de seus pais, mas esta decisão acabou tendo impacto, de imediato, na proteção jurídica especificamente familiar aplicada no âmbito da união de facto. Acresce que, nas leis referidas em texto que vieram a acolher soluções idênticas para a hipótese de extinção da união de facto, se desprende a aplicação de tal regime da circunstância de existirem filhos. Assim sendo, já não se podia encontrar o fundamento da proteção na relação de parentesco, mas antes diretamente na relação de união de facto.

²³ Através deste acórdão (acessível in <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19961221.html>), o TC julgou inconstitucional, por violação do disposto no nº 4 do artigo 36º da CRP, “a norma do nº 1 do artigo 1793º do Código Civil na interpretação segundo a qual o regime nela previsto não é aplicável às situações de cessação de união de facto, se constituída esta *more uxorio*, havendo filhos menores nascidos dessa união”.

²⁴ Sabemos que a admissibilidade da compensação dos danos não patrimoniais não é *per se* um efeito tipicamente familiar. Trata-se antes da manifestação do funcionamento da responsabilidade civil, instituto obrigacional. No entanto, esse efeito de compensação de danos não patrimoniais, em caso de morte do lesado (direto) só é reconhecido pela nossa lei em benefício de familiares do falecido (cônjuge não separado de pessoas e bens, filhos e outros descendentes, pais e outros ascendentes, irmãos ou sobrinhos que os representem e, mais recentemente, unido de facto sobrevivente). É, nessa medida, uma norma tuteladora da família e que se sustenta em homenagem à vivência familiar (de proximidade pessoal existencial) e ao desempenho de funções de apoio e cuidado emocional e económico).

²⁵ O acórdão está acessível in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020275.html>.

a atribuição de um direito de ‘indenização por danos não patrimoniais’ pessoalmente sofridos pela pessoa que convivia com a vítima em situação de união de facto, estável e duradoura, em condições análogas às dos cônjuges”²⁶. Neste preciso acórdão²⁷, o Tribunal Constitucional afirmava que “já se não encontra[va] justificação atendível para a desprotecção da *família* não fundada no casamento”²⁸, desprotecção essa que resultaria da não compensação dos danos não patrimoniais sofridos pelo membro sobrevivente de uma “união estável e duradoura”, que convivesse com o falecido em condições análogas às dos cônjuges. Segundo o Tribunal, no mesmo sentido, depunha, aliás, o regime de protecção da união de facto que havia sido introduzido pela Lei nº 7/2001, de 11 de maio, e que as alterações legislativas entretanto introduzidas robusteceram, nomeadamente no que respeita aos efeitos civilísticos respeita²⁹.

²⁶ Note-se que diferente é a questão de saber se pode haver compensação dos danos não patrimoniais pelo unido de facto de quem sofreu uma lesão corporal de que não proveio a morte do lesado direto. Já nos pronunciamos sobre a questão em Rute Teixeira PEDRO, “Os danos não patrimoniais (ditos) indiretos – uma reflexão *ratione personae* sobre a sua ressarcibilidade”, in Mafalda Miranda Barbosa e Francisco Muniz (eds.), *Responsabilidade Civil: Cinquenta Anos em Portugal, Quinze Anos no Brasil*, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, pp. 239 e ss. O TC, a esse propósito, no acórdão nº 624/2019, de 23 de outubro de 2019 (acessível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190624.html?impressao=1>), na linha do que pensamos, decidiu “não julgar inconstitucional a norma contida no artigo 496º do Código Civil, interpretado no sentido de que o unido de facto que convivia com a vítima, em situação estável e duradoura, em condições análogas às dos cônjuges, não tem direito a indemnização por danos não patrimoniais, em caso de lesão corporal grave do outro membro da união de facto”.

²⁷ Onde se afirmava: “Sob a perspectiva do *fundamento para o reconhecimento da compensação* – que reside, obviamente, na verificação da dor e do sofrimento por causa do falecimento da vítima, e na justeza de uma compensação por tais danos –, não se vê como possa relevar a existência de um vínculo matrimonial, em lugar apenas de uma convivência em união estável e duradoura com outra pessoa, em condições análogas às dos cônjuges, para *excluir completamente* a atendibilidade dos padecimentos sofridos por esta. Estes não são, na verdade, nem qualitativa nem quantitativamente menos merecedores da tutela do direito por não existir um vínculo matrimonial. Não se divisando, pois, fundamento razoável na exclusão da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais sofridos por quem vivia em união de facto com a vítima, chegar-se-ia, por esta via, a uma conclusão de inconstitucionalidade, por violação do *princípio da igualdade*, consagrado no artigo 13º da Constituição”.

²⁸ O itálico é nosso. O entendimento de que a CRP, nos termos do nº 1 do seu artigo 36º, oferecia protecção constitucional à família nascida de uma união de facto, em que os conviventes vivem numa comunhão análoga às dos cônjuges, já era, aliás, acolhido, com anterioridade pelo Tribunal Constitucional. Nesse sentido, o acórdão referido em texto, citando o acórdão do TC nº 690/98, sublinhava que a distinção no artigo 36º, nº 1, da CRP entre família e casamento parecia “espelhar um entendimento e reconhecimento da família como uma realidade mais ampla do que aquela que resulta do casamento, que pode ser denominada de família conjugal”.

²⁹ Pensamos, aqui, particularmente na protecção introduzida pela Lei nº 23/2010, de 30 de agosto, para a casa de morada de família em caso de extinção da união de facto por morte de um dos seus membros, quando o imóvel em que se situava a casa de morada de família era propriedade ou compropriedade do falecido e sobrevivente. O unido de facto passou a ser chamado, imperativamente, à sucessão do falecido como legatário de um conjunto de direitos, o que se traduziu num importante reforço do “estatuto privado” dos unidos de facto, empregando a terminologia usada por Rita Lobo XAVIER, “O ‘estatuto privado’ dos membros da união de facto”, *Scientia Iuridica*, tomo LXIV, nº 338, maio/agosto 2015, pp. 283 e ss. Sobre a referida protecção, veja-se Rute Teixeira PEDRO, “Breves reflexões...”, *op. cit.*, pp. 307 e ss.

A consideração da união de facto como relação jurídico familiar também para efeitos juscivilísticos é uma das razões que pode ser carreada para a afirmação da exiguidade do perímetro jurídico da realidade familiar se ele se mensurasse apenas pela medida que se retira da previsão normativa do artigo 1576º do CC³⁰. Neste preceito que data da versão originária do Código e se mantém, desde então, inalterado, tendo sobrevivido incólume à reforma de 1977, se ancorou, tradicionalmente, a noção jurídico-civilista de família. No entanto, no presente, não parece mais retratar fielmente o que é hoje, para o Direito e em particular para o Direito civil, a família. À luz da norma referida, cuja redação suscita críticas, as relações familiares seriam apenas a relação matrimonial, a relação de parentesco, a relação de afinidade e a relação adotiva. Trata-se de uma enumeração que deixa de fora um conjunto de outras relações – também elas juridicamente reconhecidas e legalmente conformadas – que corporizam uma materialidade idêntica ou aproximada das que ficam ali enunciadas e que, em alguns casos, produzem já efeitos jurídicos mais numerosos e existencialmente mais relevantes do que algumas daquelas relações ali enunciadas³¹.

A consideração da união de facto como relação jurídico-familiar, para além de provar a exiguidade da previsão do artigo 1576º do CC, é testemunha de um alargamento funcional do perímetro jurídico da realidade familiar nas últimas décadas. Trata-se, precisamente, de um exemplo paradigmático da tendência de atribuição de efeitos jurídicos tradicionalmente familiares (no plano civilista, destaque-se a proteção da casa de morada de família e os efeitos sucessórios) a pessoas que vivam realidades materiais que apresentam, facticamente, certas características de comunhão de vida e proximidade existencial

³⁰ Carlos Pamplona Corte-Real rejeita a vigência de um princípio de tipicidade das situações jurídicas familiares que se extraísse do artigo 1576º do CC. Como ensina, “a família cria-se e recria-se em tantas situações, pelo que parece perfeitamente inconsequível amarrar as suas manifestações coexistenciais a um leque pré-determinado de casos”. O Autor considera que o intérprete deve atender a critérios relativos à “perdurabilidade (virtual definitividade), inerentes ou presumidos laços afetivos mais ou menos expressivos” para “tomar uma situação inserível no Direito da Família”. Carlos Pamplona CORTE-REAL, “Relance crítico sobre o direito da família português”, in Guilherme de Oliveira (coord.), *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, op. cit., pp. 109 e 110.

³¹ Pensamos, desde logo, na afinidade e nos poucos efeitos a ela legalmente associados. Veja-se, por oposição, a proteção hoje já conferida ao unido de facto e que inclui o seu tratamento como sucessível legal imperativo. Para um desenvolvimento da proteção sucessória do unido de facto, veja-se Rute Teixeira PEDRO, “Da proteção sucessória do unido de facto”, in AAVV, *Casamento & União de Facto – Questões da Jurisdição Civil*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2020, disponível em https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=Vlcj_6pom9Y%3d&portalid=30, pp. 133 e ss.; e Jorge Duarte PINHEIRO, *Direito das Sucessões Contemporâneo*, Gestlegal, 2022, pp. 88-92 e 203-209.

e pessoal, e não apenas da sua atribuição *automática* a quem simplesmente acedeu a um determinado estatuto pré-constituído – pela celebração de um contrato de casamento, pelo estabelecimento jurídico da paternidade ou maternidade por uma das formas legalmente previstas³² e com base em algum dos fundamentos apriorísticos (seja a intervenção no ato natural de procriação, seja a prestação do consentimento para a prática de uma técnica de procriação medicamente assistida³³), pela preexistência de um vínculo de parentesco com a pessoa com quem entretanto se casou (ou reciprocamente pela celebração por outrem de um contrato de casamento com a pessoa de quem se já é parente) ou pelo decretamento judicial de uma relação adotiva.

No mesmo sentido, depõem outras soluções que saem do âmbito da vida (para)conjugal. Pensamos na possibilidade de exercício das responsabilidades parentais por quem não é pai nem mãe da criança, nem com a mesma tem, em princípio, uma relação jusfamiliar prévia, mas que com ela viverá em comunhão de vida. Referimo-nos às soluções introduzidas nos artigos 1903º, 1904º e 1904º-A do CC pela Lei nº 137/2015, de 7 de setembro, para os casos de impedimento de um ou de ambos os pais, ou de morte de um deles, por um lado, e ainda para a hipótese de a filiação se encontrar estabelecida apenas quanto a um dos pais, por outro lado. Na verdade, de acordo com os artigos 1903º e 1904º do CC, quando um dos pais não puder exercer as responsabilidades parentais por ausência, incapacidade, morte, ou outro impedimento decretado pelo tribunal, e o outro progenitor também estiver impedido, o exercício daquelas responsabilidades pode ser atribuído, por

³² Nos critérios de estabelecimento da filiação no direito português vemos uma evolução de um modelo assente na legitimação, para um modelo assente no biologismo e, mais recentemente, a substituição desse paradigma pelo que vamos referir na nota 34. Guilherme de OLIVEIRA, “Critérios Jurídicos de parentalidade”, in Guilherme de Oliveira (coord.), *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho, op. cit.*, pp. 271 e ss.

³³ Por isso, não chamamos a depor no sentido da evolução de que falamos neste trabalho, o regime previsto para procriação medicamente assistida (PMA). Nesses casos, a constituição da relação jurídico familiar (que corresponderá, aliás, à relação de parentesco legal, seja com os beneficiários das técnicas – filiação, por se tratar de parentesco no 1º grau da linha reta –, seja com os parentes dos mesmos) assenta não numa realidade funcional (pelo menos numa realidade funcional imediata ou já concretizada, ainda que esteja subjacente uma vontade de que tal venha a acontecer), mas antes numa realidade volitiva (numa intenção, num projeto mediato de vivência familiar). Na transformação que falamos em texto, o que há é o reconhecimento jurídico de quem já se encontra factualmente investido no desempenho de certos papéis, associando-se-lhes efeitos tipicamente familiares (proteção da casa de morada de família, efeitos sucessórios, reconhecimento do múnus de quem exerce as responsabilidades parentais, reconhecimento de direito de visita), sem que se lhes reconheça – até ao momento – o estatuto a que esses efeitos estavam tradicionalmente associados. No caso da PMA, o que acontece é, de algum modo, o oposto: é o acesso ao estatuto *tradicional* de familiar por uma forma diferente.

decisão judicial, ao cônjuge ou ao unido de facto de qualquer dos progenitores, ocupando estas pessoas o primeiro lugar na ordem de preferência legalmente definida para a identificação das pessoas a quem atribuir as responsabilidades parentais nos casos referidos. Já, nos termos do artigo 1904º-A, quando a filiação se encontre estabelecida apenas quanto a um dos progenitores, as responsabilidades parentais podem ser também atribuídas, por decisão judicial, ao cônjuge ou unido de facto do progenitor, havendo, nessa hipótese, lugar ao exercício conjunto dessas responsabilidades com o último. Estas soluções dão relevância jurídica a quem cuida, a quem tem vontade de cuidar e assume essa responsabilidade³⁴. Reconhece-se-lhes o desempenho da função, enquadrando-a juridicamente, deixando, do mesmo passo, intocada a filiação estabelecida. Trata-se, como já dissemos³⁵, do “reconhecimento de realidades fácticas tradutoras da assunção voluntária do cuidado de quem não é seu filho biológico. Trata-se de um movimento de superação, também no domínio da filiação, da centralidade ‘status’ com atribuição de predomínio ao desempenho efetivo da função”.

Idêntica tendência se pode encontrar na interpretação que se pode dar e já foi dada, aliás, na nossa jurisprudência à norma do artigo 1887º-A do CC que prevê que “os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com os irmãos e ascendentes”³⁶. Aceitando-se que este preceito permite a afirmação de direito de convivência com a criança por parte de certos adultos, nomeadamente irmãos e avós³⁷, pode o reconhecimento desse

³⁴ Trata-se de uma tendência presente na evolução do Direito da filiação, traduzido na adoção de um modelo de definição da parentalidade com base no “critério do amor sob a forma de vontade de cuidar e da assunção voluntária da responsabilidade pelo cuidado”, nas palavras de Guilherme DE OLIVEIRA, “Critérios Jurídicos de parentalidade”, *op. cit.*, p. 278. Note-se que, no caso referido em texto, a substituição do paradigma não se dá no plano do regime do estabelecimento da filiação. Não conduz, portanto, à constituição do estatuto de pai e de filho. Mas aquele critério pode vir a servir para aceder a esses estatutos. Assim, Guilherme DE OLIVEIRA, “Critérios Jurídicos de parentalidade”, *op. cit.*, pp. 271 e ss.

³⁵ Acompanhamos, aqui, o nosso, Rute Teixeira PEDRO, “A visão personalista da família e a afirmação de direitos individuais no seio do grupo familiar – a emergência de um novo paradigma decorrente do processo de constitucionalização do direito da família”, in Nuno Pinto de Oliveira e Benedita Mac Crorie (coords.), *Pessoa, Direito e Direitos. Colóquios 2014/2015*, Braga, Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, 2017, p. 360.

³⁶ Sobre esta norma, veja-se Clara SOTTOMAYOR, “Anotação ao art. 1887º-A”, in Clara Sottomayor (coord.), *Código Civil Anotado. Livro IV, Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 879 e ss.

³⁷ Na jurisprudência portuguesa, existiram diferentes perspetivas sobre o exato alcance do artigo 1887º-A, que oscilaram entre o significado de mera previsão de um limite ao exercício das responsabilidades parentais, até ao significado de que a criança é titular de um direito autónomo (direito de visita) ao relacionamento com as pessoas previstas no artigo ou, finalmente, ainda o significado de permitir o reconhecimento de um direito de convivência da criança a essas pessoas, nomeadamente com possibilidade de fixação, em processo tutelar, dos termos do exercício

direito ser estendido, em homenagem à importância que têm no desenrolar da vida da criança, a outras pessoas que ultrapassam o âmbito recortado pela letra do artigo 1887º-A e com as quais a criança pode não estar ligada por um vínculo (pré-constituído) de natureza familiar³⁸. Encontramos expressão deste entendimento no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de junho de 2012, em que o Tribunal depois de afirmar que “não se extrai do artigo 1887º-A do Código Civil ou de qualquer outro preceito aplicável que distintas relações, outros afectos, ainda que relativos a terceiros, não possam merecer relevo regulatório no momento da decisão incidente sobre o exercício das responsabilidades parentais – nem esta expressão (‘parentais’) nos deve afastar desta conclusão, já que exprime apenas o núcleo e a origem do instituto e não fala da felicidade e dos interesses da criança, que tudo dominam”, concluiu, portanto, que “tendo uma criança estabelecido com o seu padrinho, que dela cuidou desde pequena, uma relação idêntica à de filiação e sendo esta a sua figura primária de referência, o seu interesse reclama a fixação ao mesmo de um regime de visitas”. Note-se que, em qualquer caso, o reconhecimento do direito de convivência fica condicionado ao interesse da criança que, sendo contrário a tal pode ditar a denegação desse reconhecimento.

A tendência que procurámos destacar nas páginas anteriores manifesta-se, portanto, transversalmente no Direito (civil) da família, encontrando-se, como vimos, manifestações da evolução referida, nos dois hemisférios em que hoje se sói dividi-lo: no *Direito vertical da família* que abrange as relações familiares em que há um desnível entre os sujeitos, por um deles se encontrar numa situação de maior vulnerabilidade e no *Direito horizontal da família* que abrangerá as relações entre familiares que se encontram num plano de igualdade (exemplo paradigmático é o das relações entre adultos, nomeadamente cônjuges ou companheiros não casados).

desse direito. No segundo sentido, veja-se o acórdão da Relação de Lisboa, de 9 de junho de 2022. No terceiro sentido, veja-se, entre outros, os acórdãos da Relação de Guimarães, de 7 de abril de 2022, da Relação de Lisboa, de 14 de julho de 2020, da Relação de Lisboa, de 10 de abril de 2018, da Relação de Coimbra, de 14 de janeiro de 2014, da Relação de Lisboa, de 2 de dezembro de 2009, da Relação de Coimbra, de 8 de julho de 2004, e do STJ, de 3 de março de 1998 (acessíveis in www.dgsi.pt).

³⁸ No acórdão do Tribunal da Relação de Porto, de 7 de janeiro de 2013 (acessível no endereço www.dgsi.pt), foi reconhecida em relação a outras pessoas, para além das referidas no artigo 1887º-A do CC – que, no caso eram tios da criança –, a possibilidade de fixação de um regime de visitas e convívio com a criança.

A evolução descrita representa, pois, a proeminência da relevância da componente funcional sobre a componente *estatutária*. Ganham, portanto, protagonismo as funções que a família cumpre no presente e que o direito (da família) deve promover e que, neste momento, parecem ser, fundamentalmente as de apoio emocional, cuidado e assistência³⁹.

Note-se, finalmente, que não se retira da evolução enunciada – nem se advoga, de modo algum, que assim seja – que a qualificação de uma relação como familiar acarreta a aplicação de um regime uniforme a todas as relações familiares. Os efeitos são distintos, variando de relação para relação⁴⁰, podendo, aliás, os termos do efetivo e concreto desempenho das funções familiares repercutir-se na extensão ou robustez jurídica dos efeitos jurídicos reconhecidos.

A evolução que procurámos, sucintamente, traçar no breve périplo que encontramos no direito português é confortada – e orientada⁴¹ – pelo sentido detetado na jurisprudência do TEDH.

3. A família à luz da jurisprudência do TEDH desenvolvida à luz da teoria margem de apreciação dos Estados

Como já deixámos referido, no que à tutela da família respeita, destacam-se no âmbito da CEDH, os artigos que diretamente incidem sobre a realidade familiar: por um lado, o artigo 8º onde, ao lado do direito ao respeito pela vida privada, se consagra o direito ao respeito pela vida familiar e por outro lado, o artigo 12º, onde está consagrado o direito ao casamento e à constituição de família⁴².

³⁹ Sobre o depauperamento funcional da família, veja-se Francisco Pereira COELHO e Guilherme DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família...*, *op. cit.*, pp. 119 e 120.

⁴⁰ Note-se, por exemplo, que ainda que se reconheça que quer o casamento quer a união de facto são relações familiares, e apesar da semelhança fáctica da comunhão entre cônjuges e unidos de facto, isso não significa que ambas mereçam o mesmo tratamento jurídico. Não é assim e não há analogia geral entre as duas relações. Já tivemos ocasião de nos pronunciar nesse sentido. Veja-se Rute Teixeira PEDRO, “Da proteção sucessória do unido de facto”, *op. cit.*, pp. 142 e 143.

⁴¹ Na medida em que o Estado Português se encontra vinculado ao cumprimento das obrigações decorrentes da CEDH.

⁴² Como destaca Dagmar Coester-Waltjen, desempenham, também, um papel importante na proteção dispensada à realidade familiar os artigos 14º e 6º da CEDH, que concernem, respetivamente à proibição da discriminação e o direito a um processo equitativo. Dagmar COESTER-WALTJEN, “The impact of the European Convention on

Como se sabe, o TEDH vem imprimindo uma *interpretação evolutiva ou dinâmica*⁴³ na leitura que faz da CEDH, que é perspectivada como um “living instrument” que deve ser “interpreted in the light of present-day conditions”⁴⁴. Dessa forma, o TEDH “tem progressivamente vindo a aumentar o âmbito de aplicação” da CEDH⁴⁵. De acordo com essa forma atualista de interpretação também o olhar sobre a proteção jurídica da família, à luz da CEDH, tem evoluído, como veremos⁴⁶.

Para o efeito, o TEDH toma em consideração “the general state of the law”⁴⁷ nos Estados-partes, procurando acolher entendimentos consensuais, em respeito pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Como corolário do princípio da subsidiariedade⁴⁸, aparece-nos, precisamente, a doutrina da margem de apreciação⁴⁹ que deve ser reconhecida aos Estados na configuração da sua intervenção nas matérias que contendam com os

Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law”, in Jens M. Scherpe (ed.), *European Family Law, Volume I, The impact of Institutions and Organisations on European Family Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 58 e 59. Para mais desenvolvimentos sobre a proteção da família ao abrigo da CEDH e da jurisprudência do TEDH, veja-se o trabalho acabado de referir, pp. 49 a 94 e, na doutrina portuguesa, Susana ALMEIDA, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008; Jorge Duarte PINHEIRO, “Direito ao respeito pela vida familiar”, in Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário à Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, vol. II, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019, pp. 1510 e ss.; Cristina DIAS, “Direito ao Casamento II”, in Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário à Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, vol. II, *op. cit.*, pp. 1934 e ss.; Cristina DIAS, “A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as novas formas de família”, *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, n.º 15, 2012, pp. 35 e ss.; Ana Filipa Morais ANTUNES, “Direito ao Casamento I”, in Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário à Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, vol. II, *op. cit.*, pp. 1909 e ss.

⁴³ Sobre a interpretação da CEDH, vide Susana ALMEIDA, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, pp. 57 e ss.

⁴⁴ Como se afirmou, primeiramente, no § 31 da decisão do caso *Tyrer c. Reino Unido*, n.º 5856/72, de 25.04.1978.

⁴⁵ Benedita MAC CRORIE, “Margem de apreciação dos Estados”, *op. cit.*, pp. 2721 e 2728.

⁴⁶ “This relatively open interpretation of the Convention allows the Court to set new standards and to bring forth law reforms in the Contracting States”, como sintetiza Dagmar COESTER-WALTJEN, “The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law”, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁷ Dagmar COESTER-WALTJEN, “The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law”, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁸ Na explicação de Benedita MAC CRORIE: “O TEDH, enquanto mecanismo internacional de proteção dos direitos humanos deve apenas actuar como um ‘subsídio’ do direito nacional, o que significa que deverá apenas intervir quando os Estados não puderem ou não o quiserem fazerem. É essa subsidiariedade que justifica também o espaço de discricionariedade conferido pelo Tribunal aos Estados na implementação da Convenção”. Veja-se Benedita MAC CRORIE, “Margem de apreciação dos Estados”, *op. cit.*, p. 2722.

⁴⁹ Como destaca Benedita Mac Crorie, a margem de apreciação foi abundantemente convocada na jurisprudência do TEDH, apesar de não se encontrar consagrada de forma expressa na CEDH. A introdução da referência à mesma no Preâmbulo da Convenção decorrerá da entrada em vigor do Protocolo Adicional n.º 15, como resulta do artigo 1.º do citado Protocolo. A Autora refere-se também às razões (“reforço da transparência e da acessibilidade” da doutrina da margem de apreciação e do princípio da subsidiariedade no sistema convencional e “maior uniformidade” com

direitos previstos na CEDH⁵⁰. Tal margem – que tem sido utilizada com frequência nos casos que respeitam a determinados direitos, onde se destacam as liberdades pessoais protegidas pelo artigo 8º⁵¹ – não se apresenta uniforme, variando em função da violação do direito – sendo menor se está em causa o conteúdo nuclear do direito⁵² – e também do nível de consenso que existe sobre a matéria em causa e sobre as medidas que devem ser adotadas⁵³ – sendo menor se se está perante uma matéria em que existe um elevado consenso e tanto maior quanto menor for o consenso no âmbito europeu sobre uma dada matéria⁵⁴.

Atendendo à sensibilidade da matéria que esteja em causa, considerando as implicações morais e éticas⁵⁵, e a inexistência de um consenso a nível europeu sobre o assunto – mesmo que haja uma crescente aceitação de uma certa tendência evolutiva, – o TEDH chama à colação, com frequência, neste âmbito, o princípio da margem de apreciação reconhecida aos Estados-partes⁵⁶. Pode aparecer, nesse âmbito, como um modo “de permitir que a proteção dos direitos humanos possa conviver com tradições nacionais diferentes e com a diversidade cultural”⁵⁷.

Note-se, no entanto, que o exercício de direito comparado levado a cabo pelo TEDH para aquilatar “da existência ou inexistência de uma base comum

o desenvolvimento que a jurisprudência do TEDH àquela doutrina) que sustentam essa introdução. Benedita MAC CRORIE, “Margem de apreciação dos Estados”, *op. cit.*, p. 2121.

⁵⁰ A doutrina da margem de apreciação foi, primeiramente, afirmada no caso *Grécia c. Reino Unido*. Veja-se Benedita MAC CRORIE, “Margem de apreciação dos Estados”, *op. cit.*, pp. 2721 e 2722.

⁵¹ Assim, Benedita MAC CRORIE, “Margem de apreciação dos Estados”, *op. cit.*, p. 2723.

⁵² Benedita MAC CRORIE, “Margem de apreciação dos Estados”, *op. cit.*, p. 2729. A margem estreita-se de se estiver perante uma violação de uma expressão particularmente relevante do direito afetado: § 169 da decisão do caso *Parrillo c. Itália*, nº 46470/11 [GC], de 27.08.2015.

⁵³ Sobre este ponto, vejam-se as decisões nos casos *S.H. e outros c. Austria*, nº 57813/00 [GC], de 03.11.2011 (§ 94); *Evans c. Reino Unido*, nº 6339/05 [GC], de 10.04.2007 (§ 77); *X, Y e Z c. Reino Unido*, nº 21830/93, de 22.04.1997 (§ 44); *A, B e C c. Irlanda*, nº 25579/05 [GC], de 16.12.2010 (§ 232); *Costa e Pavan c. Itália*, nº 54270/10, de 11.02.2013 (§ 55); e *Parrillo c. Itália*, nº 46470/11 [GC], de 27.08.2015 (§ 169).

⁵⁴ § 94 da decisão no caso *S.H. e outros c. Austria*, nº 57813/00 [GC], de 03.11.2011.

⁵⁵ § 54 da decisão do caso *S.H. e outros c. Austria*, *cit.* Apresentando uma perspetiva crítica sobre a relevância da natureza moral ou ética da matéria em questão para definir a abrangência da margem de apreciação, considerando o entendimento do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque, veja-se Benedita MAC CRORIE, “Margem de apreciação dos Estados”, *op. cit.*, p. 2726.

⁵⁶ § 41 da decisão no caso *Dickson c. Reino Unido*, nº 44362/04 [GC], de 04.12.2007.

⁵⁷ Benedita MAC CRORIE, “Margem de apreciação dos Estados”, *op. cit.*, p. 2723. Esta é uma das várias razões que soem apresentar-se para defender a aplicação da doutrina da margem de apreciação, como ensina a mesma Autora.

entre as leis dos diferentes Estados”⁵⁸ deve ser complementado por “value judgements regarding the modern appreciation of the fundamental rights and the changes in the modern societies”⁵⁹, na medida em que é “of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective not theoretical and illusionary”⁶⁰.

Ora, no que respeita à área familiar, a proteção jurídica que se ancora na CEDH e a que o TEDH dá aplicação “must be provided *for* family life, but also *through* family life” (os destaques estão no original).

Para proteção dos direitos *supra referidos*, pode resultar a vinculação dos Estados-partes ao cumprimento de obrigações⁶¹ quer negativas quer positivas. Na verdade, por um lado, pode decorrer quer a obrigação de um Estado, através dos seus órgãos, se abster de adotar ações que produzam a violação dos direitos protegidos pela CEDH, quer a obrigação de o Estado adotar comportamentos positivos tendentes à tutela do direito em causa, nomeadamente, protegendo-a contra atos que consubstanciem atentados contra a mesma praticados por terceiros⁶².

Não existe, no entanto, até ao momento um conceito geral de família nem de vida familiar. Diversamente, o TEDH “assesses which persons constitute or belong to a family with regard to the different rules of the Convention (article 8 – respect for family life; article 12 – right to found a

⁵⁸ Benedita MAC CROIRE, “Margem de apreciação dos Estados”, *op. cit.*, p. 2731.

⁵⁹ Dagmar COESTER-WALTJEN, “The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law”, *op. cit.*, p. 57.

⁶⁰ § 54 da decisão do caso *I c. Reino Unido*, nº 25680/94, de 11.07.2002.

⁶¹ O nº 2 do artigo 8º reconhece a admissibilidade, em certos casos que delimita, da verificação de ingerência pela autoridade pública no exercício do direito ao respeito pela vida familiar (e também pela vida privada), previsto no nº 1.

⁶² Como se lê no § 31 da paradigmática decisão do caso *Marckx c. Bélgica*, nº 6833/74, de 13.06.1979: “By proclaiming in paragraph 1 the right to respect for family life, Article 8 (art. 8-1) signifies firstly that the *State cannot interfere with the exercise of that right* otherwise than in accordance with the strict conditions set out in paragraph 2 (art. 8-2). As the Court stated in the ‘Belgian Linguistic’ case, the object of the Article is ‘essentially’ that of *protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities* (judgment of 23 July 1968, Series A no. 6, p. 33, para. 7). Nevertheless it does not merely compel the State to abstain from such interference: *in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective ‘respect’ for family life*. This means, amongst other things, that when the State determines in its domestic legal system the regime applicable to certain family ties such as those between an unmarried mother and her child, *it must act in a manner calculated to allow those concerned to lead a normal family life*” (sublinhados nossos) Sobre o relevo do impacto desta decisão no Direito da família, veja-se, por todos, Walter PINTENS e Jens SCHERPE, “The Marckx case: a ‘whole code of family law’?”, in AAVV, *Landmark Cases in Family Law*, Hart Publishing, 2011, pp. 155 e ss. No mesmo sentido, § 48 da decisão do caso *Keegan c. Irlanda*, nº 16969/90, de 27.05.1994, e § 55c) da decisão *Johnston e outros c. Irlanda*, nº 9697/82, de 18.12.1986.

family) and to the issues involved”⁶³. Ora, tendo em consideração essa perspectiva caso-a-caso, fazendo um périplo pela jurisprudência do TEDH, conclui-se que vem ocorrendo uma dilatação progressiva da extensão do que se entende subsumir ao conceito de vida familiar, sendo certo que esta já que não se circunscreve à existência de um vínculo matrimonial ou à existência de um vínculo biológico⁶⁴. A apreciação da pertinência da questão *sub iudice* à vida familiar pressupõe, pois, uma apreciação casuística por parte do TEDH. Neste esforço de averiguação, procura-se averiguar se estão presentes *in casu* laços substanciais e afetivos entre as pessoas que sejam merecedores de proteção ao abrigo do artigo 8º.

Deteta-se, ademais, na jurisprudência do TEDH, a adoção do critério de “efetividade” dos laços interpessoais⁶⁵ para aferir da existência de “vida familiar” que deva ser protegida à luz da CEDH. Como se lê na decisão do caso *Kroon c. Países Baixos*, “the Court recalls that the notion of ‘family life’ in Article 8 (art. 8) is not confined solely to marriage-based relationships and may encompass other de facto ‘family ties’ where parties are living together outside marriage[.] Although, as a rule, living together may be a requirement for such a relationship, exceptionally other factors may also serve to demonstrate that a relationship has sufficient constancy to create de facto ‘family ties’”⁶⁶.

⁶³ Dagmar COESTER-WALTJEN, “The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law”, *op. cit.*, p. 59.

⁶⁴ Na jurisprudência do TEDH constata-se, aliás, uma evolução conjunta dos dois direitos previstos no artigo 8º – o direito ao respeito pela vida privada e o direito ao respeito pela vida familiar – com diluição de fronteiras entre eles. Veja-se Susana ALMEIDA, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, pp. 61 e ss. Acolhe-se um conceito de vida privada ampla para efeitos do artigo citado, não sendo possível apresentar uma definição exaustiva onde se incluam todas as expressões em que ela se pode revelar, como se afirma, expressivamente, no § 29 da decisão do caso *Niemietz c. Alemanha*, nº 13710/88, de 16.12.1992: “The Court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of ‘private life’”. Como corolários a que é reconhecida proteção pode apresentar-se, entre outros, o direito à autonomia e o direito ao desenvolvimento pessoal onde se inclui o direito à autodeterminação e o direito ao estabelecimento e desenvolvimento de relações com outros seres humanos. Sobre a evolução do conceito de vida familiar na jurisprudência do TEDH, Susana ALMEIDA, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, pp. 155 e ss.

⁶⁵ Como se lê na decisão do caso *K. e T. c. Finlândia*, nº 25702/94, de 12.07.2011: “The Court would point out, in accordance with its previous caselaw[,] that the existence or non-existence of ‘family life’ is essentially a question of fact depending upon the real existence in practice of close personal ties” (§ 150).

⁶⁶ § 30 da decisão do caso *Kroon c. Países Baixos*, nº 18535/91, de 27.10.1994. No mesmo sentido, já se havia pronunciado o TEDH na decisão do caso *Keegan c. Irlanda*, nº 16969/90, *cit.* (§ 44); *Johnston e outros c. Irlanda*, nº 9697/82, *cit.* (§56); e, mais tarde, *L. c. Países Baixos*, nº 45582/99, de 01.09.2004 (§ 35).

A evolução de que falamos deteta-se nos dois âmbitos que se denominam como família horizontal⁶⁷ e como família vertical⁶⁸. Em princípio, a afirmação de laços familiares pressupõe, à luz da jurisprudência do TEDH, a coabitação entre as pessoas que se entende estarem ligadas por esses laços, mas pode não ser assim⁶⁹. Na verdade, como reconhece o Tribunal⁷⁰, “exceptionally other factors may also serve to demonstrate that a relationship has sufficient constancy to create de facto ‘family ties’”⁷¹. Consequentemente, “the existence or non-existence of ‘family life’ for the purposes of Article 8 is essentially a question of fact depending upon the real existence in practice of close personal ties”⁷².

Note-se, no entanto, que o alargamento da noção da vida familiar também não significa que, à luz da jurisprudência do TEDH, os Estados-partes tenham a obrigação de equiparar o estatuto das várias formas de vida familiar. Como afirma Dagmar Coester-Waltjen, “not every relationship that constitutes family life attracts the same level of protection”⁷³. Assim, não há obrigação para os Estados-partes de equiparar o regime jurídico do casamento e da união de facto⁷⁴. Também no que respeita à proteção da vida familiar

⁶⁷ “In the present case, it is clear that the applicants, the first and second of whom have lived together for some fifteen years (see paragraph 11 above), constitute a ‘family’ for the purposes of Article 8 (art. 8). They are thus entitled to its protection, notwithstanding the fact that their relationship exists outside marriage”, como se lê no § 57 da decisão do caso *Johnston e outros c. Irlanda*, nº 9697/82, *cit.* No mesmo sentido também a decisão do caso *Van der Heijden c. Países Baixos*, nº 42857/05, de 03.04.2012.

⁶⁸ Para a afirmação da existência de vida familiar entre pais e filhos, desde o nascimento, não dependente do estabelecimento do vínculo de filiação, mas não sendo bastante o nexo biológico entre eles, veja-se § 44 *Keegan c. Irlanda*, nº 16969/90, *cit.*, § 43 na decisão [GC] do caso *Elsholz c. Alemanha*, nº 25735/94, de 13.07.2000 e § 51 da decisão do caso *Yousef c. Países Baixos*, nº 33711/96, de 05.11.2002.

⁶⁹ Assim *Katsikeros c. Grécia*, nº 2303/19, de 21.07.2022 (§ 42).

⁷⁰ Na decisão do caso *L. c. Países Baixos*, nº 45582/99, *cit.* (§ 36).

⁷¹ Ilustra-se esse entendimento com a referência à decisão do caso *Kroon c. Países Baixos*, nº 18535/91, *cit.* (§ 30).

⁷² Que o TEDH ilustra com a decisão do caso *K. e T. c. Finlândia*, nº 25702/94, de 12.07.2011, nomeadamente § 150. E O TEDH acrescenta: “Where it concerns a potential relationship which could develop between a child born out of wedlock and its natural father, relevant factors include the nature of the relationship between the natural parents and the demonstrable interest in and commitment by the father to the child both before and after its birth”. *L. c. Países Baixos*, nº 45582/99, de 01.09.2004, nomeadamente § 35. A extensão da proteção da vida familiar a uma relação potencial nos termos acabados de referir é reiterada na decisão do caso *Katsikeros c. Grécia*, nº 2303/19, *cit.* (§ 44).

⁷³ Dagmar COESTER-WALTJEN, “The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law”, *op. cit.*, p. 86. Como afirma o TEDH, na decisão do caso *Babiarz c. Polónia*, nº 1955/10, de 10.01.2017: “While under Article 8, de facto families and relationships are protected, such protection does not mean that particular legal recognition has to be accorded to them” (§ 54).

⁷⁴ Nas palavras do TEDH na decisão do caso *Van der Heijden c. Países Baixos*, nº 42857/05, *cit.*: “States are entitled to set boundaries to the scope of testimonial privilege and to draw the line at marriage or registered partnerships. The legislature is entitled to confer a special status on marriage or registration and not to confer it on other de facto

verticalmente, a proteção pode ser diversa, podendo oscilar entre a afirmação do direito a estabelecer o vínculo jurídico de filiação, o direito a participar no exercício das responsabilidades parentais e o direito de contactar e visitar a criança⁷⁵.

4. Observações conclusivas

Como resulta do que deixámos descrito, constata-se, no ordenamento jurídico português, uma alteração da conceção jurídica de família. Em vez de se delimitarem as relações jurídicas merecedoras de específica proteção jusfamiliar apenas com base na identificação de determinados estatutos assentes na celebração de um contrato, num nexo de filiação (de raiz biológica ou mais recentemente volitiva) ou numa decisão judicial que dá acesso imediato a uma relação familiar, dá-se também relevância ao desempenho efetivo de determinadas funções que se entende participarem de natureza familiar. Este alargamento da noção de família, que nela vem incluindo realidades fácticas tradutoras da existência efetiva de laços pessoais, encontra-se também presente na jurisprudência do TEDH sobre a matéria.

Resulta claro, ademais, que, no plano substantivo interno e na leitura do sistema convencional feita pelo TEDH, não existe, no presente uma noção unívoca de família jurídica que valha para todos os ramos em que o direito sói dividir-se. Concluiu-se, então, que a operação de identificação do perímetro familiar protegido pelo direito dependerá de uma operação de interpretação da previsão normativa cujo efeito jurídico se encontra em análise, fazendo uso dos vários instrumentos da hermenêutica jurídica, dentro do contexto de direito positivo vigente em cada momento em que a norma interpretada se insere. A falta de um conceito único de família e a “coexistência de vários

types of cohabitation. Marriage confers a special status on those who enter into it; the right to marry is protected by Article 12 of the Convention and gives rise to social, personal and legal consequences” (§ 69).

⁷⁵ Dagmar COESTER-WALTJEN, “The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law”, *op. cit.*, p. 86.

conceitos de família no sistema jurídico” é, aliás, uma “resposta tipicamente pós-moderna”, à luz do pluralismo que caracteriza a sociedade atual⁷⁶.

Destacámos, neste trabalho, como uma importante linha orientadora da evolução referida a abertura a uma dimensão concreta material do desenrolar fáctico e efetivo das relações interpessoais. Nesta operação de busca e fixação da materialidade subjacente, dá-se também, no plano do direito constituído e da devida interpretação que dele se faça, a adequação da proteção jurídica à concreta realidade familiar que se considere⁷⁷.

Como elemento unificador da realidade familiar para efeitos jurídicos, pode sublinhar-se que a família aparece, no presente, como o principal núcleo de concretização da solidariedade interindividual no plano privatístico. A família desempenha, pois, essencialmente, funções de assistência e de proteção dos seus membros face a terceiros e de apoio perante as vicissitudes com que cada um é confrontado ao longo da sua vida, carreando para o efeito recursos de natureza patrimonial, psicológica, afetiva e emocional⁷⁸.

A evolução referida ocorre a par de outra transformação que pode sintetizar-se através da ideia de promoção autonomia privada no âmbito familiar: um movimento, frequentemente denominado com recurso à expressão “*From Status to Contract*” cunhada por Henry Sumner Maine⁷⁹.

Trata-se, no entanto, de um caminho que coloca um desafio significativo à intervenção jurídica na realidade familiar: aquele de se conseguir

⁷⁶ Neste sentido, ilustrando com a questão da forma de compaginação entre a família biológica e a família social e as inerentes dificuldades no estabelecimento da filiação, Erik JAYME, “Pós-modernismo e direito da família”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXVIII, 2002, p. 214. O pluralismo é, como destaca o Autor, um dos traços identificadoros do pós-modernismo como corrente da filosofia contemporânea que se manifesta em vários domínios. Estando presente também no mundo jurídico, o “modo [pós-modernista] de configurar as questões jurídicas entra também nas disciplinas jurídicas específicas” (p. 209). Particularmente no Direito da Família ganham evidência algumas características identificadoras da pós-modernidade que corporizam outras tantas tendências da evolução recente deste ramo do Direito. Destaca-se o “pluralismo jurídico” (enquanto tradução de uma ideia de ecletismo), a “narração” (com emprego de previsões normativas abertas a múltiplos significados), a “comunicação” (com a multiplicação de deveres de informação) e “o regresso dos sentimentos”.

⁷⁷ Num esforço que, idealmente, procuraria visa dar cumprimento, dentro do juridicamente possível, à máxima “À chacun sa famille, à chaque famille son droit”, recorrendo, aqui, à expressão sintética de Jean CARBONNIER, “À chacun sa famille, à chacun son droit” é o título de um artigo incluído nos *Essais sur les lois, Deffrénois*, 2ª ed., 1995.

⁷⁸ As relações familiares apresentam-se muitas vezes perante o Direito como “caring relationships”. Sobre esta conceção de família em que o cuidado (“caring”) se encontra no centro do Direito da família, estando na base das pretensões a que o Direito dá cobertura jurídica, Gillian DOUGLAS, *Obligation & Commitment in Family Law*, Oxford, Hart, 2018, em especial, pp. 192 e ss.

⁷⁹ Henry Sumner MAINE, *Ancient Law. Its connection with the early History of society and its relation to Modern ideas*, originariamente publicado em 1866, New Jersey, Transaction Publishers, 2002.

articular o reconhecimento de espaço crescente à autonomia dos particulares na configuração das relações intersubjetivas em que se dá o desempenho efetivo de funções especificamente jusfamiliares sem prejudicar a necessária intervenção heterónoma do direito tuteladora dos interesses (*familiares*) merecedores de tutela específica, em particular através de mecanismos de promoção de solidariedade intersubjetiva.

IA E ROBÓTICA: A CAMINHO DA PERSONALIDADE JURÍDICA?

Sónia Moreira*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.26>

1. Introdução

1.1. IA e Robótica: conceitos introdutórios

Para que uma entidade seja considerada inteligente necessita de possuir, pelo menos, cinco características: ser capaz de comunicar (“the easier it is to communicate with an entity, the more inteligente the entity seems”¹); possuir conhecimento interno (possuir algum conhecimento sobre si própria); possuir conhecimento externo (conhecer o mundo exterior a si própria, aprender sobre ele e utilizar essa informação); possuir capacidade de agir com vista à prossecução de determinados objectivos; possuir criatividade (ou seja, ser

* Profª Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho; Investigadora Integrada do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação (esms@direito.uminho.pt). O texto que aqui se publica em memória da minha querida amiga Benedita – que tanto lutou pelos direitos fundamentais e tanto trabalhou no campo da Bioética – teve a sua versão em língua inglesa entregue para publicação no *Yearbook* do E-Tec de 2022 (disponível em <https://www.jusgov.uminho.pt/pt-pt/publications/anuario-e-tec/>).

¹ Gabriel HALLEVY, “The criminal liability of artificial intelligence entities - from Science fiction to legal social control”, *Akron Intellectual Property Journal*, vol. 4, nº 2, 2010, p. 175, disponível em <https://ideaexchange.uakron.edu/akronintellectualproperty/vol4/iss2/1> [09.06.2022].

capaz de encontrar soluções alternativas quando a sua acção inicial não lhe permite atingir os objectivos em causa)².

É usual classificar-se a IA de acordo com três tipos de inteligência: Fraca, Média e Forte. A primeira – ANI: *Artificial Narrow Intelligence* – é aquela que se especializa em uma única área, possuindo um determinado objectivo (p. ex. máquinas treinadas para jogar xadrez); a segunda – AGI: *Artificial General Intelligence* – imita a mente humana, sendo capaz de compreender conceitos complexos e de resolver problemas aprendendo com a sua própria experiência; a terceira – ASI: *Artificial Super Intelligence* – já possuiria competências sociais, igualando ou até superando o cérebro humano³. No actual contexto tecnológico, ainda não existe a IA Forte.

Seja como for, é importante distinguir um agente autónomo de um *robot*. Muitas vezes utiliza-se a expressão “robot” como sinónimo de “máquina inteligente”. Já ouvimos falar de *Robot-advisors* (que são aplicações de *software* que vários bancos utilizam e até disponibilizam aos seus clientes, para os ajudar a investir nos mercados financeiros⁴), do Juiz-*robot* (programas de computador que auxiliam a tomada de decisão do juiz, criando, até propostas de sentença, após análise dos dados carregados para o processo e da jurisprudência anterior semelhante ao caso concreto⁵), de Veículos Autónomos (automóveis que se espera que venham a circular sem condutor, ou sem que ninguém seja chamado à tarefa da condução⁶). De todos estes agentes autónomos – alguns

² Gabriel HALLEVY, “The criminal liability of artificial intelligence entities...”, *op. cit.*, pp. 175-176.

³ Marcos EHRHARDT JÚNIOR/ Gabriela Buarque Pereira SILVA, “Pessoa e Sujeito de Direito: Reflexões sobre a Proposta Europeia de Personalidade Jurídica Eletrónica”, *RJLB*, ano 7, n.º 2, 2021, pp. 1100-1101, disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/2/2021_02_1089_1117.pdf [13.06.2022].

⁴ O *robot-advisor* é apenas um dos instrumentos utilizados na chamada *FinTech* (“tecnologia financeira”), ou seja, na utilização das novas tecnologias (*Tech*) no sector financeiro (*Fin*). A. Barreto Menezes CORDEIRO, “Inteligência Artificial e Consultoria Robótica”, in António Menezes Cordeiro *et al.* (coords.), *FinTech: Desafios da tecnologia financeira*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, p. 221.

⁵ Sobre o Juiz-*robot*, v. Sónia MOREIRA, “Artificial Intelligence: Brief considerations regarding the Robot-Judge”, in Maria Miguel Carvalho e Sónia Moreira (coords.), *Governance & Technology - E-Tec Yearbook*, JusGov – Research Centre for Justice and Governance/University of Minho - School of Law, 2021, pp. 297-313, disponível em <https://www.jusgov.uminho.pt/publicacoes/etec-yearbook-2021-2/> [13.06.2022].

⁶ Sobre algumas das questões levantadas por estes veículos no âmbito da responsabilidade civil, v. Eva Sónia Moreira da SILVA, “Considerations regarding Artificial Intelligence and Civil Liability: the case of autonomous vehicles”, *SSRN – JusGov Research Paper Series*, n.º 2022–02 (April 14, 2022), pp. 1-12, disponível em <https://ssrn.com/abstract=4083771> [13.06.2022]. V. também Sofia Patrícia Travassos de Freitas ALCAIDE, *A Responsabilidade Civil por Danos Causados por Veículos Autónomos*, Coimbra, Almedina, 2021.

ainda em fase de teste, outros já implementados em maior ou menor grau – só o último exemplo é que poderá classificar-se como um *robot*.

Nas palavras de Patrick Hubbard, um *robot* é “embodied software”⁷, ou seja, é um programa de computador que possui corpo físico por via do qual interage com o mundo, sem o controlo constante e/ou direto de um ser humano⁸. Os *Robot-advisors* e os juizes-*robots*, para já, ao menos, são apenas aquilo que se chama de “bots”⁹, ou seja, agentes autónomos (agentes de *software*, programas de computador) que não possuem corpo físico, mas foram criados com vista à realização de uma determinada tarefa, seja ela propor uma solução de investimento financeiro ou uma sentença, seja outro tipo de interações, como aquelas que temos com *chatbots* como a *Siri* ou a *Alexa*, ou com a nossa *box* da televisão, que nos apresenta sugestões ou recomendações de filmes ou séries, atendendo à análise que faz das nossas visualizações anteriores e das nossas preferências.

Assim, basicamente, os *bots* estão preparados para analisar dados, detectar padrões e resolver o problema para o qual foram criados. Os *robots* fazem o mesmo, mas, como possuem uma componente de *hardware*, intervêm no mundo físico.

Não se pense que pelo facto de o agente de *software* não estar corporizado é menos perigoso. É certo que um *robot* de uma linha de montagem pode matar alguém se os seus sensores não detetarem a sua presença; um Veículo Autónomo pode atropelar uma pessoa se não a identificar como tal ou não identificar que o semáforo ficou vermelho. Mas se um programa de computador começar a fazer investimentos financeiros autonomamente, com base no perfil de risco do cliente e do seu histórico de investimentos, pode acarretar danos patrimoniais gravíssimos; e se a *Alexa* começar a decidir fazer as compras no Continente *online* por nós, usando o nosso cartão de crédito, não estará em causa só a nossa conta bancária, como também a nossa autodeterminação.

⁷ Ryan CALO *et al.* (coords.), *Robot Law*, Edward Elgar, 2016, p. 59.

⁸ Michael Fromkin define “robot” como “a man-made object capable of responding to external stimuli and acting on the world without requiring direct – some might say constant – human control”. Ryan CALO *et al.* (coords.), *Robot Law*, *op. cit.*, p. XI.

⁹ Paulo NOVAIS e Pedro Miguel FREITAS, *Inteligência Artificial e Regulação de Algoritmos*, Diálogos União Europeia-Brasil, 2018, p. 17, disponível em http://www.sectordialogues.org/documentos/noticias_adjuntos/ef9c1b_Intelig%C3%Aancia%20Artificial%20e%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20de%20Algoritmos.pdf [14.08.2021].

De todo o modo, não há como negar que a figura cinematográfica do *robot* – uma máquina antropomórfica, como a *Robot Sofia* – não corresponde à realidade, ou melhor, não é a única realidade a ter em conta no que toca aos agentes autónomos.

1.2. Personalidade Jurídica

Desde o primeiro ano da licenciatura em Direito que nos deparamos com este conceito. O conceito de personalidade jurídica é um conceito criado pelo Homem e ao serviço do Homem. Pessoa em sentido jurídico é todo o ente que pode ser sujeito de relações jurídicas, ou seja, que pode ser titular de direitos e de obrigações¹⁰.

Durante largos anos este conceito não correspondeu ao conceito de pessoa em sentido ético – referimo-nos à figura da escravidão, que durante milénios foi perfeitamente aceite¹¹. No entanto, apesar de a escravatura ter sido abolida e de se ter reconhecido que todos os seres humanos, pelo simples facto de serem pessoas em sentido ético, são também pessoas em sentido jurídico – uma conquista que mais não é do que reconhecimento do estado natural das coisas ou, se quisermos, um reconhecimento daquilo que decorre do Direito Natural¹² – ainda há bem pouco tempo, vimos ordens jurídicas afirmar – de forma sustentada em conceitos técnico-jurídicos – que nem todas as pessoas possuíam (os mesmos) direitos, justificando tratamentos desumanos e genocídio^{13 14}. Recordemos o nacional-socialismo alemão e a

¹⁰ Sobre o conceito de personalidade jurídica, v., por exemplo, Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, pp. 315-316; Carlos Alberto da Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª ed. por António Pinto MONTEIRO e Paulo Mota PINTO, Coimbra, Coimbra Editora, 2020, pp. 193 e 201; Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 249 e 250.

¹¹ Nos domínios portugueses, por exemplo, a escravatura foi abolida em 1836. Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 182, n. 246.

¹² Afirmando que “o Direito não pode deixar de reconhecer às pessoas humanas a personalidade, assim como não lhes pode recusar a dignidade humana”, pois “[e]stá fora do seu alcance por Direito Natural”, Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, p. 39.

¹³ Referindo que “[n]as ordens jurídicas colectivistas [a] personalidade não é uma qualidade inata da pessoa, mas é atribuída aos homens [de] acordo, aliás, com o carácter positivista daquelas ordens”, Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 316.

¹⁴ Considera Pedro Pais de Vasconcelos que o entendimento de que a personalidade decorre da “qualidade de se ser pessoa” concede ao conceito de personalidade jurídica uma “dimensão ética”, defendendo “as pessoas contra os perigos, historicamente já experimentados, de condicionamento e manipulação ou mesmo de recusa da personalidade

segunda guerra mundial, pois se esquecermos a história, corremos o risco de a repetirmos. Mas não precisamos de ir tão longe: ainda hoje, há ordens jurídicas que não reconhecem a todas as pessoas em sentido ético o mesmo estatuto jurídico. Pensemos no fundamentalismo islâmico e no tratamento diferenciado que concede às mulheres, por exemplo. Repare-se que não nos referimos ao tratamento misógino ou desigualitário que ainda hoje se reconhece existir *de facto* nos países ocidentais e com o qual lutamos todos os dias, mas, da assunção de um estatuto *jurídico* diferente para diferentes grupos de pessoas ou etnias.

De todo o modo, a cultura ocidental em geral e a nossa ordem jurídica em particular podem orgulhar-se desta conquista: a do reconhecimento de que *não é a ordem jurídica* que atribui ao ser humano a prerrogativa da personalidade jurídica¹⁵. A personalidade jurídica *é inerente* a todo o ser humano, só pelo facto de ter nascido¹⁶ (ou para alguns autores, de ter sido concebido¹⁷). O artigo 66º, nº 1, do nosso CC, é uma manifestação claríssima do princípio da igualdade e, neste sentido e acima de tudo, uma expressão do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Todos os seres humanos, pelo simples facto de o serem, são sujeitos de direitos e de obrigações, alguns dos quais inalienáveis, irrenunciáveis e relativamente indisponíveis. Referimo-nos,

a pessoas individualmente consideradas ou a grupos de pessoas com base em critérios racionais ou religiosos”. Cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, pp. 38-39.

¹⁵ Neste sentido, entendendo que, pelo contrário, “a personalidade jurídica é a projecção no Direito [da] personalidade humana”, optando pela nomenclatura “pessoas humanas - pessoas jurídicas” ao invés de “pessoas singulares - pessoas colectivas”, Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. por Francisco Liberal FERNANDES *et al.*, Coimbra, Gestlegal, 2021, pp. 191 e ss.

¹⁶ Neste sentido, Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, *op. cit.*, p. 315.

¹⁷ Neste sentido, por exemplo, Rabindranath V. A. Capelo de SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 364; José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil - Teoria Geral*, vol. I, *Introdução, as Pessoas, os Bens*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 55; Manuel António Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal – Sobre o estatuto jurídico do embrião”, in Joana Liberal Arnaut (coord.), *Direito e Justiça – Verdade, Pessoa Humana e Ordem Político-Jurídica, Colóquio Internacional em Homenagem a Mário Emílio Forte Bigotte Chorão*, Faculdade Católica, 2008, pp. 153 e 154; Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, *Parte geral - Pessoas*, Coimbra Almedina, 2011, pp. 363 e 365. Afirmando que o nascituro possui personalidade jurídica porque é pessoa, embora a titularidade dos seus direitos fique dependente do seu nascimento, à excepção daqueles que sejam “imprescindíveis para assegurar a [sua] incolumidade”, Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Gestlegal, 2021, pp. 264 e ss., em especial, p. 297.

naturalmente, aos direitos de personalidade, dos quais todos somos titulares desde o nascimento¹⁸.

Historicamente, os direitos de personalidade surgem como “direitos inatos e originários da pessoa, alicerçados na natureza humana”, com o seu fundamento último na dignidade da pessoa humana¹⁹, encontrando-se a sua constitucionalização na figura de vários direitos fundamentais^{20 21}.

2. A caminho da personalidade jurídica dos agentes dotados de IA?

2.1. Argumentos a favor

Se a personalidade jurídica é algo que é inerente ao ser humano, como é possível que se possa ponderar a sua atribuição a entes não humanos?

Na verdade, o Direito já o faz. Referimo-nos, naturalmente, às pessoas colectivas. As pessoas colectivas são substratos (pessoais ou patrimoniais) criados por seres humanos, dotados de uma orgânica própria, que lhes permite atingir o fim para o qual foram criados, um fim demasiado grande para ser prosseguido por pessoas singulares individualmente²². As vantagens da atribuição de personalidade jurídica a estes substratos são inegáveis, desde logo, no que toca à separação patrimonial entre os patrimónios dos seus membros e o património da própria pessoa colectiva.

Estas razões de ordem económica e social justificam a criação de entidades separadas das pessoas singulares, mas que podem actuar no mundo jurídico. Como se justifica, no entanto, a sua criação à luz do Direito? Aqui podemos socorrer-nos do princípio da autonomia privada: se as pessoas singulares podem prosseguir os seus interesses de forma individual, porque

¹⁸ Sobre esta matéria, v., por todos, Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, reimpr., Coimbra, Almedina, 2019; Rabindranath Capelo de SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

¹⁹ Ana Filipa Morais ANTUNES, *Comentário aos artigos 70º a 81º do Código Civil (Direitos de Personalidade)*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012, p. 13.

²⁰ A este respeito, v., por exemplo, Paulo Mota PINTO, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais. Estudos*, Coimbra, Gestlegal, 2018.

²¹ O reconhecimento crescente da sua importância também se evidencia na jurisprudência portuguesa, que tem vindo a concretizar cada vez mais os seus conceitos indeterminados. Cf. Guilherme Machado DRAY, *Direitos de Personalidade. Anotações ao Código Civil e ao Código o Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 7.

²² Cf. Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., pp. 401 e ss.; Carlos Alberto da Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., pp. 269 e ss.

não o poderão fazer em conjunto, organizando-se de acordo com certos estatutos, com uma orgânica própria e independente²³? *Et voilá*: eis que vimos nascer as pessoas colectivas, uma realidade incontornável no mundo de hoje: associações, fundações, sociedades comerciais, sociedades civis sob forma comercial, etc.

Ora, se a lei reconhece a possibilidade de atribuição de personalidade jurídica a estes substratos, porque não fazê-lo aos agentes autónomos?

Como vimos, actualmente já há agentes que conseguem evoluir para além da sua programação, e actuar de forma completamente autónoma. Há relatos de programas de computador que começaram a tomar decisões inexplicáveis em face da sua programação original (tendo sido, preventivamente, desligados)²⁴. Através dos mecanismos de *Machine learning*, o agente autónomo recolhe informação do meio ambiente, de outros agentes (através de interacção com outros agentes autónomos, como aparelhos domésticos *smart*, câmaras de videovigilância, etc.) e da própria *internet* e de bases de dados a que tenha acesso, aumentando os dados originais de que dispunha. Ou seja, a máquina aprende sozinha, autonomamente, “sem programação explícita para tanto, adaptando a aprendizagem para novas situações”²⁵. Se o agente for dotado de *Deep learning*, esta capacidade de autoaprendizagem aproxima-se da do ser humano, pois replica a nossa rede neuronal. Esta autonomia torna extremamente difícil imputar os danos provocados por um agente autónomo a pessoas singulares²⁶, surgindo o problema do *liability gap*²⁷. Quem responde? A pessoa singular não tem culpa se não podia prever a actuação lesiva do agente autónomo, pelo que não pode ser responsabilizada; o agente

²³ Neste sentido, Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., pp. 403 e 404.

²⁴ Um caso de referência é o do *robot* Gaak, um *robot* que ficou sem vigilância durante quinze minutos, escapou da arena onde era suposto representar o papel de “caçador” ou de “presa” em ordem a testar-se o princípio da sobrevivência do mais apto aos *robots* dotados de IA, e encontrou uma saída, atravessando o muro da sede, sem ter sido programado nesse sentido. Cf. Marcos EHRHARDT JÚNIOR e Gabriela Buarque Pereira SILVA, “Pessoa e Sujeito de Direito: Reflexões sobre a Proposta Europeia de Personalidade Jurídica Eletrônica”, op. cit., p. 1105.

²⁵ Marcos EHRHARDT JÚNIOR e Gabriela Buarque Pereira SILVA, “Pessoa e Sujeito de Direito: Reflexões sobre a Proposta Europeia de Personalidade Jurídica Eletrônica”, op. cit., p. 1103.

²⁶ Mafalda Miranda BARBOSA, “O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução”, *Revista de Direito Civil*, vol. V, nº 2, 2020, p. 265.

²⁷ Steven S. GOUVEIA, “O problema da lacuna da responsabilidade na Inteligência Artificial”, in Manuel Curado et al. (eds.), *Vanguardas da Responsabilidade – Direito, Neurociências e Inteligência Artificial*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Petrony, 2019, pp. 172-173.

autónomo não pode responder porque, mesmo que seja considerado inteligente o suficiente para se lhe reconhecer um estado intencional, não possui personalidade jurídica, não tem direitos (e, portanto, não tem património) nem obrigações (como a de indemnizar).

Em face destas questões, a UE chegou a admitir a possibilidade de se atribuir ou de se criar um tipo de “personalidade jurídica” aos *robots*.

No ponto 1 da Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL))²⁸, o Parlamento Europeu “[i]nsta a Comissão a propor definições comuns à escala da União de sistemas ciberfísicos, de sistemas autónomos, de robôs autónomos inteligentes e das suas subcategorias, tendo em consideração as seguintes características de um robô inteligente:

- aquisição de autonomia através de sensores e/ou da troca de dados com o seu ambiente (interconetividade) e da troca e análise desses dados;
- autoaprendizagem com a experiência e com a interação (critério opcional);
- um suporte físico mínimo;
- adaptação do seu comportamento e das suas ações ao ambiente;
- inexistência de vida no sentido biológico do termo”.

Na alínea f) do ponto 59 a Comissão também é chamada a “[c]riar um estatuto jurídico específico para os robôs a longo prazo, de modo a que, pelo menos, os robôs autónomos mais sofisticados possam ser determinados como detentores do *estatuto de pessoas eletrónicas* responsáveis por sanar quaisquer danos que possam causar e, eventualmente, aplicar a personalidade eletrónica a casos em que os robôs tomam decisões autónomas ou em que interagem por qualquer outro modo com terceiros de forma independente” (itálico nosso).

No entanto, esta tomada de posição foi recebida criticamente pela maioria da doutrina, pelo que, a UE, nos mais recentes documentos sobre IA, voltou atrás: nada a este respeito foi defendido no Livro Branco sobre a

²⁸ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52017IP0051> [08.06.2022].

Inteligência Artificial – Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança, da Comissão Europeia ²⁹, ou na Proposta de Regulamento sobre Inteligência Artificial do Parlamento Europeu e do Conselho³⁰.

2.2. Argumentos contra

Apesar de haver autores que defendem a possibilidade da existência de estados intencionais de certos *robots* e agentes autónomos³¹, a verdade é que a doutrina discute o conceito de autonomia destes agentes.

Concordamos com Mafalda Miranda Barbosa, que afirma que estamos perante uma mera “autonomia tecnológica”, porque a “inteligência artificial [se] baseia (...) na acumulação de conhecimento, sendo incapaz de interpretações criativas ou de julgamentos sobre o que é certo ou errado[, sendo] sempre condicionada pelos *inputs* do programador”³². Portanto, estamos perante uma “autonomia algorítmica”, já que as “decisões” do agente autónomo são sempre pré-determinadas pelas diretrizes dadas pelo programador. Assim, a autonomia destes agentes não se confunde com a autonomia humana, com a autonomia privada e, seguramente, com a autodeterminação do ser humano. Um agente autónomo não possui livre-arbítrio, não determina o que quer fazer da sua “vida”, não tem sonhos, aspirações, propósitos, não determina o seu próprio fim.

Na verdade, uma capacidade de aprendizagem e entendimento semelhantes à humana, incluindo capacidade decisória verdadeiramente autónoma (ou seja, que não dependa dos *inputs* originais do programador), possuindo criatividade e, até, sentimentos, é algo que ainda não existe no actual estado da tecnologia: a já referida IA Forte. Os cientistas divergem quanto à

²⁹ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020DC0065> [08.06.2022].

³⁰ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece Regras Harmonizadas em Matéria de Inteligência Artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e altera determinados Atos Legislativos da União, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206> [08.06.2022].

³¹ Há autores que discutem a existência de estados intencionais dos agentes autónomos. V. Giovanni SARTOR, “Cognitive Automata and the Law: electronic contracting and the intentionality of software agents”, *Artificial Intelligence and Law*, n.º 17, 2009, pp. 253-290; Pedro Miguel FREITAS *et al.*, “Criminal Liability of Autonomous Agents: from the unthinkable to the plausible”, in Pompeu Casanovas *et al.* (coords.), *AICOL IV/V 2013, LNAI 8929*, Springer, 2014, pp. 145-156.

³² Mafalda Miranda BARBOSA, “O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução”, *op. cit.*, pp. 291.

possibilidade de este estado de desenvolvimento se poder atingir a não ser através de um *interface* Homem-Máquina, ou seja, no campo da cibernética (e do tão falado transumanismo)³³, mas, a ser assim, não haverá que discutir sobre a personalidade jurídica, porque sempre estaremos perante uma pessoa singular, ainda que esta tenha componentes electrónicos incorporados em si. Contudo, ainda que seja possível uma máquina atingir um nível de desenvolvimento que lhe permita tomar consciência de si própria, possuir um raciocínio semelhante ao humano, incluindo criatividade e, até, sentimentos, ou seja, ainda que uma máquina possua IA Forte, é legítimo ponderar-se a atribuição de personalidade jurídica nestes casos? Até agora, os agentes autónomos não possuem estas dimensões profundamente humanas: o sentido daquilo que é eticamente correcto, a dimensão espiritual e da alma³⁴. Alguma vez chegarão a possuí-las? E, se sim, será legítimo ponderar a criação de *E-Persons*?

O Livro Branco sobre IA da Comissão Europeia e a Proposta de Regulamento sobre IA do PE e do Conselho determinam que o funcionamento da IA deve submeter-se sempre ao respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos, nomeadamente, ao respeito pela dignidade da pessoa humana e à proteção da sua privacidade. Por isso, a pergunta que temos de nos fazer é a seguinte: atribuir personalidade jurídica a um agente dotado de IA Forte não violará o princípio da dignidade da pessoa humana? Não deveria ser apenas o ser humano a possuir personalidade jurídica?

Podíamos dizer que isso já acontece actualmente, uma vez que o Direito atribui personalidade jurídica às pessoas colectivas, apesar de estas não serem pessoas em sentido ético. Contudo, como vimos, a criação das pessoas colectivas visa a prossecução de interesses humanos, demasiado grandes para que

³³ Há cientistas que prevêem que se atingirá, algures entre 2030 e 2045, um estado de desenvolvimento que permitirá criar um sistema de computação que equivalerá intelectualmente a um ser humano. ASSOCIAÇÃO PARA A PROMOÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO/GRUPO FUTUROS, *No Limiar na Autodeterminação da Inteligência Artificial?*, Printiglovers, s.d., p. 24. Apesar destas previsões, também há autores que consideram que a chamada HLA – *Human Level Artificial Intelligence*: máquina capaz de pensar e actuar como um humano com inteligência média de nível universitário, possuindo, ainda, competências nos domínios sociocultural emocional (nomeadamente, criatividade e pensamento “*out of the box*”) – só será possível “quando baseada em interfaces inteligentes Homem-Máquina”, na figura do ciborgue, algo que é defendido pelo movimento do Transumanismo. *Idem*, pp. 32 a 35.

³⁴ Mafalda Miranda BARBOSA, “O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução”, *op. cit.*, p. 289. A autora afirma que “[o] ser humano não pode deixar de ser encarado na sua unitária complexidade [na] pluralidade corpo, mente, espírito e alma” (p. 288).

as pessoas singulares os possam prosseguir por si, isoladamente; as pessoas singulares, ao abrigo da sua autonomia privada, podem organizar-se entre si e criar substratos que as ajudem a prosseguir os seus interesses. Portanto, a personalidade jurídica das pessoas colectivas mais não é do que um expediente técnico-jurídico ao serviço das pessoas singulares³⁵.

Nas palavras de Orlando de Carvalho, “[s]ó há personalidade jurídica porque existe personalidade humana. [Há] personalidade jurídica quando existe (logo que existe e enquanto existe) personalidade humana. [Há] personalidade jurídica até onde e *só até onde o exija a personalidade humana*”³⁶ (itálico nosso). “As outras ‘personalidades jurídicas’ são meramente analógicas e instrumentais”³⁷, como sucede com as pessoas colectivas.

Já a atribuição de personalidade jurídica aos agentes dotados de IA (Forte) serve quem? É necessária? É imprescindível? É útil ao ser humano?

Não nos parece.

É certo que poder-se-ia evitar o *liability gap*, visto que estes agentes, sendo dotados de personalidade jurídica, poderiam ser obrigados a indemnizar. Contudo, para isso, teriam de possuir património. Ora, como iriam estes agentes adquirir bens? Possivelmente, teria de ser criado um fundo patrimonial por parte do seu produtor ou do seu dono. Ora, não se atinge o mesmo resultado através da criação de seguros de responsabilidade civil a cargo do seu dono ou do produtor (ou eventualmente do programador) e através da criação de um regime de responsabilidade objectiva destas pessoas a favor do lesado, já que, sendo elas quem retira vantagens da sua criação e comercialização (responsabilidade do produtor) ou da sua utilização (responsabilidade do dono/utilizador), deveriam ser também elas a arcar com a

³⁵ Mafalda Miranda Barbosa discorda que se possa fazer uma analogia entre os agentes autónomos e as pessoas colectivas, uma vez que estas foram criadas para que se pudessem prosseguir interesses humanos colectivos ou comuns (ou para que se pudesse fazê-lo de forma mais eficiente), o que não se verifica no caso dos *robots*, que apenas permitiriam a desresponsabilização do seu proprietário; de todo o modo, a autora conclui que, ainda que esta desresponsabilização pudesse ser considerada um interesse humano, não resolveria problema nenhum, visto os *robots* não possuírem património. V. Mafalda Miranda BARBOSA, “O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução”, *op. cit.*, pp. 294-295.

³⁶ Orlando de CARVALHO, *Tecnia Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, p. 192.

³⁷ Orlando de CARVALHO, *Tecnia Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, p. 193.

desvantagem de ter de assumir as indemnizações pelos danos causados por estes agentes ao abrigo do princípio *ubi commodum, ibi incommodum*³⁸?

Por outro lado, poder-se-ia falar de “dono”? Se o agente autónomo for considerado sujeito de relações jurídicas, como poderia ser, ao mesmo tempo, objeto do direito de propriedade de um ser humano?

Por último, faz sentido que um agente autónomo seja titular de direitos de personalidade? Faz sentido que seja titular do direito à vida, à integridade física, à imagem, à honra... à semelhança de um ser humano? Como defender a existência, por exemplo, de um direito à auto-determinação ou um direito ao livre desenvolvimento da personalidade de uma máquina³⁹? Atribuir a uma máquina um estatuto jurídico que se assemelhe ao do ser humano é coisificar o ser humano, é diminuir o ser humano, é atentar contra a sua dignidade.

Note-se que a nossa ordem jurídica também não criou um estatuto jurídico semelhante ao do ser humano relativamente aos animais. Apesar de reconhecer que se trata de seres vivos que possuem sensibilidade e, por este facto, os ter considerado objecto de protecção, a nossa lei não os considerou sujeitos de direitos (ou de obrigações, naturalmente). Na verdade, apesar de ter criado um subtítulo dentro do Título que trata dos elementos da relação jurídica – ou seja, o subtítulo I-A (sendo “Das pessoas” o subtítulo I e “Das coisas” o subtítulo II – em nenhum artigo deste subtítulo relativo aos animais se diz que estes são titulares de direitos. Pelo contrário, o art. 201º-D manda aplicar-lhes, como regime subsidiário, o regime das coisas (desde que não seja incompatível com a sua natureza); além disso, o art. 1302º, nº 2, afirma peremptoriamente que são objecto do direito de propriedade, embora os distinga das restantes coisas corpóreas (às quais se refere o art. 1302º, nº 1). Ou seja, apesar de os ter excluído das coisas em termos formais (pois não incluiu a sua regulamentação na matéria das coisas), a verdade é que continua a considerá-los como objectos de direitos e não sujeitos de direitos. Assim,

³⁸ No mesmo sentido, Marcos EHRHARDT JÚNIOR e Gabriela Buarque Pereira SILVA, “Pessoa e Sujeito de Direito: Reflexões sobre a Proposta Europeia de Personalidade Jurídica Eletrônica”, *op. cit.*, pp. 1111 e ss., já que os autores questionam sobre a proporcionalidade e a necessidade desta personificação, uma vez que existem outros mecanismos aptos a garantir o ressarcimento de danos, tais como os seguros obrigatórios. Os autores concluem que não há, ao menos para já, “fundamento antropológico-axiológico suficiente a fundamentar a instituição da personalidade eletrônica”, devendo, assim, atribuir-se ao *robot* “o tratamento de coisa” (pp. 1116 e 1117).

³⁹ Sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, v. Paulo Mota PINTO, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais. Estudos, op. cit.*, pp. 7 e ss., nomeadamente no que toca ao facto de este decorrer da dignidade da pessoa humana, constituindo fundamento para “um direito geral de liberdade” (p. 11).

atendendo à definição de coisa do art. 202º, nº 1 e nº 2, do CC, cremos que se devem continuar a qualificar os animais como coisas, embora coisas *sui generis*, pois possuem um regime diferenciado das restantes coisas corpóreas⁴⁰. O elemento sistemático da interpretação (o local onde a lei elenca este regime jurídico) não nos parece suficiente para se lhes atribuir outra classificação, uma vez que, mais relevante, é o seu regime jurídico, ou seja, um argumento de cariz substancial e não meramente formal⁴¹.

Em suma, a atribuição de personalidade jurídica aos agentes autónomos traz mais problemas do que aqueles que resolve, sendo certo que aqueles que resolve podem encontrar soluções muito mais consentâneas com os princípios fundamentais da nossa ordem jurídica, nomeadamente, com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os princípios que regem o instituto da responsabilidade civil.

3. Conclusões

Cremos que, neste momento, não se justifica a atribuição de personalidade jurídica aos agentes autónomos, por vários motivos:

- a) Em primeiro lugar, porque ainda não atingiram um grau de autonomia, auto-consciência e sensibilidade semelhantes às humanas;
- b) Em segundo lugar, porque tal facto não serve os interesses humanos, ou seja, ao contrário do que acontece com as pessoas colectivas, a personalização destes agentes não traz nenhum benefício que não possa ser atingido por uma via menos

⁴⁰ Concordamos, assim, com Heinrich Ewald HÖRSTER, “A propósito da Lei nº 8/2017, de 3 de Março: os animais ainda serão coisas (objectos da relação jurídica)?”, *Revista Jurídica Portucalense*, nº 22, 2017, pp. 66-76, onde o autor explica, ainda que o nosso legislador partiu da premissa errada de que o regime alemão das coisas era similar ao português, quando assim não é. No mesmo sentido, Cristina DIAS, “O divórcio e o novo Estatuto Jurídico dos Animais, introduzido pela Lei nº 8/2017, de 3 de Março – quem fica com o animal de companhia?”, in Regina Beatriz Tavares da Silva e Úrsula Cristina Basset (coords.), *Família e Pessoa: uma Questão de Princípios*, Academia Iberoamericana de Derecho de Familia e de las Personas/ADFAS, p. 289, n. 1.

⁴¹ De modo diferente, considerando que os animais constituem um *tertium genus* (entre pessoas e coisas), Filipe Albuquerque MATOS e Ana Mafalda Miranda BARBOSA, *O novo estatuto jurídico dos animais*, Coimbra, Gestlegal, 2017, p. 7, e Luís Manuel Teles de Menezes LEITÃO, *Direitos Reais*, 9ª ed. Coimbra, Almedina, 2020, pp. 78 e 79.

controversa, pelo que não estamos perante uma situação análoga à das pessoas colectivas;

- c) Em terceiro lugar, tratar uma “máquina” da mesma forma que um ser humano é violar o princípio da dignidade da pessoa humana;
- d) Finalmente, mesmo que esta “máquina” venha a ter sensibilidade, não se justificará que se lhe atribua personalidade jurídica. Veja-se o regime jurídico dos animais, que são objecto de protecção em virtude de serem seres com sensibilidade, mas não são dotados de personalidade jurídica, sendo apenas considerados um objecto *sui generis* de relações jurídicas (distinto das restantes coisas), com regime próprio.

No entanto, reservamo-nos a possibilidade de vir a mudar de opinião quando estivermos perante uma IA Forte. Veremos quais serão, efectivamente, as suas características, as suas capacidades, a sua auto-percepção de si mesma, a sua autonomia, a sua sensibilidade. Mas, como já discutia Azimov na obra *O Homem Bicentenário*⁴², continuamos a pensar se podemos, de facto, considerar humano um ser que potencialmente seja infinito e não esteja sujeito, como todos nós, à mais certa das regras da natureza: a da mortalidade.

⁴² Isaac AZIMOV, *The Bicentennial Man*, Gollancz, 2020.

GESTÃO ALGORÍTMICA

Teresa Coelho Moreira*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.27>

1. Introdução

A revolução digital, a par da massificação da robotização, da automação, do uso de algoritmos e da inteligência artificial têm vindo a modificar de forma significativa a forma como se desenvolve o trabalho, não raras vezes promovendo a substituição do homem pela máquina. Paralelamente, o desenvolvimento do trabalho realizado no âmbito de plataformas digitais, bem como o súbito incremento do trabalho remoto – em larga medida motivado pela pandemia da doença COVID19 – trazem novas oportunidades, mas também novos desafios e preocupações.

Na verdade, as profundas mudanças registadas, nos últimos anos, na forma de trabalhar e nos modos de prestar serviços, pondo em contacto a oferta e a procura, interpelam, crescentemente, o Direito. E também, claro, o Direito do Trabalho.

* Doutora em Direito. Professora Associada com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro integrado do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação e Coordenadora do Grupo de Investigação em Direitos Humanos do mesmo (tmoreira@direito.uminho.pt).

2. Inteligência artificial e gestão algorítmica¹

2.1. Atualmente, a Inteligência Artificial veio para ficar e incide sobre inúmeros aspetos da vida das pessoas em geral e dos trabalhadores em especial desde o momento de formação do contrato de trabalho, passando pela execução do mesmo. Através de, *inter alia*, um novo tipo de formação ao longo da vida, de um novo controlo, o controlo eletrónico/digital, um novo tempo de trabalho, ou de um novo tipo de Direito Coletivo – e terminando na sua cessação.

Contudo, há que referir que não existe um conceito unívoco de Inteligência Artificial, principalmente porque tem de relacionar-se com outro conceito que também é difícil de definir e que é o de inteligência humana e que a mesma coloca várias questões que ultrapassam, largamente, o âmbito da nossa intervenção mas, apenas para referir algumas, desde logo a questão da proteção e propriedade dos dados que constituem a base de trabalho para a Inteligência Artificial; questões relativas à responsabilidade por exemplo no caso dos carros autónomos; ou o direito à privacidade porque todos vamos deixando uma série de *pistas digitais* que permitem a comparação à entrada de determinados locais de uma cópia digitalizada e a imagem da pessoa em causa e, em especial no caso das relações de trabalho, o trabalhador encontra-se, por esta via, amplamente *radiografado* e informações colocadas *online* podem perdurar no ciberespaço por muito tempo, correndo o risco de ficarem completamente desatualizadas e com a inerente descontextualização dos dados.

O conceito de IA ou, pelo menos, o termo surgiu numa série de conferências que tiveram lugar no *Dartmouth College* em 1956. Nesta altura vários cientistas reuniram-se para tentarem ensinar as máquinas a resolverem problemas que à data apenas os humanos conseguiam resolver. Por outro lado, há IA que são consideradas “fracas” e outras “fortes”. A IA forte significa que estes sistemas têm a mesma capacidade intelectual que os humanos, ou mesmo excedem-na. A IA “fraca” está focada na solução de problemas específicos utilizando a matemática e as ciências de computação para avaliar e conseguir que os sistemas tenham capacidade de se otimizarem. Para

¹ Para maiores desenvolvimentos vide Teresa Coelho MOREIRA, *Direito do Trabalho na Era Digital*, Coimbra, Almedina, 2021.

conseguir este desiderato, certos aspetos da inteligência humana são mapeados e formalmente descritos e os sistemas são concebidos e estimulados para suportar o pensamento humano. E este último tipo de IA foi a que intrigou muitos ao longo dos tempos. Desde logo Alan Turing que em 1950 colocou a questão “Será que as máquinas conseguem pensar?”.

2.2. Conforme preconiza Cathy O’Neil², nós vivemos na era do algoritmo. Cada vez mais, as decisões que afetam as vidas das pessoas estão a ser tomadas não por seres humanos, mas por modelos matemáticos. Teoricamente, isso deveria originar uma maior justiça e transparência, porque todos seriam julgados de acordo com as mesmas regras e a discriminação seria eliminada. Mas, na realidade, isso não acontece. Os modelos usados hoje são opacos, não são regulamentados e são considerados, por muitos, como incontestáveis, mesmo quando estão errados. E, ainda mais problemático, é que eles reforçam a discriminação.

Na teoria, parece que o conceito de remover humanos do processo de tomada de decisão também eliminará a discriminação. O paradoxo, no entanto, é que, em alguns casos, a tomada de decisões automatizada serviu para replicar e ampliar até a discriminação³.

O uso de algoritmos traz a promessa de objetividade. As pessoas assumem que os resultados do algoritmo são *neutros*. Essa neutralidade é, no entanto, uma ilusão. Os algoritmos não são tão imparciais quanto pensamos e o risco de discriminação aumenta.

A criação de perfis do comportamento humano e os dados deles resultantes permitem que a administração faça julgamentos sobre quem são as pessoas, bem como preveja o seu comportamento futuro. Na verdade, espera-se que os dados gerados pelo computador sejam confiáveis e neutros e ajudem na previsão.

² Cathy O’NEIL, *Weapons of Math Destruction – How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Crown/Archetype, 2017. A autora defende que “os algoritmos prometem eficácia e imparcialidade mas, por vezes, distorcem a educação superior, aumentam a dívida, estimulam o encarceramento em massa, discriminam os pobres em várias situações e podem colocar em causa a própria democracia”.

³ Ifeoma AJUNWA, “The paradox of automation as anti-bias intervention”, *Cardozo L. Rev.*, vol. 41, n.º 5, assim como Carl FREY e Michael A. OSBORNE, *The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?*, Oxford, Oxford Martin School, 2013, https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf.

Os algoritmos não são de forma alguma infalíveis. As decisões que tomam podem ser tão tendenciosas quanto as de qualquer ser humano, não podendo ser consideradas “superiores” ou mais objetivas do que as de qualquer pessoa⁴. Dotar essas ferramentas computacionais com capacidades superiores às das pessoas que as treinam e as programam é um erro manifesto que a ciência repudia. Se um humano não sabe como resolver um problema que exige critérios justos, uma Inteligência Artificial não será capaz de resolvê-lo por ele. E uma aplicação maciça destas tecnologias algorítmicas multiplicaria, sobreporia e amplificaria tanto os seus efeitos quanto o número de trabalhadores afetados de forma exponencial, alcançando o que o Conselho da Europa descreve como uma “interferência adicional no exercício dos direitos humanos de múltiplas maneiras”.

Na verdade, “os algoritmos não são empáticos: não decifram, nem compreendem os conceitos de humanidade ou probidade. Eles não esquecem, eles não perdoam, eles não estão cientes de sua própria falibilidade. Eles não têm uma escala de valores, nem distinguem as diferenças culturais ou sociais intrínsecas a eles. E como se isso não bastasse, eles não se autocorrigem sob critérios de compreensão, equilíbrio, justiça, ética, moralidade ou alteridade. Hoje, a compreensão humana continua, e continuará a sê-lo a longo prazo, essencial para a tomada de decisões sob critérios justos e equitativos”⁵.

2.3. Os trabalhadores são cada vez mais selecionados e *descartados*, substituídos e considerados quase *descartáveis* neste “sistema de referência profana”⁶. A reputação no mercado de trabalho *online* tornou-se incrivelmente importante para o trabalho na era digital e a pandemia provocada pela Covid 19 levou a uma verdadeira *explosão* no desenvolvimento do controlo realizado pelos algoritmos.

O uso de gestão algorítmica tem vindo a aumentar e foi fortemente impulsionado com a pandemia da COVID-19 através da utilização de *software* de trabalho remoto que permite recolher e monitorizar dados de *performance*

⁴ Veja-se o que consta da Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems, de 8 de abril de 2020, “most algorithmic systems are based on statistical models in which errors form an inevitable part, sometimes with feedback loops that maintain, replicate and reinforce pre-existing biases, errors and assumptions”.

⁵ *Vd.* Estudo da UGT, *Las decisiones algorítmicas en las Relaciones Laborales*, fevereiro de 2021, p. 4.

⁶ Pav AKHTAR e P. MORE, “The psychosocial impacts of technological change in contemporary workplaces and trade union responses”, *International Journal of Labour Research*, vol. 8, n.º 1/2, 2016, p. 112.

laboral. Apesar deste tipo de gestão algorítmica ter surgido essencialmente na economia colaborativa no trabalho em plataformas digitais, é atualmente comum em vários setores de atividade, apoiando a gestão em recolha de informação, no processamento de informação e no controlo do trabalhador com base nessa informação recolhida, muitas vezes de forma pouco transparente

As decisões são cada vez mais baseadas em algoritmos, colocando um novo problema para a sociedade, que é o desenvolvimento de uma sociedade baseada num novo tipo de *black box* – a *black box society* –, dada a opacidade e a falta de transparência dos algoritmos. Nesse cenário, é essencial lembrar que todos os tipos de controlo devem obedecer ao princípio da transparência, que é o conhecimento dos trabalhadores sobre o como, quando, onde e como o controlo é realizado. Este princípio é essencial para o correto processamento de dados pessoais das pessoas em geral, e dos trabalhadores em especial. Além disso, esse direito é reforçado no Regulamento Geral de Proteção de Dados e deve ser aplicado ao controlo executado pelos algoritmos, passando de uma *black box society* para uma espécie de *transparent box society*.

2.4. Ao utilizar os algoritmos, os empregadores podem processar grandes quantidades de dados para obter informações relevantes, que podem ser usadas para a tomada de decisões automatizadas. Por exemplo, os algoritmos podem acelerar o processo de recrutamento eliminando um grande número de currículos ou analisando entrevistas realizadas por vídeo, por exemplo, e selecionando os candidatos mais adequados. Os empregadores também podem usar algoritmos para avaliar o desempenho dos trabalhadores ou determinar que trabalhador deve ser promovido. Segundo uma pesquisa efetuada, 40% das funções de Recursos Humanos de empresas internacionais estão atualmente a empregar aplicações de IA⁷.

Além disso, os algoritmos são usados pelas empresas, para distribuição de atividades, recompensas ou para despedir pessoas. A utilização de algoritmos pode otimizar estes processos e reduzir custos, uma vez que são necessárias menos pessoas para o recrutamento e avaliação dos trabalhadores ou dos candidatos. No entanto, o uso desses algoritmos não é isento de

⁷ PWC, *Artificial Intelligence in HR: a no Brainer*, 2018, disponível em <https://www.pwc.at/de/publikationen/verschiedenes/artificial-intelligence-in-hr-a-no-brainer.pdf>.

riscos, pois eles podem discriminar os mesmos como tem acontecido em vários casos⁸.

Com efeito, tal como apontado por Valerio de Stefano⁹, a Inteligência artificial pode ser utilizada para monitorizar a produtividade dos trabalhadores, identificar inovação e comportamentos desviantes, e a gestão baseada em algoritmos pode conduzir a formas de discriminação incluindo também a discriminação no acesso ao emprego. Assim, a falta de transparência e explicação sobre o funcionamento da decisão e predição dos algoritmos pode conduzir à exclusão de candidatos a emprego por força de fatores alheios ao perfil do posto de trabalho a preencher, bem como à insegurança dos trabalhadores. Neste último caso, ao permitir uma monitorização da *performance* dos trabalhadores, esta inteligência artificial pode aumentar a pressão sobre estes e aumentar o *stress* dos mesmos.

Na verdade, a inteligência artificial e os algoritmos baseiam-se na informação que lhes é fornecida, incluindo comportamentos que podem ser discriminatórios e, por isso, não podemos esquecer-nos que a tecnologia é em si mesma neutra, o mesmo não se podendo dizer de quem a utiliza, cujo *leitmotiv* pode ser a eventual discriminação das pessoas. Através da linguagem que é transmitida ao algoritmo está-se a, consciente ou inconscientemente, possibilitar uma discriminação muitas vezes de grupos de pessoas que já enfrentam problemas de desigualdade, *inter alia*, em razão do género¹⁰, raça, idade e deficiência¹¹.

Os algoritmos são, no final, construções humanas: eles são criados, programados e treinados por seres humanos. As escolhas feitas por estes durante a programação de um algoritmo afetam toda a operação e resultados dos mesmos. Assim, os algoritmos não estão livres de inspiração humana. Além disso, os algoritmos são treinados com dados históricos. Se esses dados

⁸ Veja-se Teresa Coelho MOREIRA, “A discriminação algorítmica”, *QL*, n.º 58, 2021.

⁹ Valerio DE STEFANO, “Introduction: Automation, Artificial Intelligence, and Labour Protection”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 41, n.º 1, 2019.

¹⁰ Cf. OIT, *Final Report – Meeting of Experts on Violence against Women and Men in the World of Work*, 2016, pp. 40-41.

¹¹ Um estudo realizado com base no ordenamento jurídico norte-americano demonstrou que os motoristas que são mais vezes escolhidos não pertencem a minorias religiosas ou raciais. Ver Yanbo GE *et al.*, “Racial and Gender Discrimination in Transportation Network Companies”, *NBER Working Paper*, n.º 22776, 2016.

forem tendenciosos contra certos indivíduos ou grupos, o algoritmo replicará o viés humano e aprenderá a discriminá-los.

O processo de seleção dos dados para inserir e *treinar* o algoritmo também é importante. Dados desatualizados, incorretos ou incompletos podem levar a erros de aprendizagem dos mesmos e interpretações erradas. Eventualmente, os algoritmos são tão bons quanto os dados nos quais eles são *ensinados*. É o que é normalmente denominado de *garbage in, garbage out* ou *discrimination in, discrimination out*¹².

Secundando o defendido por Tom Slee¹³ “os sistemas de *rating* falham na tarefa básica de fornecer informações de qualidade”. Estes algoritmos de *rating* são “the boss from hell: an erratic, bad tempered and unaccountable manager that may fire you at any time, on a whim, with no appeal”.

Detetar discriminação por algoritmos não é fácil, especialmente porque eles são cada vez mais complexos. Na *black box* dos algoritmos, os dados que são inseridos na entrada, como, *inter alia*, o CV dos candidatos ou o desempenho de um trabalhador, ou na saída, por exemplo, qual o candidato que será chamado para uma entrevista de emprego ou qual o trabalhador que irá a ser promovido, são claros. No entanto, a forma como o algoritmo chegou a essa conclusão é um processo bastante opaco.

É por isso que se defende que os algoritmos devem ser transparentes e incluir o princípio da igualdade de tratamento desde o início do processo de construção dos mesmos^{14,15}.

Por outro lado, considera-se que têm de ser passíveis de ser auditadas as decisões tomadas automaticamente e aqui o Regulamento Geral de Proteção de Dados proíbe o estabelecimento de decisões totalmente automatizadas e o *profiling*, bastando ter em atenção o Considerando 71 do Regulamento, que estabelece: “O titular dos dados deverá ter o direito de não ficar sujeito a

12 Como defendido pelo FRA *Report about AI*, “when deciding to grant a loan, credit history can be used to differentiate between individuals, but not on the basis of protected attributes, such as gender or religion. However, many personal attributes or life experiences are often strongly correlated with protected attributes. The credit history might be systematically different for men and women due to differences in earnings and job histories”.

13 *Apud* Jeremias PRASSL e Auriane LAMINE, *op. cit.*, pp. 282-283.

14 *Vide* Teresa Coelho MOREIRA, “Revolução 4.0”, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.ª região*, n.º 56, 2020, pp. 23 e ss.

15 Cf. Teresa Coelho MOREIRA e Guilherme DRAY (coord.), *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021*, Lisboa, GEP, 2022.

uma decisão, que poderá incluir uma medida, que avalie aspetos pessoais que lhe digam respeito, que se baseie *exclusivamente* no tratamento automatizado e que produza efeitos jurídicos que lhe digam respeito ou o afetem significativamente de modo similar, como a recusa automática de um pedido de crédito por via eletrónica ou *práticas de recrutamento eletrónico sem qualquer intervenção humana*. Esse tratamento inclui a definição de perfis mediante qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais para *avaliar aspetos pessoais relativos a uma pessoa singular*, em especial a análise e previsão de *aspetos relacionados com o desempenho profissional*¹⁶, a situação económica, saúde, preferências ou interesses pessoais, fiabilidade ou comportamento, localização ou deslocações do titular dos dados, quando produza efeitos jurídicos que lhe digam respeito ou a afetem significativamente de forma similar”, assim como o artigo 22.º, com a epígrafe *Decisões individuais automatizadas, incluindo definição de perfis*.

Assim, defende-se a existência de auditorias externas na utilização destes algoritmos. Os empregadores que submetam os mesmos a auditorias externas poderiam receber uma espécie de marca de certificação que distinguisse favoravelmente esses empregadores no mercado de trabalho. É que, na verdade, parece que, atualmente, a inteligência artificial não consegue lidar muito bem com a diversidade e, por isso, defende-se a construção de um novo tipo de algoritmo, que insira o princípio da igualdade desde a conceção e por defeito.

Também é importante ter em atenção que as pessoas geralmente acreditam que quando o algoritmo desconhece variáveis, como sexo, idade ou raça, é incapaz de discriminar por esses motivos. No entanto, mesmo excluindo atributos específicos como uma variável de entrada, nada impede que o algoritmo produza resultados tendenciosos. Nesse caso, as chamadas *informações de proxy* podem causar um algoritmo tendencioso. Muitos exemplos mostram que a linguagem utilizada por alguém pode indicar indiretamente o sexo ou a raça. Um código postal pode indicar indiretamente a raça, origem

16 Itálico nosso.

étnica ou social de alguém. Como resultado, pode acontecer na mesma uma discriminação¹⁷.

Atendendo a tudo isto parece-nos também ser bastante importante o que foi defendido pelo Grupo de Trabalho do Artigo 29.^o¹⁸: “O responsável pelo tratamento não pode eximir-se do disposto no artigo 22.^o fabricando uma intervenção humana. Por exemplo, se alguém aplicar de forma sistemática perfis gerados automaticamente a pessoas sem ter qualquer influência efetiva no resultado, tratar-se-á, ainda assim, de uma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado.

Para que se considere haver uma intervenção humana, o responsável pelo tratamento tem de garantir que qualquer supervisão da decisão seja relevante, e não um mero gesto simbólico. Essa supervisão deve ser levada a cabo por alguém com autoridade e competência para alterar a decisão e que, no âmbito da análise, deverá tomar em consideração todos os dados pertinentes”.

Esta ideia parece-nos de fundamental importância nestes casos.

2.5. A Comissão Europeia¹⁹ estabeleceu que um dos requisitos para uma Inteligência Artificial de confiança é o da supervisão humana, defendendo que “ajuda a garantir que um sistema de IA não põe em causa a autonomia humana nem produz outros efeitos negativos. A supervisão pode ser realizada mediante mecanismos de governação como as abordagens de intervenção humana (*human-in-the-loop* — HITL), de fiscalização humana (*human-on-the-loop* — HOTL), ou de controlo humano (*human-in-command* — HIC).

Um outro requisito muito importante que é assinalado pela Comissão Europeia²⁰ é o da privacidade e proteção de dados, considerando que “os

¹⁷ Como refere Ifeoma AJUNWA, “Automated employment discrimination”, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3437631&download=yes: “a racial housing segregation has resulted in a concentration of better-resourced schools in majority-white neighbourhoods where students who attend receive better preparation for taking standardized tests. Thus, although performance on standardized tests may be considered probative of job fitness, the use of such criterion could result in disparate impact. In recognition of the historical taint of structural bias on data that could otherwise be probative, some scholars have called for ‘algorithmic affirmative action,’ which focuses on transparency about the biases encoded in the data and the correction of the data the algorithms use rather than merely in the design of algorithms”.

¹⁸ *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679*, p. 23.

¹⁹ *Orientações éticas para uma IA de confiança*, Bruxelas, 2019, p. 19.

²⁰ *Orientações éticas para uma IA de confiança*, cit., p. 21.

sistemas de IA devem garantir a privacidade e a proteção de dados ao longo de todo o ciclo de vida de um sistema”²¹.

É importante assinalar, também, o princípio da transparência que, conforme refere a Comissão Europeia²², está relacionado com o princípio da explicabilidade e abrange a transparência dos elementos relevantes para um sistema de IA: os dados, o sistema e os modelos de negócio.

Não pode deixar de ter-se em atenção que a própria Comissão Europeia considera que um outro requisito essencial é o da diversidade, não discriminação e equidade. Como defende, “A inclusão e a diversidade têm de estar presentes em todo o ciclo de vida do sistema de IA para que a IA de confiança se torne uma realidade. Além da consideração e do envolvimento de todas as partes interessadas ao longo do processo, tal implica também que a igualdade de acesso mediante processos de conceção inclusivos e a igualdade de tratamento sejam asseguradas. Este requisito está estreitamente relacionado com o princípio da equidade”. Também é importante referir que “Os conjuntos de dados utilizados pelos sistemas de IA (tanto para treino como para funcionamento) podem ser afetados pela inclusão de desvios históricos inadvertidos, bem como por lacunas e por maus modelos de governação. A manutenção de tais desvios pode dar origem a discriminação e preconceitos (in)diretos não intencionais contra determinados grupos ou pessoas, agravando o preconceito e a marginalização”.

Por último, um outro requisito que defendem, e que consideramos essencial, é o princípio da responsabilização, sobretudo o subprincípio da auditabilidade, pois significa a defesa da avaliação de algoritmos, dos dados e de processos de conceção. Claro que tem de acautelar-se alguns direitos como o sigilo de certos negócios e, por isso, nem sempre as informações sobre os modelos de negócios e a propriedade intelectual relacionadas com o sistema de IA têm de estar publicamente disponíveis. Contudo, a avaliação por

²¹ Também no *Livro Branco sobre Inteligência Artificial - uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança*, de 19 de fevereiro de 2020, p. 12, a Comissão Europeia defendeu que “existe um risco potencial de que a IA possa ser utilizada, em violação das regras de proteção de dados e de outras regras da UE, pelas autoridades públicas ou por outras entidades para vigilância em larga escala e pelos empregadores para observar a conduta dos seus trabalhadores”. Contudo, consideramos que neste Documento foi dado pouco relevo à importância da Inteligência artificial na relação de trabalho.

²² *Orientações éticas para uma IA de confiança*, cit., p. 21.

auditores internos e externos, assim como a disponibilidade dos relatórios de avaliação, podem contribuir para a fiabilidade da tecnologia.

Também a própria OIT²³ defendeu o mesmo quando considerou que deveria existir um “ser humano no comando” que garantisse que decisões finais que afetem o trabalho sejam tomadas por seres humanos, considerando que “Deveria estabelecer-se um sistema de governação internacional para as plataformas digitais de trabalho de forma a exigir que estas plataformas (e os seus clientes) respeitem certos direitos e proteções mínimas. Os avanços tecnológicos exigem também a regulação do uso de dados e da responsabilização quanto aos algoritmos usados no contexto do mundo do trabalho”. Também é importante atender que “A gestão de algoritmos, a vigilância e o controlo através de sensores e de outras formas de monitorização, precisa de ser regulado para proteger a dignidade dos trabalhadores. O trabalho não é uma mercadoria; nem é um robô”.

Os trabalhadores devem ter o direito de exigir transparência nas decisões e resultados dos sistemas de inteligência artificial, bem como nos algoritmos subjacentes, estabelecendo o direito de apelar das decisões tomadas e fazer com que sejam revistas por seres humanos.

Também a OCDE, em maio de 2019, estabeleceu cinco princípios para uma Inteligência Artificial “inovadora, de confiança e que respeita os direitos humanos e os valores democráticos”²⁴.

Não esquecer, ainda, que a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (regulamento inteligência artificial) e altera determinados atos legislativos da União, de 21 de abril de 2021²⁵, chama a atenção para esta situação no considerando 36 “Os sistemas de IA utilizados nos domínios do emprego, da gestão de trabalhadores e do acesso ao emprego por conta própria, nomeadamente para efeitos de recrutamento e seleção, de tomada de decisões sobre promoções e despedimentos, de repartição de tarefas e de controlo ou avaliação de pessoas no âmbito de relações contratuais de trabalho

²³ *Trabalhar para um Futuro Melhor*, Genebra, 2019, p. 13.

²⁴ OCDE (2019) *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*, OECD/LEGAL/0449

²⁵ Notar que a *Committee on the Internal Market and Consumer Protection - Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs*, apresentou a 20 de abril de 2022, um *Draft Report* sobre esta Proposta com alterações à mesma.

também devem ser classificados como de risco elevado, uma vez que podem ter um impacto significativo nas perspetivas de carreira e na subsistência dessas pessoas. O conceito de «relações contratuais relacionadas com o trabalho» deve abranger os funcionários e as pessoas que prestam serviços por intermédio de plataformas, conforme mencionado no programa de trabalho da Comissão para 2021. Em princípio, essas pessoas não devem ser consideradas «utilizadores» na aceção do presente regulamento. Ao longo do processo de recrutamento e na avaliação, promoção ou retenção de pessoas em relações contratuais relacionadas com o trabalho, esses sistemas podem perpetuar padrões históricos de discriminação, por exemplo, contra as mulheres, certos grupos etários, pessoas com deficiência ou pessoas de uma determinada origem racial ou étnica ou orientação sexual. Os sistemas de IA utilizados para controlar o desempenho e o comportamento destas pessoas podem ter ainda um impacto nos seus direitos à proteção de dados pessoais e à privacidade”, entendendo que constituem um risco elevado de tratamento na aceção do artigo 6.º, n.º 2, e depois no Anexo III.

Também ao nível da ONU, o Relatório sobre *The right to privacy in the digital age*, apresentado a 13 de setembro de 2021, chama a atenção para esta questão quando analisa a utilização da IA nas relações de trabalho referindo que o tratamento de muitos dados pessoais através de algoritmos pode dar origem a discriminações²⁶.

Na União Europeia, a Comissão Europeia apresentou no dia 9 de dezembro de 2021 uma proposta de Diretiva intitulada *improving working conditions in platform work*^{27,28}.

²⁶ “[I]f a company uses an AI hiring algorithm trained on historic data sets that favour male, white, middle-aged men, the resulting algorithm will disfavour women, people of colour and younger or older people who would have been equally qualified to fill the vacancy”.

²⁷ Esta Proposta insere-se no 5.º princípio do Pilar Europeu dos Direitos Sociais – “5. Emprego seguro e adaptável - Independentemente do tipo e da duração da relação de trabalho, os trabalhadores têm direito a um tratamento justo e equitativo em matéria de condições de trabalho, acesso à proteção social e formação. Deve ser promovida a transição para formas de emprego sujeitas a contrato sem termo. Deve ser garantida a flexibilidade necessária para permitir que os empregadores se adaptem rapidamente às evoluções do contexto económico, em conformidade com a legislação e os eventuais acordos coletivos. Devem ser promovidas formas inovadoras de trabalho que garantam condições de trabalho de qualidade. O empreendedorismo e o trabalho por conta própria devem ser incentivados, devendo a mobilidade profissional ser facilitada. As relações de trabalho que conduzam a condições de trabalho precárias devem ser evitadas, nomeadamente através da proibição da utilização abusiva de contratos atípicos. Qualquer período experimental deve ter uma duração razoável”.

²⁸ Note-se que esta proposta já foi alvo de um *draft Report* a 3 de maio deste ano, propondo a alteração em alguns aspetos relacionados com várias matérias sendo uma delas exatamente a questão da gestão algorítmica.

A proposta de Diretiva tem três objetivos principais²⁹: estabelecer um quadro abrangente para a correta classificação, ou seja, que as pessoas que trabalham através de plataformas têm ou podem obter um estatuto de emprego legal adequado e acesso a direitos sociais; assegurar um algoritmo justo, transparente e responsável de gestão; e esclarecer sobre as regras aplicáveis, especialmente no caso da atividade transfronteiriça³⁰.

Relativamente ao objetivo de gestão algorítmica podem ser identificados dois tipos de medidas. Por um lado, existem medidas ligadas aos direitos individuais e coletivos de gestão algorítmica concedidos aos trabalhadores da plataforma. Estes direitos são estabelecidos no Capítulo III da proposta, sob o título *Gestão algorítmica* – artigos 6.º a 10.º. Por outro lado, existem medidas ligadas às obrigações de transparência impostas às plataformas digitais. Estas obrigações estão estabelecidas nos Capítulos IV e V da proposta, intitulados respetivamente *Transparência no trabalho sobre plataformas* e *Recursos e aplicação efectiva* – artigos 11.º, 12.º, 15.º e 16.º.

As disposições do Capítulo III da Proposta, artigos 6.º a 10.º, visam aumentar a transparência e exigir uma avaliação humana de sistemas automatizados de monitorização e de tomada de decisão que afetam as condições de trabalho dos trabalhadores de plataforma, referindo-se, particularmente, à obrigação de informar os trabalhadores sobre o facto de tais sistemas estarem a ser utilizados e as características principais dos sistemas automatizados de monitorização e de tomada de decisão, bem como disponibilizar essa informação às autoridades laborais e aos trabalhadores das plataformas³¹.

No fundo, as disposições deste capítulo relacionam-se com a obrigação de transparência e de tratamento de dados pessoais, de controlo humano e avaliação das decisões tomadas ou apoiadas por sistemas automatizados com o direito a revisão humana.

²⁹ No mesmo sentido Jelena STARCEVIC, “The EU proposal for a directive on improving working conditions in platform work”, *CLLPJ*, Dispatch n.º 40, 2022; e Lidia GIL OTERO, “Un paso (necesario) más allá de la laboralidad. Análisis y valoración de la propuesta de directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas”, *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, vol. 12, n.º 1, 2022, pp. 89 e ss.

³⁰ Para maiores desenvolvimentos sobre a mesma cf. Teresa Coelho MOREIRA, “A proposta de diretiva relativa à melhoria das condições de trabalho nas plataformas digitais”, *PDT*, I-2022.

³¹ Isto é essencial pois, conforme estabelece o considerando 8 da Proposta “Persons performing platform work subject to such algorithmic management often lack information on how the algorithms work, which personal data are being used and how their behaviour affects decisions taken by automated systems”. No *draft* Report, acrescenta-se, e quanto a nós muito bem “or semi-automated systems”.

Assim, a Proposta de diretiva visa aumentar a transparência na utilização de algoritmos pelas plataformas nos termos do artigo 6.º, assegurando o acompanhamento humano do respeito das condições de trabalho, consagrando a visão do *human in command* no artigo 7.º, e conferindo o direito de contestar decisões automatizadas nos termos do artigo 8.º, sendo que estes novos direitos serão concedidos tanto aos trabalhadores por conta de outrem, como aos verdadeiros trabalhadores independentes ou às pessoas em situações equiparadas³².

A maioria destas disposições, para além de ser consistente com os requisitos estabelecidos no RGPD, vai além deste, pois a Proposta reconhece que o trabalho através de plataformas digitais coloca questões relativas à proteção de dados pessoais que não são suficientemente resolvidas pelo Regulamento³³. Por isso, é importante notar que a Proposta requer que as plataformas digitais forneçam informações também em casos em que a sua tomada de decisão é *apoiada*³⁴ por sistemas automatizados nos termos do artigo 8.º, n.º 1³⁵, enquanto o RGPD rege especificamente os instrumentos de tomada de decisão totalmente automatizados. Esta visão parece-nos muito positiva e capaz de resolver alguns dos problemas de interpretação que resultam do artigo 22.º do RGPD.

³² Veja-se o considerando 16 da Proposta “The provisions on algorithmic management which are related to the processing of personal data should also apply to genuine self-employed and other persons performing platform work in the Union who do not have an employment relationship”, assim como o 40 “Persons who do not have an employment relationship constitute a significant part of the persons performing platform work. The impact of automated monitoring and decision-making systems used by digital labour platforms on their working conditions and their earning opportunities is similar to that on platform workers. Therefore, the rights in Articles 6, 7 and 8 of this Directive pertaining to the protection of natural persons in relation to the processing of personal data in the context of algorithmic management, namely those regarding transparency on automated monitoring and decision-making systems, restrictions to process or collect personal data, human monitoring and review of significant decisions, should also apply to persons in the Union performing platform work who do not have an employment contract or employment relationship”.

³³ Veja-se o Considerando 29 “While Regulation (EU) 2016/679 establishes the general framework for the protection of natural persons with regard to the processing of personal data, it is necessary to lay down rules addressing the concerns that are specific in the processing of personal data in the context of platform work. This Directive provides for more specific rules in the context of platform work, including to ensure the protection of the rights and freedoms in respect of the processing of employees’ personal data within the meaning of Article 88 of Regulation (EU) 2016/679”.

³⁴ Itálico nosso.

³⁵ “Member States shall ensure that platform workers have the right to obtain an explanation from the digital labour platform for any decision taken or *supported* by an automated decision-making system that significantly affects the platform worker’s working conditions, as referred to in Article 6(1), point (b)” – itálico nosso.

A proposta requer ainda que as plataformas estabeleçam uma supervisão humana de sistemas automatizados e procedimentos internos para reparação de decisões tomadas ou apoiadas por sistemas automatizados.

Além disso, a Proposta estipula regras mais específicas sobre o tratamento de dados pessoais das plataformas relativamente aos trabalhadores³⁶, assim como aos seus representantes, nos termos do artigo 9.^o³⁷.

Considera-se, ainda, importante o que consta do artigo 15.^o da Proposta pois impõe uma obrigação às plataformas digitais de criar um canal de comunicação através das suas infraestruturas ou meios digitais igualmente eficazes no campo dos direitos coletivos de gestão algorítmica³⁸.

2.6. Também o *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021* estabelece algumas linhas de reflexão para políticas públicas sobre esta matéria consagrando que se deve “*Regulamentar a utilização de algoritmos, nomeadamente na distribuição de tarefas, organização do trabalho, avaliação de desempenho e progressão*, em particular no âmbito do trabalho prestado através de plataformas, que representa um redobrado distanciamento entre empregador e trabalhador, tanto físico como pela intermediação tecnológica da relação, evitando assim potenciais enviesamentos e discriminações”, assim como “*Regular a utilização de algoritmos* nas suas diferentes dimensões, de modo a promover a transparência e responsabilidade do seu uso, nomeadamente no âmbito das relações de trabalho; *Incentivar, em particular, a regulação da utilização dos algoritmos em sede de negociação coletiva, envolvendo os parceiros sociais* e assegurando o tratamento da matéria ao nível das convenções coletivas de trabalho, de forma a garantir uma adequação adequada da IA e a refletir

³⁶ Assim não devem processar-se dados sobre conversas privadas, sobre o estado de saúde, psicológico ou emocional do trabalhador da plataforma e quaisquer outros dados enquanto o trabalhador da plataforma não está a oferecer ou a executar trabalho na plataforma.

³⁷ Artigo 9.^o, n.º 1, “Without prejudice to the rights and obligations under Directive 2002/14/EC, Member States shall ensure information and consultation of platform workers’ representatives or, where there are no such representatives, of the platform workers concerned by digital labour platforms, on decisions likely to lead to the introduction of or substantial changes in the use of automated monitoring and decision-making systems referred to in Article 6(1), in accordance with this Article”.

³⁸ “Member States shall take the necessary measures to ensure that digital labour platforms create the possibility for persons performing platform work to contact and communicate with each other, and to be contacted by representatives of persons performing platform work, through the digital labour platforms’ digital infrastructure or similarly effective means, while complying with the obligations under Regulation (EU) 2016/679. Member States shall require digital labour platforms to refrain from accessing or monitoring those contacts and communications”.

as necessidades específicas de cada setor; *Introduzir disposições na legislação que minimizem os novos riscos associados ao comportamento autónomo da IA*, estabelecendo requisitos para assegurar a proteção da privacidade e dos dados pessoais, da igualdade e não-discriminação (ver pontos específicos para aprofundamento), da ética, da transparência e da explicabilidade dos sistemas baseados em algoritmos, quer ao nível da seleção de candidatos a emprego, quer ao nível da execução do contrato de trabalho e da fiscalização da atividade profissional do trabalhador”, e ainda “*Prevenir mecanismos e práticas discriminatórias no uso de inteligência artificial e de algoritmos*”³⁹ no quadro das relações de trabalho, ponderando a criação de um sistema que responsabilize os respetivos utilizadores ou criadores, em caso de comportamentos ilícitos”.

No mesmo sentido, a *Proposta de Lei n.º 15/XV/1ª que procede à alteração da legislação laboral no âmbito da agenda do trabalho digno*⁴⁰ estabeleceu algumas regras nesta matéria: acrescentando uma nova alínea no artigo 3.º, n.º 3, relativamente à utilização de o) “Uso de algoritmos, inteligência artificial e matérias conexas, nomeadamente, no âmbito do trabalho nas plataformas digitais”.

Acrescentando, ainda, no n.º 3, do artigo 24.º uma parte primeira que estabelece que “O disposto nos números anteriores também se aplica no caso de tomada de decisões baseadas em algoritmos ou outros sistemas de inteligência artificial”.

No artigo 106.º, relacionado com o dever de informação, adita-se uma nova alínea, alínea s), com o seguinte teor: “Os parâmetros, as regras e as instruções em que se baseiam os algoritmos ou outros sistemas de inteligência artificial que afetam a tomada de decisões sobre o acesso e a manutenção do emprego, assim como as condições de trabalho, incluindo a elaboração de perfis e o controlo da atividade profissional”, que é igual ao que se adiciona no artigo 424.º, n.º 1, relativo ao conteúdo do dever de informação às comissões de trabalhadores na nova alínea, alínea j).

No ordenamento jurídico espanhol a *Ley 12/2021, de 28 de septiembre*⁴¹, *por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los*

³⁹ Itálico nosso.

⁴⁰ Publicada no DAR, de 22 de junho de 2022.

⁴¹ Que resulta do *Real Decreto-ley 9/2021*, de 11 de mayo.

Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales e que introduz uma nova alínea no artigo 64.º, n.º 4.º, do ET que obriga a que as comissões de trabalhadores serem informadas sobre os parâmetros, as regras e instruções em que se baseiam os algoritmos ou sistemas de inteligência artificial que afetam a tomada de decisões que podem afetar as condições de trabalho, o acesso e a manutenção do emprego, incluindo a definição de perfis⁴².

Mais recentemente a *Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, estabelece no artigo 3.º, n.º 1, que se aplica a “Inteligencia Artificial y gestión masiva de datos, así como otras esferas de análoga significación”, assim como no artigo 23.º, n.ºs 3 e 4, consagra-se respetivamente que “Las administraciones públicas y *las empresas*⁴³ promoverán el uso de una Inteligencia Artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, siguiendo especialmente las recomendaciones de la Unión Europea en este sentido” e que “Se promoverá un sello de calidad de los algoritmos”.

3. Conclusão

Defende-se ser necessário regulamentar a utilização da gestão algorítmica sempre com base na ideia do “ser humano no comando”, assegurando que as decisões finais são tomadas por seres humanos e não por máquinas.

Ao desenvolver e ao utilizar algoritmos, os empregadores devem estar cientes dos princípios fundamentais legais sobre privacidade e não discriminação. Por esta razão, os empregadores devem introduzir um sistema de controlo humano e devem sempre ser capazes de explicar como uma decisão foi tomada.

⁴² Cf. o Documento do Ministério de Trabajo y Economía Social que tenta estabelecer algumas regras e clarificar questões quanto à utilização dos algoritmos nas relações de trabalho - *Información algorítmica en el ámbito laboral – guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, de maio de 2022.

⁴³ Itálico nosso.

Além disso, eles devem garantir que o uso de algoritmos não ocorra em detrimento do princípio da igualdade. Afinal, o uso de algoritmos na tomada de decisão representa um risco para o direito dos trabalhadores à igualdade.

É óbvio que a inteligência artificial e os algoritmos estão, de forma consistente, a exercer mais influência na forma como pensamos e organizamos em sociedade e, conseqüentemente, o avanço científico e jurídico não pode desvincular-se das questões éticas e jurídicas envolvidas neste novo cenário.

Governar a inteligência artificial e, especificamente, governar os algoritmos com alguns princípios éticos e legais, como justiça, confiabilidade, segurança, privacidade, proteção de dados, inclusão, transparência e responsabilidade, e a técnica de igualdade desde a concepção e por defeito, são um passo importante para tentar seguir o ritmo da inovação tecnológica, ao mesmo tempo em que se tenta garantir a eficácia da lei.

Os algoritmos podem auxiliar a realizar esta alteração positiva, mas segundo critérios adequados, controlados e transparentes.

DE LA COMPETENCIA Y PROPIEDAD INTELECTUAL PARA ESTIMULAR LA PRODUCCIÓN LOCAL DE MEDICAMENTOS EN LOS PAÍSES EN DESARROLLO DESPUÉS DEL COVID-19

Thamara Romero*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.28>

1. Introducción

Existe un debate de larga data sobre la producción local de medicamentos y los beneficios que trae a los países en desarrollo en términos de acceso a las medicinas y autonomía sanitaria¹. A pesar de que existen pocos estudios que cuantifiquen el impacto económico de asumir dicha estrategia a nivel nacional², la reciente crisis de salud provocada por la pandemia del coronavirus

* Thamara Romero es Oficial Legal en la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés). Correos: Thamara.romero@un.org; thamararomero@me.com.

¹ Ver UNCTAD, *Using Intellectual Property Rights to Stimulate Pharmaceutical Production in Developing Countries: A Reference Guide*, New York and Geneva, 2011.

² Sobre recientes estudios ver Ganesh KUMRAJ *et al.*, “Capacity Building for Vaccine Manufacturing Across Developing Countries: The Way Forward”, *Human Vaccines & Immunotherapeutics*, vol. 18, n° 1, 2022, disponible en <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/21645515.2021.2020529> [03.10.2022].

(COVID-19) dejó clara la dependencia de las importaciones para acceder a la vacuna contra el COVID-19 y medicamentos en general para abastecer las farmacias y centros hospitalarios de muchos países³.

La mayoría del suministro de medicinas y de vacunas a nivel global proviene de la producción de grandes multinacionales farmacéuticas ubicadas en países desarrollados, entre los que se encuentran los Estados Unidos, algunos países europeos, y en menor medida China e India⁴. Estas imponen los precios de acuerdo a sus propias reglas de mercado, que incluye la necesidad de recabar los costos en investigación y desarrollo (I+D) y de mercadeo, entre otros. En tal virtud, los precios de los medicamentos pueden resultar demasiado elevados o inaccesibles para la mayoría de la población de países con bajo índice de desarrollo y alta inflación.

Muchos de los países que aún carecen de capacidad de fabricación local de sus medicamentos de base enfrentan desafíos que involucran el establecimiento de un proceso de fabricación sólido y estable, la seguridad en el suministro de materias primas y la propiedad intelectual (PI). La PI, en particular, puede ofrecer importantes incentivos para desarrollar la industria farmacéutica a nivel nacional⁵. A su vez, su mal uso puede generar obstáculos al desarrollo continuo de la innovación y constituir una barrera indirecta al acceso a los medicamentos.

Afortunadamente, la entrada al mercado de medicamentos genéricos suele estimular la competencia y contribuir a la disminución de los precios, a pesar de que en algunos casos los precios de los genéricos no sean necesariamente inferiores a los de los productos patentados⁶. Pero los genéricos solo pueden producirse cuando los medicamentos no están protegidos por patentes y esto puede darse por motivos, entre los que cabe mencionar (1)

³ Los informes anuales del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) demuestran que la mayoría de los bienes que se adquirieron de diferentes países son vacunas.

⁴ Según un documento recientemente publicado por el Banco Mundial, alrededor del 42 por ciento de la cuota de mercado mundial está en manos de solo 10 grandes empresas farmacéuticas. Ver Blair Edward LAPRES, *Developing Countries have a path to creating their own pharmaceutical industries*, World Bank Blogs, February 22, 2022, disponible en <https://blogs.worldbank.org/psd/developing-countries-have-path-creating-their-own-pharmaceutical-industries> [03.10.2022].

⁵ Joseph STRAUS, "The Impact of the New World Order on Economic Development: The Role of the Intellectual Property Right System", *European Review*, vol. 15, n° 1, 2007, p. 47.

⁶ Ver Reporte de la Comisión sobre la Propiedad Intelectual, la Innovación y la Salud Pública de la Organización Mundial de la Salud, Ginebra, abril 2006, p. 112.

la patente ha expirado (2) el medicamento no ha sido protegido por patente en el territorio en el que se produce el medicamento o (3) el titular de la patente ha concedido una licencia de explotación a un tercero, en este caso, la empresa de genéricos.

De este modo, la promoción efectiva de un ambiente que favorece la competencia impulsa el desarrollo de la innovación y de nuevos medicamentos, entendido como el mantenimiento del delicado equilibrio entre los derechos exclusivos que otorgan las patentes farmacéuticas y el fomento de la innovación a través de los competidores.

El siguiente artículo no busca ofrecer un análisis exhaustivo de los problemas que obstaculizan la producción local de medicamentos ni de explorar de forma contextual temas relacionados con el derecho de patentes en general. Por el contrario, buscar arrojar luz sobre el rol que juega el control de prácticas anticompetitivas para la producción de medicinas, las patentes, ilustra las prácticas anticompetitivas más frecuentes, explica la norma multilateral que rige sobre esta materia, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y ofrece algunas recomendaciones para que los gobiernos puedan establecer un ambiente en el que la competencia estimule el surgimiento de la industria farmacéutica local.

2. Las patentes y la competencia

Los titulares de una patente tienen el derecho exclusivo de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen actos de fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines del producto que está protegido por la patente. En caso de que la patente sea concedida sobre un procedimiento, el titular puede impedir que terceros lo reproduzcan o realicen algunos de los actos anteriormente señalados con respecto al producto que resulte de dicho procedimiento⁷.

⁷ Artículo 28 Acuerdo de los ADPIC.

El ejercicio de derechos exclusivos de las patentes ofrece a su titular un monopolio de explotación de 20 años⁸. Esto en si no genera ningún conflicto legal, pero el mal uso de los derechos que confiere el monopolio podría dar origen a casos de prácticas anticompetitivas, si se las empresas farmacéuticas abusan de la posición dominante en el mercado.

El concepto de abuso de los derechos de propiedad intelectual (DPI) es muy amplio según el ADPIC. Su correcta interpretación dependerá de la lectura conjunta del espíritu de la norma, contenida en el preámbulo y los artículos 7 y 8 sobre los objetivos de la protección de la PI⁹. En primer lugar, las leyes de PI tienen como objetivo permitir al titular de los derechos apropiarse de todo el valor de mercado de la materia protegida, sirviendo así de incentivo para la creación, el uso y la explotación de invenciones, obras, marcas y diseños. Al mismo tiempo, el artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC establece que la protección y la observancia de los DPI deben “contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología”. En una economía de mercado que funcione correctamente, los DPI pueden incentivar la competencia, basándose en la promesa de conceder derechos exclusivos a productos o servicios que aporten un nuevo beneficio a la sociedad.

En otras palabras, para que puedan cumplirse los objetivos del ADPIC es esencial que los DPI existentes no se empleen de forma que sólo beneficien a sus propietarios, descuidando su propósito de promover la competitividad a través de la innovación y la difusión de la tecnología. Entre el ejercicio de los DPI y la búsqueda de la competitividad pueden surgir el abuso de posición dominante en el mercado y las prácticas que restringen el comercio y la transferencia de tecnología, independientemente de si se considera que la interfaz de la protección de la PI y la promoción de la competencia se apoyan mutuamente o son contradictorias.

La producción local de productos farmacéuticos en los países en desarrollo depende en gran medida de la colaboración entre las compañías

⁸ Artículo 33 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

⁹ Ver Thamara ROMERO, “Article 7 and 8 of the TRIPS Agreement and its legal interpretation”, *South Centre Policy Brief*, nº 79, 1 Junio 2020, disponible en <https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2020/06/PB-79.pdf> [03.10.2022].

farmacéuticas de los países con economías más avanzadas y las empresas locales. Por ejemplo, muchas sustancias farmacéuticas, como los ingredientes farmacéuticos activos (IFA) necesarias para la producción de medicamentos, deben ser importadas por los productores locales, para poder utilizarlas como sustancias de base para la fabricación de nuevas medicinas. En muchos casos, estas sustancias son protegidas por patentes cuyos detentores son empresas extranjeras y de ellas dependerá que pueda hacerse una compra directa, o que se autorice la propia fabricación para lo cual deberán conceder una licencia voluntaria.

Los términos de esta licencia, es decir, las condiciones en las que el licenciataria puede reproducir el ingrediente farmacéutico se determinan en las negociaciones privadas que ocurran entre el licenciante y el licenciataria. Son de considerable importancia para el fabricante local, ya que podrían ser más o menos favorables para lograr una producción sostenible. Los licenciantes pueden verse tentados a denegar la concesión de la licencia o a retener la mayor parte de su tecnología protegida y reducir el papel del licenciataria al mero ensamblaje o distribución del producto, sin compartir ningún conocimiento técnico significativo.

A continuación, se podrán observar prácticas anticompetitivas generalizadas que pueden afectar a los productores locales fuera del contexto de la concesión de licencias de propiedad intelectual.

3. Prácticas anticompetitivas en el marco del ejercicio de un derecho de patentes

3.1. Precios excesivos

El monopolio exclusivo del titular de la patente incluye el derecho de imponer el precio de los medicamentos, incluido aquel que productores locales deberán pagar por los ingredientes activos (productos) y por los procedimientos. En algunos casos, estos precios suelen resultar demasiado elevados o incluso resultar abusivos.

Por ejemplo, podría darse el caso en que el titular de una patente farmacéutica se niegue a poner a disposición un nuevo medicamento a un precio asequible para un servicio de salud pública de un país en desarrollo

destinado a la población en general, limitando así la distribución del medicamento a las partes acomodadas de la sociedad. Si resulta evidente que se ha adoptado esta medida a pesar de las ganancias serían potencialmente mayores si el medicamento pudiera venderse al servicio de salud pública, se deberá determinar la relación entre el precio y la estrategia del titular para desincentivar las importaciones paralelas¹⁰. De demostrarse que esta última es la razón que conlleva el establecimiento del alto precio, se consideraría a la razón como ilegítima, especialmente si el titular de la patente renuncia a la oportunidad de obtener mayores beneficios comerciales en el mercado del país en desarrollo. Las autoridades nacionales podrían hacer uso de remedios judiciales o administrativos para corregir la práctica anticompetitiva¹¹.

Otro ejemplo de precios excesivos se puede encontrar en el caso presentado ante la Comisión de la Competencia de Sudáfrica contra las empresas farmacéuticas multinacionales GlaxoSmithKline South Africa (Pty) Ltd (GSK) y Boehringer Ingelheim (BI) por infringir la Ley de la Competencia de 1998¹². La denuncia fue presentada por organizaciones de la sociedad civil y particulares en septiembre de 2002. Los denunciantes alegaban la violación de la ley de competencia sudafricana al cobrar precios excesivos en detrimento de los consumidores por tres de sus medicamentos antirretrovirales protegidos por patente. Según la legislación sudafricana (artículo 49 B (2) (b) de la Ley de Competencia, nº 89 de 1998), “cualquier persona” puede “presentar una denuncia contra una supuesta práctica prohibida”. En opinión de los denunciantes, los precios de los medicamentos eran excesivos porque, incluso teniendo en cuenta la necesidad de recuperar los costes de I+D y obtener beneficios, así como la obligación de pagar determinadas tasas de licencia, los precios seguían siendo injustificadamente elevados.

¹⁰ Se aprovechen de las posibles diferencias de precios entre los mercados de los países en desarrollo y los de precios altos a nivel nacional.

¹¹ Artículo 40 del Acuerdo de los ADPIC.

¹² Ver UNCTAD, *Hazel Tau & others v. GlaxoSmithKline, Boehringer Ingelheim & others*, 2002, disponible en <https://unctad.org/ippcaselaw/sites/default/files/ippcaselaw/2020-12/Hazel%20Tau%20SA%20Competition%20Commission%20v.%20GSK%20BI%20et%20al%202002.pdf> [03.10.2022].

La Comisión de la Competencia sudafricana respaldó esta opinión y remitió el caso al Tribunal de la Competencia. Sin embargo, antes de que el Tribunal pudiera pronunciarse sobre la cuestión, las empresas afectadas acordaron conceder licencias de uso de las sustancias patentadas a una serie de fabricantes locales. Tales acuerdos ya existían, pero en términos y condiciones que resultaron impracticables para los productores locales (por ejemplo, sólo se permitían las ventas al sector público, con una tasa de regalías del 30%). Los nuevos acuerdos, en cambio, contenían condiciones mucho más favorables. Por ejemplo, los licenciatarios estaban autorizados a producir localmente tanto para el sector público como para el privado, así como a importar la sustancia patentada desde el extranjero (incluidas las combinaciones de dosis fijas. Los licenciatarios también estuvieron autorizados a exportar sus productos producidos localmente a toda el África subsahariana. La tasa máxima de regalías se fijó en el 5% (incluidas las CDF).

En este caso, el resultado del aumento de la competencia de los genéricos fue un descenso significativo de los precios de estos medicamentos entre el 58,3% y el 93,9% (es decir, los precios de los productos patentados antes de la reclamación en comparación con las versiones genéricas más baratas disponibles producidas por los fabricantes locales).

3.2. Abuso de posición dominante en el mercado

Por otra parte, la posición dominante de la cual goza el titular de una patente podría ser utilizada para ampliar la protección más allá de un propósito legítimo, por ejemplo, extender de una manera artificial la duración de la patente más allá de los 20 años establecidos en la norma. Esta posición dominante puede determinarse, entre otras cosas, por las respectivas cuotas de mercado y la capacidad del respectivo titular de la patente de comportarse de forma independiente de sus competidores, sus clientes y, en última instancia, sus consumidores¹³.

¹³ Ingo BRINKER, "Essential Facilities Doctrine and Intellectual Property Law: Where does Europe stand in the aftermath of the IMS Health case?", in AAVV, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law*, Juris Legal Information, 2004, p. 4, disponible en <http://www.jurispub.com/Essential-Facility-Doctrine-and-Intellectual-Property-Law-Where-Does-Europe-Stand-in-the-Aftermath.html> [03.10.2022]. Brinker hace referencia

Siempre se considera que el abuso de posición dominante tiene un efecto adverso sobre la competencia en el mercado de referencia. A menudo se denomina “conducta anticompetitiva”. El Acuerdo sobre los ADPIC hace referencia a esta noción en los artículos 40 y 31 K.

Los gobiernos tienen poderes muy limitados para controlar estas prácticas comerciales, especialmente porque las partes deberían en general, ser libres de determinar el contenido de sus acuerdos contractuales. Sin embargo, el Acuerdo sobre los ADPIC concede a los miembros la libertad de definir, en sus legislaciones nacionales, las prácticas que, en determinados casos, pueden constituir un abuso de los DPI, y para adoptar las medidas adecuadas para controlar dichas prácticas. Dicho control podría ejercerse de forma que promueva el desarrollo de capacidades de producción farmacéutica sostenible a nivel nacional o regional.

Un ejemplo de posición dominante que facilita el abuso de los derechos exclusivos es el caso resuelto por la Corte de Justicia Europea en julio de 2010¹⁴: la empresa AstraZeneca que dominaba el mercado con su medicamento contra la úlcera, LOSEC¹⁵ solicitó la retirada de la aprobación reglamentaria de la formulación en cápsulas de su medicamento en varios países de la Unión Europea, sustituyéndola por una nueva formulación de comprimidos. El único objetivo de esta acción era impedir la venta de versiones genéricas y de importaciones paralelas de la formulación en cápsulas. La Corte confirmó una decisión de La Comisión de la UE adoptada anteriormente, al considerar que la retirada de la aprobación reglamentaria de la versión en cápsula del medicamento constituía un abuso de la posición

a la legislación y la jurisprudencia europeas, según las cuales las cuotas de mercado superiores al 50% constituyen en sí mismas una prueba de posición dominante.

¹⁴ Caso T-321/05 del 1 de Julio 2010, *AstraZeneca contra la Comisión Europea*, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=T-321/05> [02.10.2022].

¹⁵ El Losec se patentó por primera vez en Europa en 1979, lo que explica la existencia de copias genéricas en el mercado en el momento en que la Comisión de la UE inició las investigaciones (es decir, en 1999). En ese momento, los fabricantes de genéricos, para poder comercializar sus productos en la UE, necesitaban un producto originario de referencia. Tras la retirada de la aprobación reglamentaria de la versión en cápsulas de Losec, los fabricantes de genéricos ya no podrían comercializar sus copias genéricas de estas cápsulas. Los importadores paralelos de cápsulas de Losec tampoco podrían comercializarlas. Por el contrario, la empresa dominante sería la única que comercializaría la versión en comprimidos de Losec. Véase “EU Court upholds ‘novel’ approach to abuse of dominance in pivotal pharma appeal”, *Concurrences*, publicación en línea, 1 de julio de 2010, disponible en <https://www.concurrences.com/fr/bulletin/news-issues/july-2010/the-eu-general-court-upholds-novel-approach-to-abuse-of-dominance-in-pivotal> [06.10.2022].

dominante de la empresa en el mercado de los tratamientos antiulcerosos. La decisión subrayó que, si bien una empresa dominante no está obligada a proteger los intereses de los competidores, ello no puede “justificar el recurso a prácticas que quedan fuera del ámbito de la competencia en cuanto al fondo”¹⁶. En otras palabras, lo que hizo que la conducta de la empresa fuera abusiva fue el hecho de que el único objetivo de la retirada de la autorización reglamentaria consistía en impedir la entrada al mercado de la competencia de versiones genéricas del medicamento y las importaciones paralelas. La retirada no habría sido abusiva si hubiera habido alguna razón objetiva por la que dicha retirada fuera necesaria para mejorar la competitividad de los propios productos de la empresa¹⁷.

3.3. Prácticas que restringen el comercio o afectan negativamente a la transferencia y difusión de la tecnología

Dichas prácticas pueden producirse por conductas unilaterales o a través de acuerdos contractuales. No tienen que constituir necesariamente una conducta voluntariamente anticompetitiva, pero podría tener un efecto adverso. De nuevo, el Acuerdo sobre los ADPIC no ofrece ninguna definición de lo que constituye una restricción del comercio o un efecto adverso sobre la transferencia y difusión de tecnología. Dado que el artículo 7 identifica la transferencia y difusión de tecnología como uno de los objetivos del Acuerdo sobre los ADPIC, el uso de los DPI que afecta negativamente a este objetivo puede considerarse como un uso indebido de la PI. Los miembros pueden someter tales prácticas a las medidas de control adecuadas, siempre que éstas estén en consonancia con las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC.

A pesar de la importancia del derecho y la política de la competencia para el control de los derechos exclusivos de la propiedad intelectual, el Acuerdo sobre los ADPIC abarca las cuestiones de competencia sólo de forma muy limitada. El Acuerdo establece unas normas mínimas de protección de la propiedad intelectual bastante detalladas, pero no proporciona al mismo

¹⁶ Ver el párrafo 816 de la Decisión.

¹⁷ Ver UNCTAD, *Using Intellectual Property Rights to Stimulate Pharmaceutical Production in Developing Countries: A Reference Guide*, op. cit., p. 146.

tiempo herramientas comparables para controlar el ejercicio de los derechos exclusivos. A falta de un acuerdo internacional sobre derecho y política de la competencia, no existe actualmente ningún marco internacional que pueda proporcionar a los gobiernos de los países en desarrollo una orientación sobre el control de los derechos de PI. El problema para muchos países en desarrollo radica en que suelen carecer de los conocimientos técnicos necesarios para aplicar complejas normas de competencia. Estos corren el riesgo de aplicar derechos exclusivos sin las debidas salvaguardias. En consecuencia, sus sistemas pueden acabar siendo más restrictivos para los espacios necesarios de dominio público.

4. El Acuerdo sobre los ADPIC

Las prácticas anticompetitivas pueden darse en un contexto específico de concesión de licencias (artículo 40 del Acuerdo sobre los ADPIC), así como en el contexto más amplio del abuso de patentes en virtud del artículo 8.2 del Acuerdo sobre los ADPIC (por ejemplo, precios excesivos o abusivos). En tal sentido, la concesión de una licencia obligatoria en las condiciones del artículo 31 (k) del Acuerdo sobre los ADPIC constituye una medida para corregir los resultados negativos de la practica anticompetitiva, que resulta “coherente” con el Acuerdo sobre los ADPIC, tal y como exigen los artículos 40.2 y 8.2.

4.1 Artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC

En virtud de la reciente interpretación del artículo 8.1¹⁸, la promoción de una producción farmacéutica local competitiva que garantice un acceso asequible y sostenible a los medicamentos es un objetivo de vital importancia para el desarrollo socioeconómico, tecnológico y de protección de salud

¹⁸ Ver Organización Mundial del Comercio (OMC), Informe del Grupo Especial, Australia – Determinadas medidas relativas a las marcas comerciales, las indicaciones geográficas y otros requisitos de empaquetado sencillo aplicables a los productos y envases de tabaco, documentos WT/DS435/R, WT/DS441/R, WT/DS458/R y WT/DS467/R (28 de junio de 2018). Ver también Thamara ROMERO, *Article 7 and 8 of the TRIPS Agreement and its legal interpretation*, *op. cit.*, p. 2.

pública¹⁹. Aunque esta disposición no se refiere expresamente al abuso de la propiedad intelectual, sí menciona factores como los socioeconómicos y tecnológicos que están en el corazón de muchas leyes nacionales de competencia. Por lo tanto, los miembros pueden abordar las prácticas de PI que obstaculizan el desarrollo de dicha producción nacional, siempre que se haga de forma coherente con el Acuerdo sobre los ADPIC.

Por otra parte, dichas medidas deben ser “apropiadas”, en el sentido de que deben estar dirigidas a resolver el problema de salud pública²⁰ y consistente con el Acuerdo sobre los ADPIC. Esta autorización está supeditada a la coherencia y proporcionalidad de la medida adoptada con el ADPIC. Como lo dijimos anteriormente, la noción de “abuso” en virtud de esta disposición es amplia y se considera como cualquier uso ilegítimo de un DPI que sea contrario a los objetivos de la protección de la PI. Mientras los miembros se mantengan dentro de estos límites, están autorizados a establecer definiciones más específicas de “abuso”.

El artículo 8.2 del Acuerdo sobre los ADPIC también se refiere a las prácticas que afectan negativamente a la transferencia internacional de tecnología, la cual es uno de los objetivos expresamente declarados de la protección y aplicación de los DPI (artículo 7). Cuando el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual dificulta dicho objetivo, en algunos casos puede considerarse que constituye un abuso en el sentido mencionado. Sin embargo, como el artículo 8.2 se refiere al abuso de la PI y a los efectos adversos sobre la transferencia de tecnología como dos casos distintos, los miembros pueden, en virtud de esta disposición, abordar las prácticas de los titulares de DPI que, sin constituir necesariamente un abuso, tienen sin embargo un impacto adverso sobre la transferencia de tecnología.

Lo mismo se aplica a las prácticas del titular de la PI que restringen el comercio de forma injustificable; los miembros pueden abordarlas independientemente de su calificación como abusivas. Sin embargo, la referencia

¹⁹ El artículo 8.1 del Acuerdo sobre los ADPIC establece que los miembros pueden “adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición, y para promover el interés público en sectores de vital importancia para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que tales medidas sean compatibles con las disposiciones del presente Acuerdo”.

²⁰ El párrafo 5 de la Declaración de Doha legitima la adopción de medidas que los miembros consideren apropiadas para resolver problemas relacionados con la Salud Pública. Ver, Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública. Adoptada el 14 de noviembre de 2001.

a las prácticas que restringen el comercio de forma “injustificable” indica que aquellas prácticas que restringen el comercio, pero que sin embargo son intrínsecamente beneficiosas, deben ser toleradas (enfoque de la “regla de la razón”). Ejemplos de prácticas que restringen el comercio pero que, sin embargo, son beneficiosas, son las cláusulas contractuales que facilitan el uso productivo de la PI, como los requisitos de confidencialidad en los acuerdos y licencias de secretos comerciales, o el condicionamiento de la concesión de sublicencias por parte del licenciatario al consentimiento del licenciante. Por el contrario, las restricciones como las limitaciones a la capacidad de una parte para determinar sus precios no entrarían en esta categoría de prácticas inherentemente beneficiosas²¹.

4.2. Artículo 40 del Acuerdo sobre los ADPIC y las prácticas anticompetitivas en los Acuerdos de Licencias

El artículo 40 trata específicamente del control de las conductas anticompetitivas en los acuerdos de licencia, ya sean bilaterales o multilaterales. Por lo tanto, los acuerdos de licencias cruzadas y los consorcios de patentes pueden estar sujetos a esta disposición. En el contexto de la producción farmacéutica local, los dos primeros párrafos de la disposición son especialmente relevantes.

El artículo 40.1 refleja el consenso de los efectos perjudiciales para el comercio y la transferencia y difusión de tecnología que tienen algunas prácticas de concesión de licencias. El artículo 40.2 autoriza a los miembros a controlar dichas prácticas a través de “medidas apropiadas”, compatibles con el Acuerdo, pero no pueden recurrir a esta disposición para controlar en abstracto los efectos de los acuerdos de licencia. Debe establecerse una relación causal entre la restricción de la competencia, el impedimento a la transferencia y difusión de tecnología, o los efectos adversos sobre el comercio. Por ende, el mero uso indebido de un DPI (es decir, contrario a la finalidad de la protección de la propiedad intelectual) no es suficiente para desencadenar

²¹ Ver UNCTAD, *Using Intellectual Property Rights to Stimulate Pharmaceutical Production in Developing Countries: A Reference Guide*, op. cit., p. 149.

la aplicación del artículo 40, a diferencia del artículo 8.2 (véase más arriba), si no se comprueba la existencia de esta relación causal²².

El artículo 40.2, al referirse a “casos particulares”, deja claro que el control de las licencias de PI debe hacerse caso por caso. Los miembros no pueden especificar las prácticas anticompetitivas en abstracto, sino “en forma circunstancial razonablemente detallada y por referencia a su impacto real sobre las condiciones de competencia existentes en los mercados en cuestión”. Los acuerdos de precios, las limitaciones de la producción o determinadas asignaciones de mercados o clientes pueden considerarse anticompetitivas en todas las circunstancias previsibles y su inclusión en la legislación nacional estaría en consonancia con el enfoque caso por caso que exige el artículo 40.2, siempre que se especifiquen también todas las posibles excepciones a la prohibición general²³.

El artículo 40.2 también especifica, de forma no exhaustiva, las prácticas que pueden estar sujetas a dicho control. En particular, se hace referencia a las prácticas que pueden ser potencialmente relevantes también para los productores farmacéuticos locales que celebran acuerdos de licencia con los titulares de patentes, tales como:

- a) Condiciones de retrocesión exclusiva: estas cláusulas se refieren a la obligación del licenciataria de conceder una licencia exclusiva al licenciante o a un tercero designado por el licenciante con respecto a las mejoras propias del licenciataria o a las nuevas aplicaciones de la tecnología licenciada;
- b) Cláusulas de no impugnación: estas cláusulas se refieren a la obligación del licenciataria de no impugnar la validez de los DPI en poder del licenciante;
- c) Licencias coercitivas: este tipo de cláusulas se definen en el Proyecto de Código de Conducta sobre la Transferencia de

²² Aunque el artículo 40.2 no se refiere expresamente a un impacto sobre el comercio o la transferencia de tecnología, su ámbito de aplicación está informado por el artículo 40.1, que requiere un vínculo entre la práctica anticompetitiva y el comercio o la transferencia de tecnología y que establece el entendimiento básico para la autorización concedida a los miembros en virtud del artículo 40.2.

²³ Ver, UNCTAD, *Using Intellectual Property Rights to Stimulate Pharmaceutical Production in Developing Countries: A Reference Guide*, op. cit., p. 150.

Tecnología de la UNCTAD como restricciones “que imponen la aceptación de tecnología adicional, invenciones y mejoras futuras, bienes o servicios no deseados por la parte adquirente o que restringen las fuentes de tecnología, bienes o servicios, como condición para obtener la tecnología requerida”²⁴.

4.3. Artículo 31 (k)

El artículo 31 (k) contiene la disciplina sobre licencias obligatorias. Estas pueden ser utilizadas por los gobiernos, para corregir y reestablecer las distorsiones causadas por las prácticas anticompetitivas. La amenaza de las licencias obligatorias puede también ser una herramienta eficaz para corregir prácticas anticompetitivas, ya que muchos titulares de patentes prefieren bajar sus precios antes que ver cómo los competidores genéricos (en este caso, el titular de la licencia obligatoria) entran en el mercado. El Acuerdo sobre los ADPIC (artículo 31) deja a los miembros la libertad de determinar precios excesivos como motivo sustantivo para la concesión de licencias obligatorias. Sin embargo, es importante señalar que los procedimientos facilitados para la concesión de dichas licencias sólo estarán disponibles en la medida en que el comportamiento del titular de la patente se haya calificado previamente como anticompetitivo²⁵.

En primer lugar, deberá emitirse una decisión de un tribunal o ente gubernamental que dictamine la anti-competitividad de la práctica en cuestión. Se puede emitir la licencia obligatoria sin la obligación de llevar a cabo negociaciones previas con el titular de la patente. A diferencia de las circunstancias normales, se puede exportar la totalidad de los medicamentos producidos en virtud de una licencia obligatoria. Las tasas de regalías pagaderas al titular de la patente pueden ser más bajas que en circunstancias normales.

²⁴ Ver, UNCTAD, *Using Intellectual Property Rights to Stimulate Pharmaceutical Production in Developing Countries: A Reference Guide*. Op. Cit., p. 151.

²⁵ Artículo 31 (k), Acuerdo sobre los ADPIC.

5. Opciones de políticas públicas que facilitan un ambiente pro-competencia

La siguiente sección explora cómo se pueden utilizar las disposiciones del ADPIC mencionadas anteriormente para abordar estos escenarios.

5.1. Sobre cómo abordar las prácticas relativas a los precios de los medicamentos?

5.1.1. En cuanto a los precios excesivos

En muchos países desarrollados, los organismos gubernamentales están autorizados a controlar los precios de los medicamentos, teniendo en cuenta la necesidad de la industria farmacéutica de recuperar su inversión en I+D. Sin embargo, esta opción no siempre se lleva a cabo en los países en desarrollo debido a la presión que ejercen los intereses del mercado. Es difícil establecer una regla general que determine cuando el precio de un medicamento es excesivo. Debido a las importantes diferencias en el poder adquisitivo y a la frecuente falta de planes de seguro médico que existen en algunos países en desarrollo, los precios que se consideran adecuados en algunos países pueden considerarse excesivos en otros. Según el Acuerdo sobre los ADPIC la determinación de lo que es “excesivo” queda a la discreción de cada miembro de la OMC.

En general, los países en desarrollo deberían tratar de definir, en la legislación nacional principios que les ayuden a determinar lo que debe considerarse como un precio “excesivo”. Las definiciones pueden incluir referencias a los problemas de salud pública; qué se puede esperar de un titular de DPI para justificar dicha fijación de precios; y qué formas de recurso se aplican después de que se haya determinado que un precio es excesivo.

Los precios excesivos pueden cobrarse al usuario final (es decir, de productos farmacéuticos acabados) o a un licenciataria (es decir, partes/sustancias patentadas necesarias para la producción genérica). El precio excesivo también puede aplicarse a una sustancia farmacéutica autorizada o al producto final. Las medidas que pueden aplicarse en ambos casos deben estar enmarcadas en las disposiciones establecidas por los artículos 8.2 o 40 del Acuerdo sobre los ADPIC. Por ejemplo, cuando los precios excesivos complican la producción

de genéricos en el mercado cubierto por la patente, después de la expiración de la misma²⁶.

Medidas adecuadas incluyen la no aplicación de la patente, pero también la concesión de una licencia obligatoria con arreglo a procedimientos facilitados, como se establece en el artículo 31 (k) del Acuerdo sobre los ADPIC.

5.1.2. En cuanto a los precios predatorios

Un derecho exclusivo existente puede contribuir al establecimiento de una posición dominante en un mercado determinado, lo que a su vez puede permitir al titular del derecho recurrir a prácticas de precios predatorios. Esto consiste en la práctica de vender bienes o servicios por debajo de los costes marginales, sin justificación, puede ser utilizada por los titulares de patentes para expulsar a los competidores genéricos del mercado, o para impedir su entrada en el mismo. Si bien el impacto negativo de los precios predatorios sobre la competencia de los genéricos es obvio, su impacto sobre el acceso a los medicamentos es menos claro. La venta de medicamentos por debajo de los costes marginales puede mejorar al principio el acceso de la población a medicamentos asequibles. Sin embargo, a medio y largo plazo, es probable que el acceso sea más difícil, ya que los competidores genéricos son expulsados del mercado.

Estas prácticas son especialmente distorsionantes en los casos en los que, a pesar de la existencia de una patente, el titular de los derechos sigue enfrentándose a la competencia a través de productos terapéuticamente equivalentes, no protegidos por la patente. En cambio, cuando la patente da lugar a una exclusividad de mercado real, el titular de los derechos podría recurrir a precios predatorios después de que se hayan concedido licencias obligatorias a los competidores genéricos. Por último, las prácticas de precios predatorios pueden incluso desanimar a los potenciales genéricos proveedores de genéricos de solicitar una licencia obligatoria.

En lo que respecta a la definición de “precios predatorios” según las leyes nacionales de competencia, existe un entendimiento común de que esto

²⁶ Ver UNCTAD, *Using Intellectual Property Rights to Stimulate Pharmaceutical Production in Developing Countries: A Reference Guide*, op. cit., p. 152.

debe implicar ventas por debajo del coste marginal. Los países en desarrollo deberían considerar, en la legislación nacional una definición de lo que es “predatorio” en las prácticas de fijación de precios, teniendo en cuenta las debilidades preexistentes en el entorno competitivo nacional. Las prohibiciones de dichas prácticas deberían aplicarse en beneficio no sólo de los competidores existentes, sino también de los potenciales, haciendo referencia al impacto de disminuir o impedir la competencia. Por último, la norma debe contener información precisa sobre las sanciones aplicables una vez se determine que un precio es predatorio.

5.2. Como abordar el problema de la denegación de licencias?

En el contexto de la producción farmacéutica local, una de las situaciones más importantes que deben abordar los gobiernos es la negativa del titular de un derecho de patente a conceder una licencia a un posible fabricante de genéricos. En regla general no hay razones objetivas para que el titular del derecho se niegue a conceder una licencia y en muchos países desarrollados la mera denegación no se interpreta directamente como practica anticompetitiva²⁷. Esto dependerá del efecto distorsionante que tenga sobre el mercado y más concretamente sobre el derecho a la salud.

Se ha expresado la opinión de que se aplica el artículo 40 del Acuerdo sobre los ADPIC, relativo a las prácticas y condiciones restrictivas para la concesión de licencias en este caso. Esta disposición define algunas prácticas de concesión de licencias y, por tanto, proporciona cierta orientación para su aplicación. Dicho esto, las medidas relativas a la denegación de licencias deben cumplir los requisitos del artículo 40, en particular, demostrar el carácter anticompetitivo de la denegación de licencias. Como alternativa, los gobiernos pueden recurrir a las disposiciones más generales

²⁷ Por ejemplo, El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha reiterado en varias ocasiones su opinión de que un titular de propiedad intelectual dominante no tiene la obligación general de conceder una licencia a un tercero. Sin embargo, el TJCE también ha especificado las circunstancias excepcionales en las que la negativa a conceder una licencia podría equivaler realmente a un abuso de posición dominante. Según el TJCE, el abuso en este contexto depende de tres criterios acumulativos (doctrina de las facilidades esenciales): (1) La parte que solicita la licencia pretende ofrecer nuevos productos o servicios que no ofrece el titular del derecho y para los que existe una demanda potencial de los consumidores en un “mercado secundario”; (2) No existe una razón objetiva que justifique la denegación; y (3) La denegación consiste en excluir toda competencia en un mercado secundario.

del artículo 8.2 del Acuerdo sobre los ADPIC, que no exige una conducta anticompetitiva²⁸.

La UNCTAD sugiere como opción para los países en desarrollo la aplicación de herramientas del derecho comparado, como por ejemplo la doctrina de “facilidades esenciales” Tal y como la interpreta el TJCE, se ha caracterizado como “una poderosa herramienta para imponer una competencia efectiva en beneficio de los consumidores”. Si se aplica con diligencia, esta doctrina logra un equilibrio adecuado entre los intereses legítimos de los titulares de la propiedad intelectual en cuanto a la protección efectiva y los intereses de la sociedad en cuanto al desarrollo de productos innovadores²⁹.

5.3. Licencias cruzadas y consorcios de patentes.

La concesión de licencias cruzadas de patentes se produce entre dos partes cuyas patentes cubren cada una la materia que necesita la otra parte. En lugar de bloquearse mutuamente, las partes pueden llegar a un acuerdo para utilizar el producto o proceso protegido de la otra parte. Estos acuerdos suelen estar exentos de cánones. Como facilitan el uso mutuo de la tecnología que, de otro modo, estaría bloqueada por un derecho exclusivo, los acuerdos de licencia cruzada suelen considerarse favorables a la competencia. Por otra parte, las licencias cruzadas ponen la tecnología implicada bajo un control unificado. Si las partes acuerdan la concesión de licencias exclusivas, se denegará el acceso a las nuevas tecnologías a terceros (es decir, a los competidores potenciales), lo que impedirá una mayor competencia.

Estas estrategias se aplican de forma habitual en los países desarrollados para superar los problemas de los efectos de bloqueo generados por los derechos exclusivos y las consiguientes dificultades para la innovación de seguimiento (por ejemplo, a través de “marañas de patentes”). Normalmente, las licencias cruzadas y la agrupación de patentes son medios tradicionales

²⁸ UNCTAD, *Using Intellectual Property Rights to Stimulate Pharmaceutical Production in Developing Countries: A Reference Guide*, op. cit., p. 158.

²⁹ UNCTAD, *Using Intellectual Property Rights to Stimulate Pharmaceutical Production in Developing Countries: A Reference Guide*, op. cit., p. 158.

en los países desarrollados para abrir áreas tecnológicas protegidas a una mayor competencia.

Por otra parte, los consorcios de patentes tienen el mismo objetivo que los acuerdos de licencias cruzadas (es decir, evitar el bloqueo de la tecnología protegida), pero se producen entre dos o más partes. Las partes licencian un grupo de patentes en un “pool” o “paquete” de patentes conjunto. El consorcio puede ser propiedad del licenciataria, que puede ser un tercero o una asociación de licenciadores, o una entidad independiente. Por ejemplo, los titulares de diferentes patentes farmacéuticas pueden crear entre ellos un fondo común de aquellas patentes necesarias para la producción de un nuevo medicamento, o pueden conceder una licencia del fondo común de patentes a un productor de genéricos, que podría utilizar todos los materiales protegidos contra el pago de derechos de licencia. Dependiendo de la forma en que se administren y de su finalidad, los consorcios de patentes pueden tener efectos procompetitivos, pero también anticompetitivos.

Un consorcio es procompetitivo cuando las partes participantes pueden utilizar la tecnología de los demás para el desarrollo de productos competitivos, y cuando el consorcio está abierto para que lo utilicen terceros, a cambio del pago de una tasa. Por otro lado, los consorcios de patentes también pueden tener graves efectos anticompetitivos cuando las partes participantes acuerdan el uso conjunto de la tecnología, establecen precios uniformes de los productos resultantes y rechazan las licencias a personas ajenas.

La concesión de licencias cruzadas o de agrupación de patentes también son consideradas prácticas restrictivas. Estos problemas podrían evitarse si los participantes en el consorcio están dispuestos a conceder licencias de los productos en cuestión, la tecnología implicada a terceros en condiciones razonables. Su efecto restrictivo puede subsanarse a través de la aplicación del artículo 8.2 o del artículo 40 del Acuerdo sobre los ADPIC. La amenaza de emitir una licencia obligatoria en virtud de la “doctrina de las instalaciones esenciales”, podría en estos casos convencer a los propietarios de los consorcios de patentes o a las partes de un acuerdo de licencia cruzada de que abran el consorcio a los competidores para permitir el seguimiento de la innovación³⁰.

³⁰ Ver UNCTAD, *Using Intellectual Property Rights to Stimulate Pharmaceutical Production in Developing Countries: A Reference Guide*, op. cit., pp. 159 y 160.

6. Conclusiones

En conclusión, la autoridad nacional deberá determinar en la mayoría de los casos, si la practica en cuestión tiene el carácter de anticompetitiva y se enmarca en las sipoiciones contenidas en los articlos 8, 40 y 31 (k) del Acuerdo sobre los ADPIC. Para eso deberá recopilar datos que arrojen luz sobre las cuestiones siguientes:

- ¿Tiene la práctica abusiva/anticompetitiva efectos beneficiosos en términos de mejora de las capacidades tecnológicas nacionales, eficiencia o una mayor disponibilidad de medicamentos a largo plazo?
- ¿Este resultado compensa el impacto negativo de la práctica en cuestión (es decir, restricciones a la competencia u obstáculos a la transferencia y difusión efectivas de la tecnología)? transferencia y difusión de tecnología)?
- Las prácticas que muestran efectos beneficiosos que superan su impacto negativo pueden salvarse de los remedios anteriores (enfoque de la “regla de la razón”).

Los países que deseen fomentar la producción local de medicamentos a través de un ambiente que promueva la competencia podrán considerar la inclusión en su legislación nacional de definiciones que delimiten y aclaren las nociones de “abuso” de patentes, la noción de “abuso de posición dominante en el mercado” y lo que constituye una “conducta o practica anticompetitiva” en cuanto se refiere a la práctica relacionada con la propiedad intelectual.

Del mismo modo, valdría la pena definir la noción específica de “fijación de precios excesivos” y la noción específica de “precios depredadores”. Las condiciones en las que la negativa a conceder licencias constituyen un abuso de posición dominante, incluido cuando esta ocurre en el marco de los consorcios de patentes, y lo que debería entenderse en la legislación nacional por un impacto anticompetitivo. En este contexto, la doctrina de las facilidades esenciales podría proporcionar algunas orientaciones útiles.

La norma nacional también debe contemplar los remedios aplicables para contrarrestar los efectos restrictivos de las prácticas anticompetitivas a

fin de poder garantizar seguridad jurídica. En concreto debe contener disposiciones que identifiquen los casos en que se aplicaran las sanciones de no aplicación de los derechos de patente o la concesión de licencias obligatorias para las invenciones patentadas, identificar la autoridad competente a cargo de la imposición de estos remedios o sanciones, los lapsos procesales, y la medida de lo posible, las soluciones deben tener en cuenta las particularidades de cada caso.

A RENÚNCIA A DIREITOS: NOTAS SUMÁRIAS SOBRE O SEU REGIME DE DIREITO CIVIL

Tiago Azevedo Ramalho*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.29>

1. A propósito da renúncia a direitos

Constitui a *renúncia* uma das modalidades de exercício de posições jurídicas. Assim como, desde que as faculdades incluídas no conteúdo do direito (ou de outra posição jurídica autonomizável) o consintam, o seu titular o poderá *transmitir*, *onerar* ou *modificar*, é-lhe igualmente possível abdicar da titularidade, colocando termo à relação de *pertença* do direito à respectiva esfera pessoal.

Onde um certo ramo do Direito se estruture mediante a concessão de posições jurídicas subjectivas de aproveitamento de certos bens, logo a questão da eventual *renúncia* a direitos virá ao de cima. Pergunta-se: é ela admissível? Com que limites? De que forma se pode validamente manifestar? Quais os problemas substantivos a que o seu regime visa dar resposta?

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto/ Investigador do Centro de Investigação Jurídico-Económica. Email: tramalho@direito.up.pt.

Foi justamente ao tema da renúncia a direitos que a Senhora Doutora Benedita Mac Crorie dedicou o estudo que constituiu a respectiva Tese de Doutoramento¹. Fê-lo desde uma perspectiva publicística, estudando os limites da renúncia no âmbito dos *direitos fundamentais*. Na hora de homenagear a pessoa e a obra da Senhora Doutora Benedita Mac Crorie, julguei conveniente aproximar-me do mesmo objecto de estudo, embora desde o caminho de acesso que me é próprio, o do Direito Civil, pois também o Direito é casa de muitas moradas. Mas o fim a que me proponho é bem claro: que, por esta feliz sobreposição de objecto, se evoque especialmente a pessoa e a obra da Senhora Doutora Benedita Mac Crorie.

Proponho, portanto, uma reflexão sumária sobre o regime da *renúncia a direitos* no âmbito particular do Direito Civil.

Estrutura-se desde duas partes fundamentais.

Em primeiro lugar, será exposto o regime geral dos negócios jurídicos dispositivos, tenham eles ou não intenção renunciativa (2.).

Consideram-se, de seguida, as principais manifestações de actos renunciativos no âmbito do Direito Civil (3.).

O texto termina com breves conclusões (4.).

No decurso do presente estudo, todas as disposições citadas sem indicação de fonte integram o Código Civil. A abreviatura CPC designará o Código de Processo Civil.

2. Um regime geral dos negócios jurídicos dispositivos

Antes de se avançar para o estudo dos casos particulares de *renúncia*, é conveniente trazer ao de cima, em termos gerais, a índole específica do efeito jurídico-negocial que implica. É certo que a definição de um qualquer regime não se pode fazer aprioristicamente, mas no constante olhar que vai e vem da construção geral para as concretizações particulares do Direito, tal como previstas no plano normativo, articuladas na dogmática e realizadas na jurisprudência. Mas também nada obsta a que a *ordem de exposição* se distinga da

¹ Cf. Benedita MAC CRORIE, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, Coimbra, Almedina, 2013.

ordem da reflexão, e que se comece por expor o que, na esfera da reflexão, se obteve em momento mais tardio – pois a *ordem de exposição* há-de ser regida somente por considerações de natureza pedagógica. Começaremos por ver, então, em que consiste uma *renúncia* no *plano geral*, para só depois (em 3.) confrontarmos algumas suas manifestações especiais.

Constitui a *renúncia*, primeiro, uma modalidade de negócio jurídico. É, portanto, um *acto humano* cujo intuito é a produção de um determinado resultado de *significado jurídico*, manifestado numa *declaração*, e reconhecido pelo Direito no pressuposto de que o acto se dirigiu à sua *produção*. Enquanto negócio jurídico, a renúncia distingue-se do puro e simples não exercício de direitos de que se é titular. Com efeito, o não exercício não tem em vista a perda da titularidade, mas o mero não aproveitamento do conteúdo pelo direito oferecido².

Pode distinguir-se, do ponto de vista da *legitimidade* para a produção do efeito pretendido, entre aqueles negócios jurídicos que implicam somente o próprio declarante (actos pelos quais se *obriga* ou *aceita adquirir*); aqueles em que o declarante intervém sobre objectos jurídicos autónomos, mas que lhe estão destinados por via de uma relação de pertença (actos pelos quais *dispõe*); e aqueles em que, fruto de poder que lhe fora conferido, age sobre a esfera de outrem (actos em que se age *por* ou *sobre* um outro)³. Reconduzida a tal tríade, a *renúncia* qualifica-se como um acto de disposição: por ela o titular do direito dispõe da própria titularidade do direito. Pode haver actos de disposição sobre posições jurídicas *diferentes* de direitos, desde que disponíveis: pense-se, por ex., na disposição sobre uma *posição contratual* ou sobre uma *dívida*. Mas, por simplicidade, a sequência do texto tomará por paradigma de regime a disposição sobre direitos, sabendo-se que o respectivo regime jurídico se aplica *mutatis mutandis* à disposição sobre outras posições jurídicas.

² Sem prejuízo de a lei poder associar ao não exercício do direito por certo lapso de tempo efeitos potencialmente extintivos. Pense-se, por ex., na possibilidade de, recorrido o prazo de prescrição, o devedor a poder invocar como causa lícita de recusa do cumprimento (artigo 304º, nº 1); ou na extinção de direitos reais menores por não exercício [cf., por ex., o artigo 1476º, nº 1, alínea c), para o usufruto].

³ Tratei do tema da legitimidade para a produção de efeitos jurídicos na obra: Tiago Azevedo RAMALHO, *Contratos. Legitimidade. Contratos obrigacionais e aquisitivos. Contratos dispositivos. Actuação por conta de outrem*, Coimbra, Gestlegal, 2021. Uma vez que muitos dos pontos considerados no presente estudo foram nela objecto de reflexão mais desenvolvida, farei várias remissões para este escrito. Aí se encontrará, também, vasta bibliografia para desenvolvimento.

São actos de disposição – categoria a que, como referido, se reconduz o negócio jurídico de renúncia – aqueles em que o declarante, autor do negócio jurídico, afecta (isto é, *dispõe*) a titularidade de uma determinada posição jurídica. Corresponde, portanto, àquele tipo de negócio a que a dogmática jurídica alemã designa por *Verfügung*. É próprio dos actos dispositivos exigirem, para a produção do efeito jurídico pretendido pelo seu Autor, não só a respectiva declaração negocial, como igualmente o «poder» de provocar o efeito jurídico que pretende. Tal “poder” não é mais do que a *titularidade* de uma posição jurídica em cujas faculdades se inclua a disposição.

Distingamos, para facilidade de exposição, as três diferentes dimensões implicadas nestes negócios jurídicos dispositivos: quem pode dispor (*quis?*); de que pode dispor (*quid?*); como pode dispor (*quomodo?*)⁴.

De uma posição jurídica autonomizada pode dispor (*quis?*) o seu *titular*. Por *titularidade* entende-se a relação formal de pertença de uma posição jurídica a alguém. A renúncia poderá provir de alguém que não o titular, é certo, quando disponha de poderes para o efeito, concedidos por força da lei ou de negócio jurídico, nomeadamente por meio de *autorização* ou de *procuração*⁵. Quando a um tal terceiro seja conferido legal ou negocialmente o poder para intervir sob a esfera de outrem, a produção do efeito jurídico dispositivo depende da concorrência de dois elementos: a titularidade do direito por parte daquele em cujo nome, ou sobre cuja esfera, se produz a renúncia; e a legitimação daquele que emite a declaração de renúncia (o *representante* ou *autorizado*)⁶.

Esta designação, *titularidade*, é, em Direito Civil, preferível à de *propriedade*, usada por vezes no sentido amplo de englobar o conjunto de posições *próprias* de dada pessoa, constituindo ou não modalidades de direito de propriedade. Nesta acepção ampla, surge o inconveniente de simultaneamente designar de a palavra propriedade designar em simultâneo a relação de

⁴ Tiago Azevedo RAMALHO, *Contratos...*, *op. cit.*, pp. pp. 271 e ss. (§5).

⁵ Tiago Azevedo RAMALHO, *Contratos...*, *op. cit.*, pp. 383 e ss. (§6).

⁶ Cf., como exemplo de uma hipótese em que a lei expressa a possibilidade de conferir poderes com efeito renunciativo, o artigo 45º, nº 2, CPC (possibilidade de concessão de poderes especiais para, entre outros, desistir de pedido ou da instância). No âmbito da *representação legal*, o exercício de faculdades renunciativas pelo representante – ou de não aceitação de vantagens patrimoniais gratuitas – pode ser objecto de sindicância judicial. Cf., no âmbito do regime das responsabilidades parentais, o artigo 1899º, nº 1, alíneas *a*) (o que vigora para a alienação vigorará certamente por maioria da razão para a *perda* por acto de vontade), *i*), *j*), *l*), *o*) e o artigo 1890º

pertença (a titularidade) e uma determinada modalidade de direitos: o direito de propriedade, expressão plena do domínio sobre coisa corpórea⁷. Contudo, uma vez que pode haver titularidade de direitos de outra natureza, e também de deveres, de posições contratuais, etc. (enfim, de qualquer posição jurídica autonomizada), o uso do termo *propriedade* poderá ser gerador de fortes equívocos, adquirindo uma indesejável polissemia. Pense-se no risco de, ao usar a locução *propriedade de direitos de crédito* (e não *titularidade de direitos de crédito*), se aplicar à tutela de direitos de crédito pretensões definidas apenas para a protecção de direitos reais, por confusão entre o regime que vale para a propriedade enquanto *titularidade* e a propriedade enquanto *direito*.

Pode dispor-se (*quid?*) acerca de qualquer direito em cujo conteúdo se preveja a faculdade de disposição, e na medida das concretas faculdades de disposição que o direito proveja. São modalidades paradigmáticas de disposição a *transmissão*, a *renúncia*, a *oneração*, a *modificação*. Nem todas as faculdades de disposição se têm de reunir em cada posição jurídica: a posição jurídica pode, por ex., ser *comprimível*, porém não *transmissível* (como tipicamente ocorrerá com os direitos de personalidade).

Em sede de princípio, é de admitir que estas faculdades se verificam em grau máximo. Com efeito, num Direito (sobretudo em âmbito patrimonial) de *liberdade* como o Direito Civil, terá de valer a título de princípio que, à falta de um fundamento especial de restrição, o titular do direito gozará do maior espectro possível de faculdades de disposição: esta é, aliás, a lição subjacente ao artigo 1305º do Código Civil, quando prevê que “[o] proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas”.

Finalmente, é de considerar o *modo de disposição* sobre posições jurídicas autonomizadas (*quomodo?*). Na ausência de um regime supletivo previsto em termos gerais, é de atender à regulação paradigmática prevista para os negócios de transmissão da propriedade. Aí se prevê que, operando a transmissão do

⁷ Nada obsta a que se conserve o uso do termo propriedade onde não se divise qualquer risco comunicativo. É o caso da protecção constitucional da propriedade privada (artigo 62º da Constituição da República Portuguesa), que, com acerto, se entende não limitada à protecção do direito de propriedade sobre coisas corpóreas. O uso do termo propriedade nesse sentido amplo tem ampla tradição jurídico-política. Cf. o texto clássico de John LOCKE, *Dois Tratados do Governo Civil*, introd. e trad. de Miguel Morgado, Lisboa, Edições 70, 2006, II.§27. Remete-se ainda para as considerações tecidas em Tiago Azevedo RAMALHO, *Contratos...*, op. cit., pp. 267 e ss. [§5.3.c)].

contrato, seja ele, por princípio, *suficiente* para a produção do efeito jurídico (artigo 408º, nº 1, do Código Civil)⁸. Tal é o sentido prático do *princípio da consensualidade* para a produção de efeitos jurídicos *reais*, que vale igualmente para *outros efeitos jurídicos* dispositivos, mesmo que relativos a direitos de natureza diferente. O contrato é, por si só, *suficiente* para a produção do efeito intencionado, desde que o declarante seja o titular de um direito que faculte a disposição. Não o sendo, o efeito jurídico não se produz a título negocial (sem prejuízo de a lei poder optar pela protecção do adquirente *a non domino*, em atenção à respectiva boa fé: mas aí o efeito dispositivo produz-se, não por o *disponente* o poder produzir, mas apesar de não o poder fazer): o contrato é então, no que respeita à *disposição* e sem prejuízo de outros possíveis efeitos, *ineficaz*.

Subjacente ao *princípio da consensualidade* está o reconhecimento de que o negócio jurídico, por si só, é *bastante* para a produção do efeito jurídico de disposição: assim, quando o acto a praticar envolve dois intervenientes, atendendo aos efeitos que se intenta produzir, ambos deverão concorrer para a produção do efeito intencionado. É o princípio do contrato. Quando, pelo contrário, o acto se reporte *no imediato* apenas à pessoa do declarante, o negócio jurídico unilateral há-de ser bastante para gerar o efeito jurídico pretendido pelo declarante⁹. É o que ocorre na *renúncia*, que, justamente por isso, se exerce enquanto *negócio jurídico unilateral*. Operando por negócio jurídico, o acto de renúncia pode ser impugnado por qualquer uma das causas de invalidade.

Em síntese: a renúncia é o acto jurídico unilateral pelo qual o seu titular abdica da titularidade de uma posição jurídico em cujo conteúdo se prevê a faculdade de abdicção.

⁸ Para o alcance do referido regime, cf. Tiago Azevedo RAMALHO, *Contratos...*, *op. cit.*, pp. 303 e ss. (§5.4).

⁹ Tiago Azevedo RAMALHO, *Contratos...*, *op. cit.*, pp. 199 e ss. (§4).

3. Diferentes modalidades de renúncias previstas no Código Civil

Dotados já de uma pré-compreensão a respeito da possibilidade da *renúncia* em Direito Civil, olharemos agora diferentes modalidades de *actos renunciativos* previstas no Código Civil.

3.1. A renúncia no domínio da capacidade

A regulação da lei civil no domínio de questões relativas à *capacidade* ilustra como a *disponibilidade* não é uma possibilidade aprioristicamente dada, mas uma possibilidade cuja medida é recortada pela ordem jurídica. O Direito Civil é caracterizado pela liberdade, mas também pela restrição; pela disponibilidade, mas também pela indisponibilidade. É sempre na definição de um lugar intermédio entre esses dois pólos antinómicos que se inscreve a respectiva regulação. De ser tanto quanto possível um Direito de liberdade (ainda que sobretudo em âmbito patrimonial) não resulta que não seja também, sempre que necessário, um Direito de restrição.

Fora da esfera da disponibilidade da pessoa está a *capacidade jurídica*. Decorre do artigo 69º do Código Civil: “Ninguém pode renunciar, no todo ou em parte, à sua capacidade jurídica”. Se qualquer um é livre de *não exercer* as liberdades jurídicas de acção que decorrem do reconhecimento da capacidade jurídica, já não poderá a elas renunciar. O Direito Civil não é *neutro* nem *indiferente*, portanto, na sua opção de *personalizar* (de reconhecer como *pessoa*) com *autonomia* (reconhecendo a possibilidade definir um quadro próprio de actuação) quem quer que, pela sua condição humana, tenha a natural capacidade de ser parte de relações jurídicas. Por tal razão, é *indiferente* à decisão daquele que pretenda afastar a respectiva capacidade jurídica, reduzindo a sua condição de *pessoa* à de somente *objecto* de relações jurídicas. A decisão de alguém agir *como não tendo* capacidade jurídica exprimir-se-á apenas no plano *factual* – não é positivamente valorada pelo Direito –, não no da respectiva relevância jurídica.

É na condição familiar que mais claramente se divisa como o Direito Civil não contém somente de liberdade, mas também de restrição: aí se surpreendem regimes jurídicos que ora se fundam na *responsabilidade*, mesmo por referência ao resultado de actos não negociais, ora na *solidariedade*,

como condição imposta mesmo contra a vontade. Com efeito, se o Direito da Família contém dimensões em que a *liberdade* pesa de modo significativo – veja-se, muito especial, o *casamento* como fonte de relações jurídicas familiares –, outras há em que prevalecem estes valores da *responsabilidade* e da *solidariedade*. É o caso das responsabilidades parentais, estabelecidas em resultado da fixação da filiação – cujo critério último de determinação é, no regime supletivo, de índole biológica: é o *facto* da filiação natural que determinará a filiação jurídica, tenha ou não o *acto* que originou a gestação tido em vista essa finalidade. Prevê nesse preciso âmbito o artigo 1882º do Código Civil: “Os pais não podem renunciar às responsabilidades parentais nem a qualquer dos direitos que ele especialmente lhes confere, sem prejuízo do que neste Código se dispõe acerca da adopção”. Porque a dimensão da *responsabilidade* (ou mesmo a da *solidariedade*) prevalece significativamente sobre a da *liberdade*, as “responsabilidade parentais” são, a título de regra, irrenunciáveis.

Os exemplos anteriores ilustram como a cintura da disponibilidade de posições jurídicas não está aprioristicamente determinada. Mais, aliás: mostram igualmente como mesmo essa concreta delimitação não está configurada de modo pétreo, mas é, na sua exacta definição, objecto de debate e controvérsia. Os debates de “biodireito” em sede de princípio e de fim da vida que vêm decorrendo ao longo do último meio século constituem não menos do que tentativas de redefinição de qual é o espaço de disponibilidade em cada um desses pólos vitais – tema que, também ele, foi objecto da especial reflexão da nossa homenagem¹⁰.

Quanto ao *princípio* da vida, propondo alguns – e com largo sucesso no mundo ocidental – que no quadro da vida intra-uterina se possam praticar actos de vontade que obstem ao nascimento natural de um feto que se encontra em formação, e assim trazendo para o primeiro plano a *liberdade*

¹⁰ Cf., a título de exemplo, Benedita MAC CROIRIE, “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, Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar/ Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016, pp. 26-35. Também em Direito Civil se sublinha a centralidade de colocar a definição do estatuto da pessoa no *caput* do estudo juscivil: cf. José de Oliveira ASCENSÃO, “A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos”, *Revista da Ordem dos Advogados*, nº 68, 2008, pp. 122-124. Uma das perdas fundamentais decorrentes da sistematização germânica dos diplomas jurídico-civil é, aliás, a elisão de um primeiro livro destinado à delimitação do estatuto da pessoa.

(da gestante, futura mãe) sobre o da *responsabilidade* (pelo feto, futuro filho) ou *solidariedade* (com o feto, próprio ou de outrem); ou ainda se permitindo a livre decisão sobre a implantação ou não de fetos já fecundados, no quadro das técnicas de procriação medicamente assistida, em que, também aí, o valor da liberdade vem adquirindo clara preponderância¹¹.

Quanto ao *fim da vida*, propondo alguns – às vezes os mesmos, às vezes não, posto que as questões não são rigorosamente paralelas – que a pessoa possa validamente solicitar que provoquem intencionalmente a respectiva morte ou auxiliem na sua provocação. A dificuldade com que aqui se depara, que suponho invencível, é determinar como possa ser qualificado como *livre* um acto cujos efeitos ultrapassam a capacidade de antecipação previsional da pessoa humana. Ora, se não pode ser qualificado como livre, não se lhe podem igualmente tributar efeitos jurídico-negociais.

Desviamo-nos, porém, do fio da exposição: estando já esclarecido, desde estes dois exemplos, como é a ordem jurídica que determinará qual a *esfera de livre disponibilidade* sobre posições jurídicas autonomizáveis, poderá avançar-se para outros espaços do Direito Civil onde tal espaço de liberdade é delimitado com bem maior latitude.

3.2. A renúncia a direitos no Direito das Obrigações

Passaremos agora a considerar diferentes previsões de *renúncia* no âmbito temático do Direito das Obrigações. Por proximidade temática, aí incluiremos – aliás seguindo as opções de sistematização do legislador civil – as *garantias*, mesmo que de índole real, porque destinadas ao reforço da probabilidade de satisfação de vínculos obrigacionais¹². O que se escreve valerá igualmente, com as necessárias adaptações, para *obrigação não autónomas* (ou *pretensões não obrigacionais*)¹³, que surgem fora do âmbito das fontes das obrigações constantes do livro II do Código Civil: *negócio*

¹¹ Cf., sobre a “revolução” dos critérios de filiação, Rute Teixeira PEDRO, “Uma revolução na concepção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida”, in Luísa Neto e Rute Teixeira Pedro (coords.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Porto, FDUP, 2017, pp. 149-167.

¹² De resto, seguindo a singular (e positiva) opção do legislador português de regular as garantias reais no âmbito do livro de Direitos das Obrigações.

¹³ Sobre as obrigações não autónomas – ou *pretensões não obrigacionais* –, cf. João de Matos Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2010, pp. 69 e ss. (nº 14), e Jorge Ribeiro de

jurídico (unilateral ou contrato), *responsabilidade civil*, *enriquecimento sem causa*, *gestão de negócios*.

O primeiro elemento que nitidamente salta à vista é a frequente referência à possibilidade de renúncia a direitos. As dimensões do regime reguladas são fundamentalmente as seguintes: a *admissibilidade*; o *modo*; e, mais raramente, a expressa regulação da *legitimidade*.

Quanto à *admissibilidade*, refere-se a possibilidade de renúncia à prescrição (artigo 302º, nº 1). Que de acto unilateral se trata é reforçado pela precisão de a prescrição não precisar de ser aceita pelo beneficiário (artigo 302º, nº 2, 2ª parte).

Admissível é igualmente a renúncia a direito de indemnização no âmbito da gestão de negócios: se, conforme o artigo 469º, “[a] aprovação da gestão implica a renúncia ao direito de indemnização pelos danos devidos a culpa do gestor e vale como reconhecimento dos direitos que a este são conferidos no nº I do artigo anterior”, então, subentende-se, o direito de indemnização é por princípio renunciável, autonomamente ou na sequência do acto que a lei qualifica como aprovação.

Havendo benefício da *solidariedade* estabelecido em favor do credor, da mesma forma que dele se poderá socorrer, exigindo a totalidade da prestação a qualquer um dos devedores solidários (artigos 512º, nº 1, e 519º, nº 1, 1ª parte), a ele poderá renunciar (artigos 527º e 528º, nº 2).

Recorrente é também a referência à renúncia no contexto do exercício de *direitos de defesa* ou *excepções*¹⁴. No âmbito especial da fiança, refere-se que a renúncia do devedor principal a um seu meio de defesa – renúncia que, portanto, é admissível – não produz efeitos em relação ao fiador (artigo 637º, nº 2); e norma semelhante se prevê no âmbito da hipoteca (artigo 698º, nº 1). Igualmente se prevê a perda do benefício da excussão prévia por renúncia da sua parte [artigo 640º, alínea a)], que pode ter lugar em momento

FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, 2ª ed. (atualizada e ampliada por Miguel Pestana de VASCONCELOS e Rute Teixeira PEDRO), Coimbra, Almedina, 2020, pp. 37 e ss. (nº 7).

¹⁴ O termo *excepção*, enquanto modalidade de direitos (“contra-direitos”, “contra-normas”), é, entre nós, especialmente usado em âmbito processual: cf. os artigos 576º e ss. do CPC. Quando se trate de *excepções materiais*, estamos, na verdade, diante de posições jurídicas substantivas. Entre nós, a *excepção* enquanto situação jurídica substantiva foi objecto das reflexões de Carlos Alberto da Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, reimp., Coimbra, Almedina, 2003 (original de 1970). Pode confrontar-se, no actual Direito alemão, Dieter MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 10ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2010, pp. 45 e ss. (91 e ss.); e Manfred WOLF e Jörg NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10ª ed., München, C. H. Beck, 2012, pp. 242 e ss. (§21.II).

posterior à constituição da fiança (artigo 641º, nº 2, que remete para os efeitos da renúncia a falta de chamamento do devedor numa acção movida apenas contra o fiador). Também o direito de compensação, na sua dupla face de *direito de defesa* e *modalidade potestativa de cobrança de créditos*, é renunciável (artigo 853º, nº 2).

Renunciáveis são igualmente as *garantias reais*. A possibilidade de renúncia à consignação de rendimentos é pressuposta pelo artigo 663º, nº 2. Quanto à hipoteca, está expressamente prevista como causa de extinção (artigos 730º e 731º). É ainda mencionada no artigo 867º, quando prevê que “[a] renúncia às garantias da obrigação não faz presumir a remissão da dívida”. Mas tal regime de extinção da hipoteca vale também para o penhor (artigo 677º), consignação de rendimentos – conforme já se referiu – (artigo 644º) e privilégios creditórios (artigo 752º).

A possibilidade de renúncia do credor aos direitos resultantes do não cumprimento ou da mora do devedor (em particular, o direito a indemnização e/ou a resolução do contrato) é admitida *a contrario* pelo artigo 809º, quando fulmina com a nulidade a cláusula pela qual a eles antecipadamente renuncia – *a contrario*, portanto, a renúncia será de admitir *após* a respectiva constituição, ou seja, depois de ocorrido o seu facto constitutivo, o incumprimento¹⁵.

Notam-se ainda as seguintes alusões à possibilidade de renúncia: no âmbito do arrendamento prevê-se a possibilidade de renúncia à transmissão da posição de arrendatário por parte dos seus sucessores (artigo 1113º); o procurador pode renunciar à procuração (artigo 265º, nº 1), caso em que renuncia a um ofício; o direito de remição, no âmbito do contrato de renda perpétua, é irrenunciável (artigo 1236º, nº 2).

Mas por vezes refere-se a renúncia apenas para notar que o efeito renunciativo não se produz: a renúncia ao direito de revogação de mandato ou de procuração não exclui a revogabilidade (artigos 265º, nº 2, 1170º), salvo quando igualmente no interesse de terceiro; mas dá lugar à obrigação de indemnizar [artigo 1172º, alínea b)]¹⁶.

¹⁵ Cf. João de Matos Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. II., 7ª ed., reimp, Coimbra, Almedina, 1997, p. 136

¹⁶ Para as razões do regime destas relações de *agere pro altero*, cf. Tiago Azevedo RAMALHO, *Contratos...*, *op. cit.*, pp. 383 e ss. (§ 6).

Em suma: é de concluir por uma genérica admissibilidade de renúncia a posições jurídicas.

Quanto ao *modo* da renúncia, é pressuposto ou referido, pelas disposições anteriores, a índole unilateral do acto renunciativo. Tal acto unilateral é um negócio jurídico, sujeito, por isso, à possibilidade de declaração de nulidade ou de anulação. É o que aliás prevê o artigo 732º, no âmbito particular da hipoteca¹⁷.

Não se encontra um regime geral relativo à forma da renúncia. No caso da prescrição, refere-se que pode ser tácita (artigo 302º, nº 2, 1ª parte). Em matéria de hipoteca, prevê-se forma especial para o acto de renúncia (artigo 731º, nº 1)¹⁸.

Quanto à *legitimidade* para renunciar, é de referir o regime da prescrição, quando prevê que, por regra, é o titular da faculdade de disposição do benefício resultante da prescrição que a pode invocar (artigo 302º, nº 3; quanto à possibilidade de invocação por terceiros, cf. o artigo 305º); a possibilidade de renúncia pelo *credor* (artigo 730º, nº 1); ou a meios de defesa pelo *devedor*. Mas mesmo que a lei não refira expressamente quem tem “legitimidade” para a renúncia, é sempre fácil de apurar, pelo sujeito da acção previsto em cada regra jurídica, aquele a quem tal faculdade é validamente oferecida.

Não expressamente regulada na lei está a possibilidade de renúncia a direitos de crédito: questão que se torna crítica atendendo a que, em alternativa, se prevê a *remissão* como fundamento de extinção de obrigações (artigo 863º e ss.). Mas enquanto a renúncia é negócio jurídico unilateral, a remissão é um contrato. A pergunta que se coloca é, portanto, a seguinte: o regime da *remissão* é um regime especial *exclusivo* ou *alternativo* ao regime da renúncia?¹⁹

¹⁷ “Se a causa extintiva da obrigação ou a renúncia do credor à garantia for declarada nula ou anulada, ou ficar por outro motivo sem efeito, a hipoteca, se a inscrição tiver sido cancelada, renasce apenas desde a data da nova inscrição”.

¹⁸ “A renúncia à hipoteca deve ser expressa e escrita em documento que contenha a assinatura do renunciante reconhecida presencialmente, salvo se esta for feita na presença de funcionário da conservatória competente para o registo, não carecendo de aceitação do devedor ou do autor da hipoteca para produzir os seus efeitos”.

¹⁹ Cf., sobre este ponto, Tiago Azevedo RAMALHO, *Contratos...*, op. cit., pp. 374 e ss. (§5.5.2-5.3), sem prejuízo dos novos argumentos que agora se introduzem. O tema da admissibilidade da renúncia é especialmente desenvolvido por Francisco Manuel de Brito Pereira COELHO, *A Renúncia Abdicativa no Direito Civil (Algumas notas tendentes à definição do seu regime)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 103 e ss., com posição diferente daquela que se sustenta em texto (cf., para uma análise crítica, a nota 555 daquela primeira obra, que se inicia na p. 375).

Tudo depende do fundamento que se identifique para o regime da *remissão*. Estando ele – como parece realmente estar – no princípio de que ninguém pode ser forçado a enriquecer contra a sua vontade (*invito beneficium non datur*), então tem ele em vista a protecção do beneficiário do acto extintivo. Não se destina o regime da contratualidade da remissão à protecção do credor remitente, mas do devedor remitido.

Nada obsta, por conseguinte, a que o credor unilateralmente renuncie a direito de crédito de que é titular – ou seja, que o *devedor* possa, posteriormente ao acto de renúncia, prevalecer-se dos seus efeitos mesmo no confronto com uma mudança de entendimento do seu (ex-)credor (com efeito, embora a renúncia esteja na esfera de poder do credor, a protecção dos seus efeitos dá-se essencialmente no interesse do devedor que deles se quer prevalecer). De facto, afigurar-se-ia paradoxal que o credor pudesse extinguir a generalidade de direitos que assessoram ou mesmo substituem a prestação principal, integrando a chamada *relação obrigacional complexa*²⁰, e não pudesse extinguir o crédito principal; ou que pudesse renunciar às garantias, mas não ao crédito principal, quando podem ser as garantias *in casu* a conferirem a única probabilidade económica de satisfação do crédito²¹; ou ainda que se lhe facultasse renunciar à indemnização correspondente à impossibilidade do crédito, mas não ao crédito: quando os respectivos valores são rigorosamente equivalentes; ou, por fim, que pudesse renunciar ao direito no processo unilateralmente (desistindo do pedido: cf. 3.5), mas não fora dele.

Se o devedor tiver ainda assim interesse em não ser beneficiado contra a sua vontade, poderá cumprir a dívida espontaneamente, mesmo que o credor tenha perdido, em virtude do acto de renúncia, o poder de exigir a prestação.

Claro que, para a renúncia ser admitida, deverá corresponder a um interesse legítimo (*hoc sensu*: ter “causa”); e a forma do acto deverá expressar com clareza o intuito renunciativo (cf. 3.7). Mas esses são requisitos gerais de validade ou de manifestação do negócio jurídico.

²⁰ Cf. por todos, para a relação obrigacional complexa, C. A. da Mota PINTO, *Cessão...*, *op. cit.*, pp. 335 e ss.; J. Ribeiro de FARIA, *Direito...*, *op. cit.*, pp. 153 e ss. (n.º 16 e 17); e Nuno Pinto OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 48-51.

²¹ Cf. Luís Miguel Pestana de VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2020, pp. 64 e ss. (n. 10), para a consideração das garantias enquanto meios de reforço da probabilidade quantitativa e qualitativa de satisfação de créditos.

Sendo admitida a renúncia, mas prevendo-se igualmente a possibilidade de remissão, conclui-se que, sendo embora a vontade individual para produzir o efeito renunciativo, nada obsta a que, por opção, o efeito renunciativo seja produzido também em âmbito contratual. É o que ocorre na remissão (em que o devedor remitido *aceita* o efeito extintivo); ou, por ex., numa transacção em que cada uma das partes faz recíprocas concessões, *hoc sensu* renunciando a uma parte das suas possíveis pretensões, caso existissem (cf. o artigo 1248º, nº 1).

3.3. A renúncia a direitos no Direito das Coisas

Também o Direito das Coisas é generoso no reconhecimento de actos renunciativos. A admissibilidade de renúncia é admitida no âmbito de relações de vizinhança (reparação e reconstrução de muro: artigo 1375º, nº 3); mas também excluída, o que pressupõe a sua geral admissibilidade (artigo 1398º, para água). É referida para a compropriedade (artigo 1411º, nº 1). No caso do condomínio é explicitado que não se pode renunciar à parte comum do direito (artigo 1420º). A admissibilidade da renúncia ao usufruto é prevista no artigo 1476º, nº 1, alínea e); e o mesmo regime vale subsidiariamente para os direitos de uso e de habitação (artigo 1490º). As servidões podem extinguir-se por renúncia do titular do prédio serviente, sem necessidade de consentimento do titular do prédio dominante [artigo 1569º, 1, alínea d), e nº 5].

Dúvidas não subsistem, portanto, acerca da genérica admissibilidade da renúncia como causa geral de extinção de direitos reais²².

Expressão particular de renúncia é o *abandono*, pressuposto por um artigo 1318º que faculta a aquisição por *ocupação* de animais e outras coisas móveis que tenham sido *abandonados*²³. O abandono é, assim, forma de extinção de direitos (por isso se faculta a posterior aquisição originária dos mesmos bens). Constitui o abandono, portanto, uma modalidade particular de renúncia, assente na manifestação concludente colocar termo à relação de titularidade.

²² Cf. Rui Pinto DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 4ª ed., Lisboa, Principia, 2020, pp. 62-64.

²³ A lei não prevê expressamente a possibilidade de abandono (e, portanto, também de renúncia) de imóveis. A sua admissibilidade é objecto de disputa. No Direito alemão, é regulada pelo § 928 BGB.

Ilustrando que a possibilidade de renúncia não é apriorística, mas está dependente nos seus concretos contornos, do regime que a lei estabeleça, encontra-se o artigo 1305º-A, nº 3, relativo ao âmbito de poder de um titular de um direito sobre animais. Aí se prevê a restrição da possibilidade de praticar actos que inflijam maus-tratos que conduzam a “sofrimento injustificado, abandono ou morte” (artigo 1305º-A, nº 3).

Note-se que, no caso da propriedade, a lei regula a *forma* para a renúncia, valendo o regime previsto para a doação (artigo 1411º, nº 3).

3.4. A renúncia a direitos no Direito da Família e das Sucessões

Prevê igualmente o Direito da Família e o Direito das Sucessões diferentes modalidades de renúncia a direitos – ou da sua concreta irrenunciabilidade, o que comprova a renunciabilidade de princípio.

É de sublinhar, no Direito da Família, a irrenunciabilidade do direito a alimentos (artigo 2008º, nº 1). O fim procurado de garantir meios de subsistência a quem deles não dispõe exclui a possibilidade de que este vínculo obrigacional de fonte familiar se extinga por acto de vontade. O titular do direito a alimentos (do direito potestativo a constituir a relação de alimentos ou do direito de crédito aos alimentos já constituídos) é livre de o exercer ao não; mas, por via da irrenunciabilidade, nunca perde a possibilidade de, quando entender dever pedi-los, gozar de tutela jurídica. Semelhante irrenunciabilidade é expressão do vínculo de «solidariedade» que subjaz a vários efeitos jurídico-familiares (cf. o que se escreveu em 3.1).

Em âmbito sucessório, poderá o titular de determinado direito extinguir-lo *mortis causa* por vontade sua (artigo 2025º, nº 2). O meio próprio será qualquer negócio jurídico apto à produção de efeitos sucessórios: via de regra o *testamento*, negócio jurídico unilateral; excepcionalmente o *contrato*. Pense-se, por ex., na extinção de uma servidão de um prédio (serviente) que beneficiava um prédio próprio (dominante).

Algumas dificuldades nos levanta a temática do repúdio da vocação sucessória (sujeita à forma prevista para a alienação da herança: cf. os artigos 2063º e 2126º). Certamente que, por ele, se dá uma perda para aquele que tenha vocação sucessória: em lugar de adquirir as posições sucessórias a que chamado – sucedendo, ora a título de herdeiro, ora a título de legatário –,

nada adquire. A lei usa mesmo, a espaços, o termo «renúncia a herança»: é o que se verifica no artigo 2057º, nº 2²⁴.

Constituirá o repúdio uma modalidade de renúncia?

Importará distinguir entre a *renúncia a um direito* e a *não aceitação de um direito*. São dois actos que têm elementos comuns – e daí que, a espaços, possa ser difícil distingui-los –, mas também diferenciados. A ambos os casos é comum poderem dar lugar a uma perda económica: no primeiro caso, subtrai-se, por acto de vontade, uma parte ao que se tem; no segundo caso, não se adquire o que está puramente na dependência da vontade. Mas distingue-os, claro, a natureza da perda: na primeira hipótese, a pessoa é privada do que já se encontrava no seu património – está em jogo a liberdade de exercício das suas próprias posições jurídicas. Já na segunda recusa o ingresso de novos bens no seu património: está em jogo a liberdade negocial de não adquirir²⁵. Feita a distinção, é claro que o *repúdio* constitui, não uma renúncia, mas uma não aceitação de um direito. O que não quer dizer que o regime não possa ser, neste caso, muito semelhante: hipóteses há em que a lei, considerando o paralelismo económico entre os dois actos, os sujeita a um mesmo regime, nomeadamente para efeitos de conservação da garantia patrimonial (ver 3.6.).

Mas se o repúdio constitui uma modalidade de *recusa de aceitação*, já a «renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário» do outro cônjuge [artigos 1700º, nº 1, alínea c), e 1707º-A) constitui plenamente uma renúncia. Como o é, em geral, a possibilidade de renúncia à sucessão de pessoa viva, mencionada na definição de sucessão contratual (artigo 2028º, nº 1). Objecto de renúncia é aqui a *posição jurídica* de que dispõe *alguém que é virtualmente sucessor de outrem*. Já dispõe realmente dessa posição jurídica, que, por isso, poderá – nos casos em que a lei o admite (e poucos são) – ser renunciada. Abrindo-se a sucessão e sendo a pessoa chamada, tal direito traduz-se na

²⁴ “Entende-se, porém, que aceita a herança e a aliena aquele que declara renunciar a ela, se o faz a favor apenas de algum ou alguns dos sucessíveis que seriam chamados na sua falta”.

²⁵ Correspondem a dimensões diferentes da legitimidade para a produção de efeitos jurídicos: de um lado é a legitimidade para adquirir, do outro a legitimidade para exercer posições jurídicas. Cf. Tiago Azevedo RAMALHO, *Contratos...*, op. cit., pp. 211 e ss. (§4.2.2) e 283-284 [§5.2.1.d)], respectivamente.

possibilidade de aceitar ou repudiar a sucessão. Se agora repudiar, já não será uma renúncia, mas uma recusa de aceitação²⁶.

O Direito das Sucessões prevê ainda outras hipóteses de renúncia. Assim ocorre quando nos refere que o “o direito a partilhar a herança não é passível de repúdio, podendo apenas convencionar-se a indivisão por certo tempo” (artigo 2101º, nº 2), mesmo se, onde se lê repúdio, se devesse ler renúncia; ou quando se afirma ser “irrenunciável” o direito de reduzir as liberalidades (artigo 2170º).

3.5. A renúncia no Direito Processual Civil

Também ao Processo Civil, que tem em vista a realização adjectiva do Direito substantivo, não é estranha a possibilidade de renúncia a determinadas faculdades processuais. O termo renúncia é especialmente referido no âmbito da renúncia a mandato pelo mandatário (artigo 47º CPC); da renúncia à possibilidade de arguir nulidade (artigo 197º, nº 2)²⁷; da renúncia ao recurso (artigo 632º); e ainda da renúncia do exequente (artigo 864º, nº 5).

Mas é sob outra designação que surge o mais relevante acto de renúncia. É a *desistência do pedido*, um acto unilateral pelo qual o Autor dispõe do objecto do processo, abdicando da postulação de tutela jurídica que o motivara a iniciar a acção. Assim como o Réu pode confessar o pedido, ou o Autor e o Réu, por acordo, transigirem no litígio mediante contrato de transacção, pode também o Autor, por acto unilateral, manifestar o seu propósito de não pretender litigar. São estas as três modalidades de actos autocompositivos previstas em geral na lei processual (cf. o artigo 283º, nº 1). Estamos diante de expressões do princípio do dispositivo²⁸.

É de distinguir entre *desistência do pedido* e *desistência da instância* (artigo 285º). Neste último caso, desiste apenas o Autor da relação processual, ou instância (artigo 285º, nº 2) – e, portanto, nada obstará a que no futuro proponha nova acção com o mesmo objecto. A partir do momento

²⁶ Cf., no Direito alemão, a diferença terminológica entre “Erbverzicht” e “Ausschlagung”.

²⁷ Deve notar-se que a categoria processual da *nulidade* não se equipara à categoria substantiva, constituindo um misto entre a nulidade e a anulabilidade. Cf. José Lebre de FREITAS, *Introdução ao Direito Processual Civil. Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código*, 4ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2017, pp. 22 e ss. (I.2.3).

²⁸ Cf., por todos, J. Lebre de FREITAS, *Introdução...*, *op. cit.*, pp. 157 e ss. (nº II.6).

em que o Réu oferece contestação – e, portanto, manifesta a sua intenção de também ele litigar –, semelhante desistência da instância ficará dependente da sua aceitação (artigo 286º, nº 1). Já a desistência do pedido incide sobre a própria pretensão exercida no processo: porque traduz, no plano processual, um exercício de uma faculdade substantiva, a desistência do pedido, di-lo a lei, “extingue o direito que se pretendia fazer valer” (artigo 285º, nº 1).

É sabido que, praticado um acto de autodisposição do objecto do litígio, o juiz deverá examinar se, pelo seu “objecto e pela qualidade das pessoas que nela intervieram, a confissão, a desistência ou a transacção é válida” (artigo 290º, nº 3). Como actos dispositivos que são, apenas se admitem por relação a direitos que não sejam indisponíveis (artigo 289º, nº 1). Trata-se de uma remissão para o regime substantivo e processual que delimita o âmbito de disponibilidade relativo a cada posição jurídica.

3.6. Os actos de conservação da garantia patrimonial

Relacionado com o regime de “renúncia a direitos” está igualmente o conjunto de disposições jurídicas destinadas à conservação da garantia patrimonial de créditos.

Os critérios legais para determinarem o potencial de reacção a um acto lesivo da garantia patrimonial comum do credor estão ligados à tomada de opções do titular de certa posição jurídica ou de determinada liberdade negocial, o devedor, que se podem repercutir negativamente no respectivo património: ora privando-o de valores que nele realmente se encontram; ou impedindo que nele ingressem valores a que com facilidade poderia aceder.

É claro que o Direito Civil é, sobretudo em âmbito patrimonial, Direito de liberdade – e que cabe a cada *pessoa* a adopção das directrizes que tome por mais convenientes na condução dos seus negócios. Mas tal espaço de liberdade é naturalmente restringido quando as próprias opções economicamente desvantajosas são tomadas com prejuízo para credores. Um brocardo clássico explicita-o com superior clareza: *nemo liberalis nisi liberatus*. Leia-se: *que ninguém se dê a liberalidades quando não está liberado*.

Prevê a lei substantiva diferentes possibilidades de acção do credor que veja a sua garantia patrimonial colocada em causa: a possibilidade de o credor pedir a declaração de nulidade de actos praticados pelo devedor

(artigo 605º, nº 1); de ao devedor se sub-rogar no exercício dos seus direitos (de natureza não pessoalíssima), sempre que o não faça (artigo 606º, nº 1), norma que tem uma concretização especial no âmbito do *repúdio* da herança, em que aos credores é dada a possibilidade de aceitação da herança em nome do sucessor (artigo 2067º, nº 1); e de impugnar os actos que envolvam a diminuição da garantir patrimonial do crédito, sem que sejam de natureza pessoal (artigo 610º)²⁹.

São estas diferentes possibilidades de actos (ou omissões) que se podem repercutir na esfera de um possível credor, embora nem todos eles se traduzam necessariamente numa renúncia. Mas assim pode também ocorrer. Por isso o regime de conservação da garantia patrimonial deve igualmente ser considerado na delimitação do regime jurídico da renúncia em Direito Civil.

3.7. Duas questões gerais: a forma da renúncia e o momento da sua eficácia

Importa levantar, em fase conclusiva, duas questões de índole geral.

A primeira: qual a forma jurídica para o negócio de renúncia?

Se, por vezes, a lei prevê uma forma especial para o seu exercício (cf., por ex., os já referidos artigos 302º, nº 2, 1ª parte; 731º, nº 1; 1411º, nº 3), nem sempre ela se encontra prevista. Haverá então de aplicar as directrizes previstas da Parte Geral do Código Civil.

Na falta de disposição expressa da lei, vale o princípio geral: é a regra da liberdade declarativa, do princípio da liberdade de forma, do consensualismo (artigo 219º). Qualquer comportamento humano do qual se possa extrair o intuito renunciativo é apto a explicitar o propósito de renúncia (artigo 236º, nº 1)³⁰. Basta, *hoc sensu*, uma «forma natural» que explicita o sentido pretendido pelo declarante³¹.

A segunda questão é: qual o momento da eficácia do acto renunciativo?

²⁹ Cf. ainda as causas incondicionadas de resolução em benefício da massa insolvente constantes do artigo 121º, nº 1, alíneas c) e g), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

³⁰ Sem prejuízo das restrições aplicáveis em sede probatória, ao excluírem a prova testemunhal contra o conteúdo de documentos (artigo 394º, nº 1), regime que se aplica a factos extintivos da obrigação (artigo 395º) – o que há-de valer para factos extintivos do *crédito*.

³¹ Cf. Tiago Azevedo RAMALHO, *Contratos...*, *op. cit.*, pp. 143 e ss. (§3.3.1.1).

Haverá que apurar a quem a renúncia, mesmo sendo um acto unilateral do renunciante, aproveita.

Via de regra, ora o acto renunciativo aproveita a um outro que não o renunciante; ora aproveita ao renunciante diante de um outro.

Vejamus a hipótese de renúncia que possa aproveitar a terceiro. A liberdade do renunciante só deve considerar-se restringida – entenda-se: a liberdade de reponderar a bondade do que exprimiu como uma renúncia – a partir do momento em que a renúncia chega à esfera de conhecimento de quem dela objectivamente beneficiou (mesmo que a renúncia não tenha intuito de liberalidade). Vale, *mutatis mutandis*, o regime que a lei prevê para a proposta negocial, que fica sem efeito se o destinatário receber a retractação do proponente (ou dela tiver conhecimento) ao mesmo tempo ou antes que a proposta (artigo 230º, nº 2). É evidente que a renúncia *não é* uma proposta negocial. Mas, à semelhança da proposta negocial (tal é o critério de analogia), é um acto humano que restringirá a liberdade de quem o pratica *no interesse* de outrem. Ora, só há «interesse legítimo» em tutelar os efeitos da renúncia, suficiente para restringir a liberdade de reponderação do renunciante, desde o momento em que outrem a conheça³².

Tratando-se agora de renúncia destina a fazer valer diante de terceiros os efeitos da abdicação do direito, também só se deve considerar eficaz desde o momento em que dela tenham tomado ou possam tomar conhecimento. No caso de “abandono” – em que o titular do direito pretende prevalecer-se da renúncia *diante de todos* –, é a situação *pública e manifesta* de abdicação do direito que torna eficaz o efeito renunciativo³³.

³² Discuti o ponto em Tiago Azevedo RAMALHO, *Contratos...*, *op. cit.*, p. 378, n. 555. Acrescento agora, a título de dado de Direito comparado, o § 875 BGB, previsto no âmbito da renúncia a direitos sobre imóveis. O efeito extintivo está dependente de declaração perante o *Grundbuch* ou do beneficiário, assim como do próprio acto de extinção no *Grundbuch* (*Löschung*).

³³ Sem prejuízo de, nos termos comuns, possa ser chamado a responder pelos danos produzidos pela coisa abandonada mesmo após o momento da renúncia.

4. Traços do regime de Direito Civil

Parece possível retirar as seguintes conclusões a respeito da renúncia em Direito Civil, que, expostas agora sob forma articulada, expressam os resultados do presente estudo:

- a) Quanto à sua *natureza*, a renúncia constitui uma modalidade de *negócio jurídico* unilateral, caracterizada por se destinar à extinção da titularidade de direitos (ou de outras posições jurídicas autonomizáveis).
 - a1) Assim, a renúncia distingue-se do simples não exercício de posições jurídicas de que se é titular (mesmo se o não uso pode conduzir à caducidade do direito);
 - a2) Distingue-se igualmente da recusa de aquisição de direitos, embora esta possa ter um efeito económico equivalente à renúncia, sobretudo em sede de conservação da garantia patrimonial comum, o património: um valor do património inferior àquele de que poderia dispor não fossem as opções *renunciativas* ou de *recusa de aquisição* do seu titular.
- b) Quanto à sua *admissibilidade* (questão relativa ao *objecto* do negócio), a renúncia é de admitir sempre que a concreta posição jurídica em causa faculte a possibilidade de renunciar.
 - b1) A título de princípio, é de admitir a faculdade de renunciar integralmente o conteúdo do direito.
 - b2) Tal faculdade de renunciar deve ser aferida sempre em concreto, podendo a lei excluí-la quando a índole dos interesses em presença seja incompatível com a proscrição da faculdade de o declarante reponderar o intuito de prescindir do seu direito.
- c) Quanto à respectiva *legitimidade*, a renúncia, como modalidade de negócio jurídico dispositivo que é, deve provir do titular da posição jurídica que se pretenda extinguir.
 - c1) A regra de legitimidade não exclui que um terceiro, desde que para tal devidamente legitimado (por negócio jurídico de autorização ou procuração, ou ainda pela lei), possa praticar o acto de renúncia.

- c2) Em semelhante hipótese, deverão concorrer dois requisitos para a produção do efeito renunciativo: a titularidade do direito por parte daquele em cujo nome, ou sobre cuja esfera, se produz a renúncia; e a legitimação daquele que emite a declaração de renúncia (o *representante* ou *autorizado*).
- d) Quanto ao *meio* de produção do efeito jurídico renunciativo, é ele o *negócio jurídico unilateral*. Vale, *mutatis mutandis*, o princípio da “consensualidade” – mais precisamente – da *suficiência da vontade* (do titular) – para a produção de efeitos jurídicos dispositivos. Implicando a renúncia a esfera do renunciante, a sua declaração é bastante para a produção do efeito jurídico extintivo.
- d1) A renúncia pode operar por negócio *inter vivos* ou *mortis causa* (testamento).
- d2) Embora seja suficiente a vontade individual para produzir o efeito renunciativo, nada obsta a que, por opção, o efeito renunciativo seja produzido por contrato.
- d3) É de admitir a renúncia a direitos de crédito em alternativa à remissão de obrigações.
- e) Quanto à *forma* da declaração da renúncia, vale o princípio geral de liberdade declarativa. Tal princípio cede mediante eventuais restrições legais à forma de válida manifestação do intuito renunciativo.
- f) Quanto ao *momento da eficácia* da declaração de renúncia, deve ser ele, quando o efeito renunciativo o da chegada à esfera de conhecimento de quem dela potencialmente beneficie ou diante daquele que se pretenda fazer valer a renúncia. Antes desse momento, não há razões substantivas que justifiquem a limitação da liberdade do renunciante, ou que imponham a terceiros o respeito pelos efeitos da renúncia.
- g) Quanto à *estabilidade dos seus efeitos*, a renúncia pode ser atacada quando praticada em prejuízo de credores, que, então, contarão especialmente com a possibilidade de recurso ao mecanismo da *ação de impugnação pauliana*, verificados os respectivos pressupostos.

O ALTRUÍSMO (ECONÓMICO?) DE DADOS: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESPAÇO EUROPEU DE DADOS DE SAÚDE E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Tiago Branco da Costa*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.30>

Com um grande sorriso, com que, sempre, a Professora Benedita, nos recebia e abraçava

1. Da *Agenda Digital para a Europa* à “Via Europeia para a Década Digital”

Em 2010, a Comissão Europeia apresentou a sua proposta para *Uma Agenda Digital para a Europa*, dando conta de que “O objetivo geral da Agenda Digital é extrair benefícios económicos e sociais sustentáveis de um mercado único digital, com base na Internet rápida e ultrarrápida e em aplicações interoperáveis”¹.

* Assistente convidado da Escola de Direito da Universidade do Minho, Doutorando em Ciências Jurídicas Privativísticas na Escola de Direito da Universidade do Minho, Bolseiro da Fundação para a Ciência e Tecnologia (tiagobrancodacosta@direito.uminho.pt). O presente artigo foi entregue para publicação em julho de 2022, pelo que, versando sobre uma proposta de regulamento europeu, e contendo o mesmo várias referências a diversos diplomas legais em processo de negociação ou revisão, ressalvam-se, desde já, os desenvolvimentos que, até à data da sua publicação, tenham sido alcançados e que coloquem em causa a validade e/ou a pertinência das observações aqui efetuadas.

¹ Cf. Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Uma Agenda Digital para a Europa*, Bruxelas, 19 de maio de 2010, COM(2010)245, p. 3

Estimava-se já que a aposta nas tecnologias da informação e das comunicações (TIC) pudesse, por um lado, contribuir, significativamente, para a saída da crise económica que assolava a Europa e, por outro lado, preparar a economia para os desafios da década seguinte. Um dos exemplos apontados como resultado expectável de uma utilização generalizada e eficaz das tecnologias digitais era a oferta de melhores cuidados de saúde².

A par destas preocupações com as melhores condições ao nível da qualidade de vida, cuidados de saúde, transportes, ambiente, acesso aos serviços públicos, ficou também expressa a preocupação com a dimensão e com o potencial económico do setor das TIC: “Com um valor de mercado de 660 000 milhões de euros anuais, o sector das TIC é diretamente responsável por 5% do PIB europeu, mas contribui em muito maior percentagem para o crescimento geral da produtividade (20% diretamente do sector das TIC e 30% dos investimentos nestas tecnologias)”³. Concomitantemente, os receios em relação à proteção da privacidade e à segurança⁴, assim como a falta de literacia digital eram apontados como entraves ao desenvolvimento do mercado digital, e, por isso, mereciam atenção.

Neste sentido, entendeu a União que “Está[va] na altura de tirar partido da era digital através de um novo mercado único”⁵, pelo que se propôs rever o quadro regulamentar relativo à proteção de dados.

No domínio dos cuidados de saúde, apontava-se para a implementação de tecnologias de saúde em linha na Europa, de modo que os cidadãos pudessem ter os seus dados pessoais de saúde guardados com segurança num sistema de saúde acessível em linha, tendo em vista a melhoria da qualidade desses cuidados de saúde, a redução dos custos e a promoção de uma vida

² Cf. Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Uma Agenda Digital para a Europa*, cit., p. 4.

³ Cf. Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Uma Agenda Digital para a Europa*, cit.

⁴ Cf. Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Uma Agenda Digital para a Europa*, cit., p. 13: “As pessoas que não fizeram qualquer encomenda em linha em 2009 apresentaram como principais razões: preocupações com a segurança do pagamento, preocupações com a violação da privacidade e falta de confiança”.

⁵ Cf. Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Uma Agenda Digital para a Europa*, cit., p. 8.

autónoma, através, por exemplo, da adoção de serviços de telemedicina e de dispositivos portáteis para a monitorização do estado de saúde das pessoas⁶.

A interoperabilidade era também apontada como ponto chave para uma sociedade verdadeiramente digital, onde os produtos e os serviços fossem capazes de chegar a todo o mundo.

Mais tarde, em 2012, a Comissão Europeia chamava à atenção para a “Proteção da privacidade num mundo interligado: Um quadro europeu de proteção de dados para o século XXI”⁷, assinalando, por um lado, a importância da Diretiva de 1995⁸, mas constatando, por outro lado, a sua desatualização face aos dezassete anos, entretanto, volvidos. Com efeito, durante este período, a rápida evolução tecnológica e a globalização foram capazes de transformar, seriamente, a nossa forma de vida e de interação com o mundo, e de elevar, exponencialmente, o valor dos dados pessoais.

A Comissão Europeia sublinhava, nesta altura, a natureza do direito à proteção de dados, no quadro da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)⁹, bem como a importância do reforço da confiança dos cidadãos, através da definição de um elevado nível de proteção dos seus dados¹⁰. O que fazia com vários propósitos: “concretizar todo o potencial da economia digital, incentivando desta forma o crescimento económico e a competitividade das empresas na UE” e “fomentar o crescimento económico, criar novos

⁶ Cf. Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Uma Agenda Digital para a Europa*, cit., pp. 33-34.

⁷ Cf. Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Proteção da privacidade num mundo interligado: Um quadro europeu de proteção de dados para o século XXI*, Bruxelas, 25 de janeiro de 2012, COM(2012)9 final.

⁸ Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, *OJ L 281*, 23.11.1995, pp. 31-50.

⁹ *Vd.* Manuel David MASSENO, “Na borda: dados pessoais e não pessoais nos dois regulamentos da União Europeia”, *Cyberlaw, Revista Científica sobre Cyberlaw do Centro de Investigação Jurídica do Ciberespaço (CIJIC)*, vol. 1, nº 9, 2020, pp. 12-31, p. 16, que se refere à “constitucionalização da Proteção de Dados operada em 2009 com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, com a inclusão da mesma no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Artº 16º) e com a receção da Carta dos Direitos Fundamentais (Artº 8º) no Direito Primário da União (Ex vi, Artº 6º do Tratado da União Europeia)”.

¹⁰ Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Proteção da privacidade num mundo interligado...*, cit., p. 2.

empregos e estimular a inovação¹¹. Estavam, então, lançadas as sementes do novo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.

A preocupação económica da União para com os dados pessoais tornou-se ainda mais evidente quando a Comissão Europeia apelou a uma economia dos dados próspera¹², incentivando a Europa a participar do mercado mundial da tecnologia e demonstrando o fosso existente entre a Europa e os Estados Unidos da América¹³. Havia também a assinalar novas oportunidades de investimento, sobretudo na área da saúde, das fábricas inteligentes e da agricultura, onde a utilização dos dados poderia resultar em relevantes proveitos económicos. Com efeito, previa a Comissão que “Uma economia assente em dados tem como característica importante ser um ecossistema de diferentes tipos de atores que interagem no mercado único digital, o que resulta em mais oportunidades comerciais e numa maior disponibilidade de conhecimentos e de capital”¹⁴, sendo, então, necessário promover políticas favoráveis à abertura dos dados, desenvolver métodos e ferramentas de gestão dos dados e apostar em normas abertas e na interoperabilidade.

No ano seguinte, e na sequência do plano que vinha a ser traçado, foi, então, apresentada a *Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa*¹⁵ que, assumindo que a economia mundial estava a tornar-se digital, apontou várias oportunidades no domínio dos serviços digitais, dos quais fazia parte a saúde em linha. Esta estratégia ainda tornou mais evidente o binómio direitos fundamentais dos cidadãos (em particular, direito à privacidade e à proteção de dados pessoais) e inovação/fomento económico. Com efeito,

¹¹ Comissão Europeia, Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Proteção da privacidade num mundo interligado...*, cit.

¹² Comissão Europeia, Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Para uma economia dos dados próspera*, Bruxelas, 2 de julho de 2014, COM(2014) 442 final.

¹³ Comissão Europeia, Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Para uma economia dos dados próspera*, cit., p. 3: “Ora, a economia digital europeia tem sido lenta a aderir à revolução dos dados quando comparada com a dos EUA, para além de não dispor de capacidades industriais equiparáveis. [H]á menos empresas de dados bem sucedidas na Europa do que nos EUA, onde os grandes atores reconheceram a necessidade de investir em ferramentas, sistemas e novos processos assentes em dados”.

¹⁴ Comissão Europeia, Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Para uma economia dos dados próspera*, cit., p. 6.

¹⁵ Comissão Europeia, Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa*, Bruxelas, 6 de maio de 2015, COM(2015)192 final.

ciente da necessidade de atrair o investimento e o desenvolvimento no seu território, a União pensou em mecanismos adequados para combater um dos seus principais entraves – a falta de confiança e de segurança – apostando na criação e/ou reformulação dos quadros regulatórios ao nível da proteção da privacidade e dos dados pessoais dos cidadãos. Só assim acreditava ser possível atrair os vários atores a participar no mercado digital da e na União.

Em 2016, fruto de vários anos de trabalho e de muito consenso, é, então, publicado, no *Jornal Oficial da União Europeia*, o novo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados¹⁶, que veio substituir a anterior Diretiva 95/46/CE¹⁷, numa tentativa de uniformização da aplicação das regras atinentes à proteção de dados no espaço económico europeu, de reforço dos direitos dos titulares de dados e de fomento de uma livre circulação de dados¹⁸.

Nesta senda, em 2017, é apresentado o processo de construção de uma economia europeia dos dados, isto é, do “ecossistema de diferentes tipos de intervenientes no mercado – como fabricantes, investigadores e fornecedores de infraestruturas – que colaboram para garantir que os dados são acessíveis e utilizáveis”¹⁹. Nesta sua comunicação, a Comissão Europeia falava da livre circulação de dados, do acesso e da transferência em relação aos dados gerados automaticamente, de responsabilidade e segurança no contexto das tecnologias emergentes, da portabilidade dos dados não pessoais, e da interoperabilidade.

Na verdade, constatava-se que a aplicação uniforme de regras ao nível da proteção de dados dos cidadãos reforçava a confiança para o tratamento

¹⁶ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE, *OJ L* 119, 4 de maio de 2016, pp.1-88.

¹⁷ *Vd.* supra, nota 8.

¹⁸ Cf. Considerandos 6 a 13 do RGPD.

¹⁹ Comissão Europeia, Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Construir uma Economia Europeia dos Dados*, Bruxelas, 10 de janeiro de 2017, COM(2017) 9 final, p. 2. Para maior detalhe, *vide* a nota de rodapé 1 da Comunicação da Comissão Europeia, onde se esclarece que “A economia dos dados mede os impactos globais do mercado de dados – ou seja, o mercado onde os dados digitais são objeto de intercâmbio enquanto produtos ou serviços obtidos a partir de dados em bruto – na economia em geral. Tal implica a produção, recolha, armazenamento, tratamento, distribuição, análise, elaboração, fornecimento e exploração de dados, assentes em tecnologias digitais”.

e constituía a base para a livre circulação de dados pessoais²⁰, princípio aliás consagrado no TFUE²¹.

No que concerne ao acesso e à transferência de dados, chamava-se à atenção para o facto de podermos estar perante dados pessoais e dados não pessoais, sendo certo que “os fluxos de dados e conjuntos de dados irão conter regularmente os dois tipos de dados”²², embora aos primeiros se apliquem as regras vigentes em matéria de proteção de dados²³. É precisamente aqui que nasce a questão da licitude do tratamento de dados pessoais (gerados automaticamente ou de outra forma), que venha a ser realizado por estes vários intervenientes no mercado. A Comissão Europeia parece referir-se à necessidade de reunir o consentimento do titular, quando alude aos direitos dos produtores de dados²⁴, mas veremos adiante como é tratada a questão na Proposta de Regulamento EEDS.

No seguimento desta comunicação da Comissão Europeia, e com o objetivo de fomentar o intercâmbio de dados e a economia dos dados, surgiu, no final de 2018, o Regulamento (UE) 2018/1807 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, relativo a um regime para o livre fluxo de dados não pessoais na União Europeia, que, por se aplicar a dados não pessoais, poderia, *prima facie*, não justificar grande atenção. Todavia, no seu considerando 8, afirma-se que o regulamento não prejudica o regime jurídico sobre a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e sobre o respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais nas comunicações eletrónicas; ao passo que, no considerando 9, reconhece-se que “a internet das coisas, a inteligência artificial e a aprendizagem automática [representam] grandes fontes de dados não pessoais”. Mas,

²⁰ Comissão Europeia, Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Construir uma Economia Europeia dos Dados*, cit., pp. 6-9.

²¹ Vide artigo 16º do TFUE.

²² Comissão Europeia, Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Construir uma Economia Europeia dos Dados*, cit., p. 10.

²³ Comissão Europeia, Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Construir uma Economia Europeia dos Dados*, cit.: “Qualquer medida política deve tomar em consideração esta realidade económica e o quadro jurídico em matéria de proteção de dados pessoais, no respeito dos direitos fundamentais dos cidadãos”.

²⁴ Comissão Europeia, Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Construir uma Economia Europeia dos Dados*, cit., p. 14.

“se os progressos tecnológicos permitirem transformar dados anonimizados em dados pessoais, esses dados devem ser tratados como dados pessoais”. Por esta razão, ficou a Comissão Europeia responsável pela apresentação de um relatório sobre a execução do regulamento, nomeadamente para decidir da eventual necessidade de alterações à luz da evolução tecnológica ou do mercado, concretamente no que concerne à sua aplicação aos conjuntos de dados compostos por dados pessoais e não pessoais; e ainda pela publicação de orientações informativas respeitantes à conciliação entre o Regulamento fluxo de dados não pessoais e o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, quando estejam em causa conjuntos de dados compostos por dados pessoais e dados não pessoais^{25 26}.

Das orientações entretanto publicadas pela Comissão Europeia, a respeito das normas de conflito de leis, referentes ao conjunto de dados compostos por dados pessoais e não pessoais, resulta que: (i) o Regulamento Livre Fluxo de Dados Não Pessoais aplica-se aos dados não pessoais do conjunto de dados; (ii) a disposição do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados relativa à liberdade de circulação aplica-se aos dados pessoais do conjunto de dados; (iii) se os dados não pessoais e os dados pessoais estiverem “indissociavelmente ligados”, os direitos e obrigações em matéria de proteção de dados decorrentes do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados aplicam-se, plenamente, a todo o conjunto misto de dados, mesmo que os dados pessoais representem apenas uma pequena parte do conjunto de dados²⁷.

No caso particular dos dados relativos à saúde verifica-se que o uso das novas tecnologias, o seu desenvolvimento e aperfeiçoamento, estão a dificultar a divisão entre os dados pessoais e os dados não pessoais que são recolhidos, por exemplo, através dos registos de saúde eletrónicos, dos ensaios clínicos ou das aplicações de saúde e bem-estar móvel²⁸. Atenta a sua natureza, estes

²⁵ Cf. Considerando 37 e artigos 2º, nº 2 e 8º, nº 1, alínea a), e nº 3.

²⁶ Cf. Comissão Europeia, Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, *Orientações sobre o regulamento relativo a um quadro para o livre fluxo de dados não pessoais na União Europeia*, Bruxelas, 29 de maio de 2019, COM(2019) 250 final.

²⁷ Comissão Europeia, Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, *Orientações sobre o regulamento relativo a um quadro para o livre fluxo de dados não pessoais na União Europeia*, cit., p. 10.

²⁸ Comissão Europeia, Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, *Orientações sobre o regulamento relativo a um quadro para o livre fluxo de dados não pessoais na União Europeia*, cit., p. 11.

dados pessoais devem continuar a gozar da especial tutela que lhes é conferida pelo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, ainda que incluídos num conjunto misto de dados.

Em 2020, foi apresentada a denominada *Segunda Agenda Digital para a Europa*, sustentada em três pilares fundamentais: (i) tecnologia ao serviço dos cidadãos, (ii) economia digital justa e competitiva, e (iii) sociedade aberta, democrática e sustentável²⁹. De seguida, a Comissão Europeia lançou as *Orientações para a Digitalização até 2030: a via europeia para a Década Digital*³⁰, com uma ambição: “prosseguir políticas digitais que capacitem as pessoas e as empresas a tirar proveito de um futuro digital sustentável, mais próspero e centrado no ser humano”³¹.

Neste particular, cumpre sublinhar um dos pontos fundamentais da visão para 2030 – a capacitação dos cidadãos e das empresas. Indubitavelmente, os últimos anos, inclusivamente aqueles em que enfrentamos a crise pandémica, serviram para evidenciar os proveitos da tecnologia e da digitalização na nossa vida quotidiana, no trabalho, na saúde, na educação... Mas também serviram para comprovar a existência de debilidades no espaço digital, entre outras: (i) a dependência de tecnologias críticas, frequentemente baseadas em países terceiros; (ii) a contrafação, o cibercrime e a desinformação; (iii) a clivagem digital ao nível do acesso e da qualidade dos serviços em diferentes zonas e territórios; e (iv) a “pobreza digital”³². Em particular no setor da saúde, a telemedicina, a prestação de cuidados à distância e a robótica ganharam palco e mostraram como é possível conciliar a melhoria na prestação dos cuidados de saúde, a qualidade de vida dos cidadãos e a eficiência dos sistemas de saúde, embora estas realidades reclamem prudência e articulação (com os quadros jurídicos em vigor) entre os diferentes valores em apreciação.

²⁹ Comissão Europeia, *Construir o futuro digital da Europa*, Luxemburgo, 19 de fevereiro de 2020, pp. 3-6, disponível em https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf.

³⁰ Comissão Europeia, Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Orientações para a Digitalização até 2030: a via europeia para a Década Digital*, Bruxelas, 9 de março de 2021, COM(2021) 118 final.

³¹ Comissão Europeia, Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Orientações para a Digitalização até 2030: a via europeia para a Década Digital*, cit., p. 1.

³² Comissão Europeia, Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Orientações para a Digitalização até 2030: a via europeia para a Década Digital*, cit., pp. 2-3.

No domínio das “infraestruturas digitais seguras, eficazes e sustentáveis”, aponta-se para uma revolução quântica, que, no setor da saúde, permitirá “um desenvolvimento mais rápido e eficiente de medicamentos mediante a simulação de um corpo humano (‘gémeo digital’) para realizar ensaios virtuais de medicamentos e desenvolver tratamentos personalizados contra o cancro, permitirão a sequenciação muito mais rápida do genoma, etc.”³³, assim como uma maior segurança das comunicações e das transferências de dados.

Por fim, nesta resenha deve dar-se destaque à Declaração Europeia sobre os Direitos e Princípios Digitais para a Década Digital, onde se afirma que a transformação digital deve ser centrada no ser humano e que deve existir uma conformidade, a nível europeu, das estratégias de transformação digital, com os direitos fundamentais dos cidadãos, princípios da neutralidade tecnológica e da internet e a inclusão³⁴.

No seu capítulo III, relativo à liberdade de escolha, em particular no que respeita às interações com algoritmos e sistemas de inteligência artificial, prescreve-se que todas as pessoas devem poder beneficiar das vantagens oferecidas pela inteligência artificial, fazendo escolhas próprias e informadas no ambiente digital. Para o efeito, a União compromete-se, entre outros, a “garantir que os sistemas algorítmicos se baseiam em conjuntos de dados adequados para evitar a discriminação ilegal e permitir a supervisão humana dos resultados que afetam as pessoas” e a “assegurar que tecnologias como os algoritmos e a inteligência artificial não são utilizadas para determinar previamente as escolhas das pessoas, por exemplo no que diz respeito à saúde, à educação, ao emprego e à sua vida privada”³⁵.

³³ Comissão Europeia, Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Orientações para a Digitalização até 2030: a via europeia para a Década Digital*, cit., p. 9. Vide, ainda, p. 10, onde se refere que, no ecossistema saúde, “a introdução de mais interação em linha, serviços sem papel, automatização, bem como transmissão e acesso aos dados por via eletrónica em vez de registos em papel poderá gerar benefícios de até 120 mil milhões de euros por ano na Europa”.

³⁴ Cf. Comissão Europeia, Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *que estabelece uma Declaração Europeia sobre os Direitos e Princípios Digitais para a Década Digital*, Bruxelas, 26 de janeiro de 2022, COM(2022) 27 final; e Comissão Europeia, *Declaração Europeia sobre os direitos e princípios digitais para a década digital*, Bruxelas, 26 de janeiro de 2022, COM(2022) 28 final.

³⁵ Cf. Comissão Europeia, *Declaração Europeia sobre os direitos e princípios digitais para a década digital*, cit., p. 4.

Por seu turno, no capítulo V, relativo à segurança, proteção e capacitação, em particular no que diz respeito à privacidade e ao controlo individual dos dados, reconhece-se que o direito à proteção de dados pessoais em linha inclui o controlo da forma como os dados são utilizados e com quem são partilhados³⁶.

Foi neste contexto que, no dia 03 de maio de 2022, a Comissão Europeia lançou o espaço europeu de dados de saúde (EEDS)³⁷, apresentando a *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao Espaço Europeu de Dados de Saúde*³⁸. Se por um lado, este EEDS é apresentado como um espaço comum onde as pessoas singulares poderão controlar facilmente os seus dados de saúde eletrónicos e ter um maior controlo sobre os mesmos, por outro lado, este mesmo espaço visa permitir aos investigadores, aos inovadores, aos decisores políticos e às entidades reguladoras aceder a dados de saúde eletrónicos, com o intuito de promover um melhor diagnóstico, tratamento e bem-estar das pessoas singulares e implementar políticas mais adequadas e bem fundamentadas³⁹.

Não podemos, contudo, deixar de observar que o anunciado espaço europeu de dados, de onde brota este primeiro EEDS, anuncia, em primeira linha, benefícios para as empresas, para os investigadores e para as administrações públicas, parecendo esquecer-se de enunciar (ou colocando num plano secundário) os próprios titulares de dados⁴⁰. Veremos, de seguida, como é que este espaço comum de dados conciliará os seus objetivos com o nível de proteção de que gozam os dados relativos à saúde dos seus titulares, a fim de bem compreender a natureza desta estratégia europeia para os dados, deste mercado único de dados, e mais concretamente deste espaço europeu de dados de saúde, que apela a um altruísmo ao nível europeu, mas que tentaremos compreender se não reveste antes um carácter economicista.

³⁶ Comissão Europeia, *Declaração Europeia sobre os direitos e princípios digitais para a década digital*, cit., p. 5.

³⁷ Disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_22_2711.

³⁸ Disponível em https://health.ec.europa.eu/publications/proposal-regulation-european-health-data-space_en.

³⁹ Cf. Proposta de Regulamento EEDS, Exposição de motivos, p. 2.

⁴⁰ Proposta de Regulamento EEDS, Exposição de motivos, p. 3: “A estratégia europeia em matéria de dados visa garantir o papel de liderança da UE numa sociedade propulsada pelos dados. A criação de um espaço europeu de dados permitirá que estes circulem livremente no interior da UE e em todos os setores, em benefício das empresas, dos investigadores e das administrações públicas”.

2. As tecnologias de informação e comunicação ao serviço da saúde

Embora de forma muito breve, cumpre compreender qual é o papel que as tecnologias de informação e comunicação assumem no panorama atual da saúde. Com efeito, hoje utilizamos, frequentemente, ao conceito de e-saúde⁴¹, para nos referirmos ao emprego das TIC para fins de saúde⁴².

A nova lei de bases da saúde⁴³ assinala, expressamente, na base 16, que as tecnologias de informação e comunicação são instrumentais à prestação de cuidados de saúde, e que devem ser utilizadas de forma integrada e centrada nas pessoas. A utilização destas ferramentas deve ter em vista a melhoria da prestação de cuidados de saúde, a salvaguarda do acesso equitativo a serviços de saúde de qualidade e, ainda, a gestão eficiente dos recursos. Cremos que os fins elencados neste preceito legal não surgem ao acaso por esta ordem: em primeiro lugar, a melhoria dos serviços de saúde prestados e a promoção da equidade no acesso aos serviços de saúde; e em segundo lugar, a gestão eficiente dos recursos. O nº 3, da base 16, acrescenta a preocupação que deve ser levada em linha de conta quando nos referimos ao desenvolvimento das TIC, indo no mesmo sentido: “melhorar o acesso das pessoas aos serviços de saúde [e] maximizar as condições de trabalho dos profissionais e a eficiência das organizações”.

Com efeito, a evolução que se tem sentido ao nível das organizações de saúde deve-se, em parte, ao desenvolvimento das TIC e à sua implementação na gestão e no exercício da atividade destas entidades. Conforme assinala Mário Bernardino, “os hospitais que mais e melhor adotem as tecnologias de informação e conhecimento estarão mais aptos a maximizar a utilização dos seus recursos e oferecer um vasto leque de serviços. Os sistemas de informação para apoio da atividade clínica são indispensáveis, permitindo aceder a bases

⁴¹ *Vd.*, entre outros, Vera Lúcio RAPOSO, “‘Você tem uma nova mensagem’: a prestação de cuidados de saúde na era da telemedicina”, *Lex Medicinæ*, ano 10, nº 20, 2013, pp. 17-44; Alexandre Libório Dias PEREIRA, “Telemedicina e farmácia online: aspetos jurídicos da eHealth”, in João Loureiro *et al.* (coords.), *Direito da saúde: estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 229-249; Miguel PATRÍCIO, “Uma breve nota sobre os desafios éticos da saúde digital (‘Digital Health’)”, *Revista Jurídica Luso Brasileira*, vol. 4, 2018, pp. 1-20.

⁴² Cf. Organização Mundial da Saúde, *Building foundations for eHealth: progress of Member States: report of the WHO Global Observatory for eHealth*, Genebra, 2006, p. 1, disponível em <https://apps.who.int/iris/handle/10665/43599>.

⁴³ Lei nº 95/2019, de 4 de setembro.

de dados com evidência produzida pela investigação (protocolos, *guidelines*, etc.), assim como a informação sobre cada doente em concreto (processo clínico eletrónico)”⁴⁴.

Por sua vez, na Proposta de Regulamento EEDS, pode ler-se que “os produtos e serviços de saúde digitais, incluindo a telemedicina, tornaram-se parte intrínseca da prestação de cuidados de saúde”⁴⁵. Ainda assim, a adesão às ferramentas e dispositivos tecnológicos, neste contexto, devem depender da adesão voluntária (i.e., verdadeiramente livre) e esclarecida das pessoas singulares, sobretudo quando a utilização das TIC possa colocar em causa a privacidade e a proteção de dados das pessoas singulares. Por essa razão, no considerando 13, da Proposta de Regulamento EEDS, prevê-se, a respeito do direito de o titular de dados limitar o acesso aos seus dados de saúde, que “uma vez que a indisponibilidade dos dados de saúde eletrónicos pessoais objeto de restrições pode afetar a prestação ou a qualidade dos serviços de saúde prestados à pessoa singular, esta deve assumir a responsabilidade pelo facto de o prestador de cuidados de saúde não poder ter em conta os dados quando presta serviços de saúde”. Esta previsão suscita sérias dúvidas no domínio da responsabilidade do prestador de cuidados de saúde pelos danos que da prestação possam resultar para o titular. Compreende-se a limitação ou a exclusão da responsabilidade do profissional de saúde pela tomada de decisão do indivíduo, mas, no domínio de uma relação de desigualdade, como aquela que se estabelece entre o prestador de cuidados de saúde e o paciente, surgem dúvidas, sob o ponto de vista jurídico-processual, designadamente sobre a distribuição do ónus da prova, o impacto da decisão na amplitude dos danos e sobre a desresponsabilização do profissional de saúde.

3. Conceitos legais: noções e amplitude

A norma interpretativa constante da Proposta de Regulamento EEDS⁴⁶, pese embora apresente várias definições legais, que de seguida destacaremos,

⁴⁴ Cf. Mário BERNARDINO, *Gestão em Saúde*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 191.

⁴⁵ *Vd.* Proposta de Regulamento EEDS, Exposição de motivos, p. 2.

⁴⁶ Cf. artigo 2º da Proposta de Regulamento EEDS.

começa por estabelecer várias remissões para outros diplomas legais que regulam, especificamente, outras matérias adjacentes, a saber: o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, a Diretiva relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços⁴⁷, o Regulamento Governação de Dados⁴⁸, o Regulamento relativo à fiscalização do mercado e à conformidade dos produtos⁴⁹, o Regulamento relativo aos dispositivos médicos⁵⁰ e, ainda, o Regulamento relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno⁵¹.

Nesta senda, quando nos referimos ao conceito de “dados pessoais”, estamos a falar do conceito que vem definido no RGPD, que se traduz na “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável”, sendo “considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador”⁵². Do mesmo modo, prevê o RGPD que os “dados relativos à saúde” são dados pessoais relacionados com a saúde física ou mental de uma pessoa singular, incluindo a prestação de serviços de saúde, que revelem informações sobre o seu estado de saúde⁵³.

Por seu turno, da Diretiva relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços interessa reter, entre outros, os conceitos de “cuidados de saúde”⁵⁴ e de “prestador de cuidados de saúde”⁵⁵.

⁴⁷ Diretiva 2011/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2011, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços, *OJ/L* 88, 04.04.2011, pp. 45-65.

⁴⁸ Regulamento (UE) 2022/868 do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de maio de 2022 relativo à governação europeia de dados e que altera o Regulamento (UE) 2018/1724 (Regulamento Governação de Dados), PE/85/2021/REV/1, *OJ/L* 152, 03.06.2022, pp. 1-44.

⁴⁹ Regulamento (UE) 2019/1020 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativo à fiscalização do mercado e à conformidade dos produtos e que altera a Diretiva 2004/42/CE e os Regulamentos (CE) n.º 765/2008 e (UE) n.º 305/2011, PE/45/2019/REV/1, *OJ/L* 169, 25.06.2019, pp. 1-44.

⁵⁰ Regulamento (UE) 2017/745 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2017, relativo aos dispositivos médicos, que altera a Diretiva 2001/83/CE, o Regulamento (CE) n.º 178/2002 e o Regulamento (CE) n.º 1223/2009 e que revoga as Diretivas 90/385/CEE e 93/42/CEE do Conselho, *OJ/L* 117, 05.05.2017, pp. 1-175.

⁵¹ Regulamento (UE) n.º 910/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014, relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno e que revoga a Diretiva 1999/93/CE, *OJ/L* 257, 28.08.2014, pp. 73-114.

⁵² Cf. artigo 4.º, n.º 1, do RGPD.

⁵³ Cf. artigo 4.º, n.º 15, do RGPD.

⁵⁴ Cf. artigo 3.º, alínea a).

⁵⁵ Cf. artigo 3.º, alínea g).

No que respeita ao Regulamento Governação de Dados, a Proposta de Regulamento EEDS manda-nos ter em consideração, entre outros, os conceitos de “dados” e de “acesso”⁵⁶. O primeiro refere-se a “qualquer representação digital de atos, factos ou informações e qualquer compilação desses atos, factos ou informações, nomeadamente sob a forma de gravação sonora, visual ou audiovisual”⁵⁷; e o segundo refere-se à “utilização de dados, em conformidade com requisitos técnicos, jurídicos ou organizacionais específicos, sem implicar necessariamente a transmissão ou o descarregamento de dados”⁵⁸. Do ponto de vista da articulação dos vários diplomas legais mobilizáveis, não podemos deixar de assinalar que o conceito de “dados” contido no Regulamento Governação de Dados parece abranger o conceito de “dados pessoais” que é apresentado pelo RGPD, quando os mesmos identifiquem ou permitam identificar uma pessoa singular. Aliás, o artigo 2º, nº 3, do Regulamento Governação de Dados remete, precisamente, para a definição apresentada pelo RGPD. Do mesmo modo, o conceito de “acesso” aqui apresentado parece incluir-se no conceito de “tratamento”⁵⁹ apresentado pelo RGPD⁶⁰ (quando estejam em causa dados pessoais).

O Regulamento Governação de Dados apresenta-nos, ainda, o conceito de “organismo do setor público”⁶¹ e o conceito de “altruísmo de dados” que, atenta a sua relevância, neste contexto em particular, nos arriscamos a transcrever: “Partilha voluntária de dados, com base no consentimento dos titulares dos dados para o tratamento dos respetivos dados pessoais ou na autorização, por parte de outros detentores dos dados, da utilização dos seus dados não pessoais, sem que esses titulares ou detentores procurem ou recebam uma gratificação que vá além de uma compensação pelos custos em que incorrem ao disponibilizarem os seus dados, para fins de interesse geral, previstos no direito nacional, se aplicável, tais como os cuidados de saúde, a

⁵⁶ Cf. artigo 2º, nº 1, alínea c), da Proposta de Regulamento EEDS.

⁵⁷ Cf. artigo 2º, nº 1, do Regulamento Governação de Dados.

⁵⁸ Cf. artigo 2º, nº 13, do Regulamento Governação de Dados.

⁵⁹ Cf. artigo 4º, nº 2, do RGPD.

⁶⁰ Note-se que o artigo 2º, nº 1, alínea a), contém uma remissão genérica para todas as definições do RGPD.

⁶¹ Cf. artigo 2º, nº 17. Embora o artigo 2º da Proposta de Regulamento EEDS não refira expressamente, o conceito de “organismos de direito público” que está contido no conceito de “organismos do setor público” também deverá ser considerado para os devidos efeitos.

luta contra as alterações climáticas, a melhoria da mobilidade, a facilitação do desenvolvimento, produção e divulgação de estatísticas oficiais, a melhoria da prestação dos serviços públicos, a elaboração de políticas públicas ou a investigação científica de interesse geral”.

Entre outros, este conceito de altruísmo desencadeia algumas preocupações no âmbito da proteção de dados pessoais. A primeira questão que se pode colocar tem que ver com o preenchimento dos requisitos deste consentimento, sobretudo ao nível da informação que é devida ao titular de dados e ao nível das finalidades para as quais o mesmo é recolhido. Em segundo, porque falamos de uma transmissão em cadeia e cuja dimensão o titular dificilmente conseguirá controlar com pormenor, poderá afigurar-se difícil o exercício dos direitos que assistem ao titular de dados. Senão vejamos, o tratamento de dados pessoais para ser lícito necessita de preencher uma condição de licitude do artigo 6º ou do artigo 9º, nº 2, do RGPD, sendo que o consentimento é uma dessas condições. O consentimento deixa, contudo, de legitimar o tratamento de dados quando o titular decida retirá-lo, o que poderá acontecer a qualquer momento. No domínio das relações jurídicas em cadeia, como aquele que é sugerido pelo conceito de altruísmo de dados, o titular dos dados, dificilmente conhecerá a identidade de todos os sujeitos intervenientes nesse mercado de dados, conforme já tivemos oportunidade de assinalar, mas não é por essa razão que o titular se vê impedido de exercer este seu direito. Pese embora a retirada do consentimento possa afetar toda a cadeia de transmissões e signifique o fim da licitude do tratamento, é necessário criar mecanismos que garantam que todos os sujeitos intervenientes tomam conhecimento desse facto. Caso contrário, e apesar de o titular dos dados não estar impedido de exercer o seu direito, o seu efeito prático poderá sair gorado, uma vez que, não tendo sido informados da revogação do consentimento, estes vários intervenientes desconhecem, sem culpa, a revogação do consentimento entretanto operada. Poderá, assim, ser difícil acionar a responsabilidade contraordenacional, penal ou civil, por falta de preenchimento dos requisitos legais e promover-se, por essa razão, a continuidade de um tratamento que o titular de dados não pretende que aconteça.

Uma última questão que nos assalta a respeito da aplicação do altruísmo de dados no contexto particular da saúde (para reflexão) é a seguinte: de que forma será oferecido aos titulares de dados e à sociedade em geral o

resultado alcançado em virtude do tratamento de dados que seja permitido ao abrigo deste altruísmo? Haverá da parte de todos os sujeitos intervenientes no mercado de dados da saúde a consciência e a vontade de participar neste mercado altruísta, oferecendo, a final, sem qualquer contrapartida económica, os resultados que as pessoas singulares permitiram alcançar com a partilha dos seus dados pessoais?

Por sua vez, o Regulamento relativo à fiscalização do mercado e à conformidade dos produtos é responsável pela definição, entre outros, dos conceitos de “não conformidade”, “fabricante”, “importador”, “distribuidor”, “operador económico”, “risco”, “recolha” e “retirada”⁶².

O Regulamento relativo aos dispositivos médicos apresenta, com relevância neste contexto, os conceitos de “dispositivo médico” e de “instituição de saúde”⁶³.

Por fim, a cargo do Regulamento relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno ficam, entre outras, as definições dos conceitos de “identificação eletrónica”, “meio de identificação eletrónica” e “dados de identificação pessoal”⁶⁴.

Por sua vez, a Proposta de Regulamento EEDS contempla várias definições que, neste particular, revestem significativa importância, entre outros: “dados de saúde eletrónicos pessoais”, “dados de saúde eletrónicos não pessoais”, “utilização primária de dados de saúde eletrónicos”, “utilização secundária de dados de saúde eletrónicos”, “interoperabilidade”, “destinatário dos dados”, “telemedicina”, “registo de saúde eletrónico (RSE)”, “utilizador dos dados”, “autorização de tratamento de dados”, “conjunto de dados” e “catálogo de conjuntos de dados”⁶⁵.

Note-se que a Proposta de Regulamento EEDS adota novos conceitos, tais como “dados de saúde eletrónicos de saúde”, que não correspondem exatamente aos dados relativos à saúde que vêm previstos no RGPD, já que compreendem, por um lado, dados relativos à saúde e dados genéticos, na aceção do RGPD, bem como dados referentes a determinantes da saúde e

⁶² Cf. artigo 3º, nº 7, nº 8, nº 9, nº 10, nº 13, nº 18, nº 22 e nº 23, respetivamente.

⁶³ Cf. artigo 2º, nº 1 e nº 36, respetivamente.

⁶⁴ Cf. artigo 3º, nº 1, nº 2 e nº 33, respetivamente.

⁶⁵ Cf. artigo 2º, nº 2, alíneas a), b), d), e), f), k), l), m), z), aa), ab) e ac), respetivamente.

dados tratados no âmbito da prestação de cuidados de saúde, e, por outro lado, dados de saúde eletrónicos não pessoais, ou seja, aqueles que não cabem na definição de dados pessoais apresentada pelo RGPD. Mas, no que respeita aos “dados de saúde eletrónicos pessoais”, aquilo que se acrescenta nesta proposta não observa aquilo que já vem previsto no RGPD: “Deverão ser considerados dados pessoais relativos à saúde todos os dados relativos ao estado de saúde de um titular de dados que revelem informações sobre a sua saúde física ou mental no passado, no presente ou no futuro. O que precede inclui informações sobre a pessoa singular recolhidas durante a inscrição para a prestação de serviços de saúde, ou durante essa prestação [a] essa pessoa singular”⁶⁶.

A definição apresentada para “SER” também é curiosa, na medida em que é apresentada como sendo um conjunto de dados de saúde eletrónicos, sem que se especifique se contém apenas dados de saúde eletrónicos pessoais, dados de saúde eletrónicos não pessoais, ou se contempla os dois tipos. Ora, na ausência de qualquer indicação, e respeitando a definição contida na alínea c) do nº 2 do artigo 2º, estaremos a falar de dados de saúde eletrónicos pessoais e não pessoais. Contudo, o problema desta definição prende-se com a finalidade desse registo de saúde eletrónico – *fins de cuidados de saúde*. Ora, compreendendo que qualquer registo de saúde contemple informações que identifiquem ou permitam a identificação de uma pessoa singular⁶⁷, também compreendemos que esse mesmo registo contenha dados que não caibam propriamente no conceito de «dados pessoais» adotado pelo RGPD, se os mesmos estiverem completamente desassociados de um titular de dados, ou seja, anonimizados⁶⁸. No entanto, afigura-se-nos difícil defender a natureza de “dados de saúde eletrónicos não pessoais” quando esses dados integrem o RSE de uma pessoa singular, ou seja, quando façam parte de um registo de saúde associado a uma determinada pessoa singular, e sobretudo quando a sua utilização tenha em vista a prestação de cuidados de saúde.

Do mesmo modo, não podemos deixar de observar que o “conjunto de dados” e o “catálogo de conjuntos de dados” a que se refere a Proposta de

⁶⁶ Cf. Considerando 35 do RGPD.

⁶⁷ A título de exemplo: nome, data de nascimento, número do processo clínico, número de utente de saúde.

⁶⁸ A título de exemplo: especialidades médicas consultadas, número de cirurgias efetuadas, tempo de espera para cirurgia.

Regulamento EEDS se referem a dados de saúde eletrónicos pessoais e não pessoais. Neste sentido, importa compreender se o conjunto e o catálogo de conjuntos referidos devem ser tratados como dados pessoais na aceção do RGPD e beneficiar desse regime especial de proteção, ou não. Cremos que se deve aplicar-se, neste contexto, o mesmo raciocínio que aplicamos supra, a respeito das normas de conflito referentes ao Regulamento Livre Fluxo de Dados Não Pessoais: se os dados não pessoais e os dados pessoais estiverem «indissociavelmente ligados», os direitos e obrigações em matéria de proteção de dados decorrentes do RGPD aplicam-se, plenamente, a todo o conjunto misto de dados, mesmo que os dados pessoais representem apenas uma pequena parte do conjunto de dados. A par disto, as preocupações sobre a anonimização de dados e a reversibilidade da mesma devem também aqui ser erguidas, na medida em que tal poderá condicionar a resposta legislativa a oferecer em cada caso em concreto.

A mesma incongruência se verifica a respeito do conceito de «destinatário de dados», que não é totalmente coincidente com aquela que é apresentada no RGPD, pese embora o nº 1 do artigo 2º, contenha uma remissão em bloco para as definições apresentadas por esse diploma.

Por outro lado, ao observar atentamente a definição de “utilização secundária de dados de saúde eletrónicos”, concretamente a segunda parte, verificamos que “Os dados utilizados podem incluir dados de saúde eletrónicos pessoais inicialmente recolhidos no contexto da utilização primária, mas também dados de saúde eletrónicos recolhidos para fins de utilização secundária”⁶⁹. Ora, o cenário aqui mencionado remete-nos para o contexto do tratamento de dados pessoais para outros fins que não aqueles para os quais os dados pessoais tenham sido inicialmente recolhidos, no âmbito do RGPD, que também não é totalmente condizente com a amplitude conferida ao conceito de utilização secundária de dados de saúde eletrónicos em apreço⁷⁰.

⁶⁹ Cf. artigo 2º, nº 2, alínea e).

⁷⁰ No mesmo sentido, parecer conjunto do CEPD e da AEPD, p. 13.

4. Âmbito de aplicação e normas de conflito

A Proposta de Regulamento EEDS define, no nº 3 do artigo 1º, o seu âmbito de aplicação, impondo o seu regime (i) aos fabricantes e fornecedores de sistemas de RSE e aplicações de bem-estar colocados no mercado e colocados em serviço na União, bem como aos utilizadores desses produtos⁷¹; (ii) aos responsáveis pelo tratamento e subcontratantes estabelecidos na União que tratem dados de saúde eletrónicos de cidadãos da União e de nacionais de países terceiros que residam legalmente nos territórios dos Estados-Membros; (iii) aos responsáveis pelo tratamento e subcontratantes estabelecidos num país terceiro que tenham sido ligados à “A minha saúde@UE (MyHealth@EU)” ou sejam interoperáveis com esta infraestrutura; e (iv) aos utilizadores de dados a quem são disponibilizados dados de saúde eletrónicos por detentores de dados na União.

Ao contrário do que se verificou com a tradução do RGPD, nas várias línguas oficiais da União, o segundo conjunto de situações a que se aplica o Regulamento EEDS não contém qualquer incongruência face à versão publicada na língua dos trabalhos, quando se refere ao tratamento de dados de saúde eletrónicos de nacionais de países terceiros que residam legalmente em território da União. Isto significa que o tratamento de dados de saúde eletrónicos de um nacional de país terceiro, que se encontre apenas no território da União, levado a cabo por um responsável pelo tratamento ou subcontratante estabelecidos na União, está excluído do âmbito de aplicação do presente regulamento.

Este primeiro preceito legal contempla ainda normas de conflito, uma vez que o EEDS se insere num domínio fortemente regulado, que tem conhecido significativos avanços legislativos nos últimos tempos. Com efeito, no nº 4 do artigo 1º, merecem referência o Regulamento Geral sobre a Proteção

⁷¹ Conforme assinalado no parecer do CEPD e da AEPD, *cit.*, p.11, o artigo 33º, nº 1, alíneas f) e n), da Proposta de Regulamento EEDS referem “dispositivos médicos, aplicações de bem-estar ou outras aplicações de saúde digitais” e “dados eletrónicos relacionados com o bem-estar e o comportamento que são pertinentes para a saúde”, indo além daquilo que se encontra definido, neste particular, a respeito do âmbito de aplicação do regulamento EEDS. Concordamos com a recomendação do CEPD e da AEPD de incluir os dispositivos médicos no âmbito de aplicação do Regulamento EEDS, assim como com o alerta respeitante às diferenças de regime entre os dispositivos médicos e as aplicações de bem-estar.

de Dados, o Regulamento Governação de Dados, o Regulamento Dados⁷², o Regulamento relativo aos dispositivos médicos e o Regulamento Inteligência artificial⁷³.

No entanto, pese embora a Proposta de Regulamento EEDS se refira às aplicações de bem-estar e a outros aplicativos digitais, capazes de tratar e gerar dados de bem-estar e comportamento relevantes para a saúde, para uso secundário, nenhuma referência é feita neste preceito legal em análise, nem noutro lugar, à relação que poderá existir com a Diretiva e-Privacy⁷⁴, já que tais aplicações não têm, por princípio, enquadramento no Regulamento relativo aos dispositivos médicos. Por outro lado, sabendo-se que o processo legislativo para adoção do Regulamento e-Privacy⁷⁵ está em curso, seria de todo pertinente perceber que ligação poderá vir a ser estabelecida com o novo diploma e que enquadramento legal se pretende oferecer a esta realidade.

Por outro lado, a referência ao Regulamento (UE) 2018/1725 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2018, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos e organismos da União e à livre circulação desses dados, também se afigurava pertinente, na medida em que a Comissão assumirá, neste contexto do EEDS, o papel de responsável pelo tratamento de dados de saúde no âmbito da “A minha saúde@UE (MyHealthEU)”⁷⁶. Ademais, as instituições, órgãos e organismos da União poderão aceder a dados de saúde eletrónicos⁷⁷ e os próprios dados de que dispõem revelam para efeitos de utilização secundária⁷⁸.

⁷² Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a regras harmonizadas sobre o acesso equitativo aos dados e a sua utilização (Regulamento Dados), COM/2022/68 final.

⁷³ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e altera determinados atos legislativos da União, COM/2021/206 final.

⁷⁴ Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas (Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas).

⁷⁵ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais nas comunicações eletrónicas e que revoga a Diretiva 2002/58/CE (Regulamento relativo à privacidade e às comunicações eletrónicas), Bruxelas, 10 de janeiro de 2017, COM(2017)010 final - 2017/0003 (COD).

⁷⁶ Cf. Artigo 12º, nº 7, da Proposta de Regulamento EEDS.

⁷⁷ Cf. Considerando 41 da Proposta de Regulamento EEDS.

⁷⁸ Cf. Considerando 46 da Proposta de Regulamento EEDS.

De todo o modo, o complexo normativo enunciado é suficientemente complexo para gerar dúvidas interpretativas e para dificultar a aplicação uniforme dos vários diplomas legais, entre os diferentes Estados-Membros, tendo em conta a margem de liberdade que alguns destes diplomas concedem aos Estados-Membros para criar, internamente, regimes especiais ou derrogações ao regime geral contido nos atos legislativos europeus.

5. Natureza e objetivos do Regulamento EEDS

A Proposta de Regulamento EEDS funda-se, juridicamente, nos artigos 16º e 114º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), os quais estabelecem os princípios basilares em matéria de proteção de dados pessoais, nomeadamente no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições, órgãos e organismos da União, bem como pelos Estados-Membros no exercício de atividades relativas à aplicação do direito da União, e à livre circulação desses dados, e a respeito da aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno, designadamente em matéria de saúde. Com efeito, sem prejuízo de caber ao RGPD a regulamentação das matérias atinentes à proteção de dados pessoais, que também incluem o tratamento de dados no setor da saúde, a Proposta de Regulamento EEDS versa, em particular, sobre a utilização, primária e secundária, de dados pessoais no setor da saúde, ao abrigo das exceções contidas no nº 2, alíneas g), h), i) e j), do artigo 9º do RGPD.

Do ponto de vista jurídico-legislativo, o regulamento, enquanto ato jurídico da União, é: (i) geral, na medida em que se aplica a uma generalidade de destinatários; (ii) diretamente aplicável, uma vez que não depende de qualquer ato de transposição; e (iii) obrigatório em todos os seus elementos, não sendo possível aos Estados-membros adaptar o seu conteúdo e o sentido das suas prescrições ao ordenamento jurídico interno⁷⁹. Ora, nas palavras de

⁷⁹ Cf. artigo 288º do TFUE. Para mais desenvolvimentos, *vd.*, entre outros, Miguel Gorjão HENRIQUES, *Direito da União*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, pp. 339 e ss; e Fausto de QUADROS, *Direito da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 463 e ss.

Fausto de Quadros⁸⁰, sendo este o ato legislativo da União por excelência, entende a União ser este o caminho adequado para garantir a uniformização da aplicabilidade e da interpretação das regras referentes ao mercado de dados da saúde, que as várias orientações e recomendações não lograram assegurar⁸¹.

O espaço europeu de dados de saúde apresenta, assim, como objetivo geral “assegurar que as pessoas singulares na UE tenham, na prática, um maior controlo sobre os seus dados de saúde eletrónicos”⁸². Veremos, de seguida, em que se traduz esse anunciado reforço do controlo dos dados de saúde eletrónicos. A par deste, são também objetivos do EEDS: (i) “assegurar um quadro jurídico constituído por mecanismos de governação fiáveis da UE e dos Estados-Membros e um ambiente de tratamento seguro, permitindo assim aos investigadores, inovadores, decisores políticos e entidades reguladoras a nível da UE e dos Estados-Membros aceder a dados de saúde eletrónicos pertinentes, a fim de promover um melhor diagnóstico, tratamento e bem-estar das pessoas singulares e conduzir a políticas mais adequadas e bem fundamentadas”; (ii) “contribuir para um verdadeiro mercado único dos produtos e serviços de saúde digitais, por intermédio da harmonização das regras, aumentando desta forma a eficiência dos sistemas de saúde”⁸³. Portanto, dúvidas não restam de que o quadro jurídico, então, proposto visa a criação e/ou harmonização de regras que fomentem a utilização primária de dados de saúde eletrónicos, bem como a utilização secundária de dados de saúde eletrónicos⁸⁴.

Conforme afirmam o Comité Europeu para a Proteção de Dados (CEPD) e Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (AEPD), no seu parecer conjunto sobre a proposta em apreço, a criação de regras e mecanismos que facilitem a utilização de dados de saúde eletrónicos, para a utilização primária e secundária, poderá contribuir, significativamente, tanto para o

⁸⁰ Cf. Fausto de QUADROS, *Direito da União Europeia*, op. cit., p. 464.

⁸¹ Cf. Proposta de Regulamento EEDS, “escolha do instrumento”, p. 9.

⁸² Exposição de motivos da Proposta de Regulamento EEDS, p. 2.

⁸³ Exposição de motivos da Proposta de Regulamento EEDS, cit.

⁸⁴ Exposição de motivos da Proposta de Regulamento EEDS, cit., “Será assim possível apoiar não só a prestação de cuidados de saúde[,] mas também a investigação no domínio da saúde, a inovação, a elaboração de políticas, a regulamentação e a medicina personalizada”.

interesse público, como para o interesse dos indivíduos (titulares de dados)⁸⁵. No entanto, conforme resulta evidente desta proposta legislativa, os interesses em causa não pertencem apenas aos titulares de dados, nem às entidades que legalmente prosseguem o interesse público. Com efeito, esta nova regulamentação visa colocar em campo novos intervenientes, com interesses próprios, de natureza diversa (e, em alguns contextos, até mesmo contrária) da natureza dos interesses próprios dos titulares de dados e do interesse público, que idealizam o tratamento dos dados de saúde para outras finalidades que não a prestação de cuidados de saúde apenas ou nos moldes tradicionais.

Por essa razão, erguemos a este respeito sérias dúvidas quanto ao objetivo anunciado de reforço dos direitos dos titulares de dados, na medida em que nos parece que, por exemplo, o alargamento do direito à portabilidade dos dados figura, nesta proposta, como instrumental face ao objetivo maior que se pretende alcançar: circulação de dados de saúde eletrónicos para além das fronteiras do direito à portabilidade dos dados previsto no RGPD, no âmbito da utilização secundária de dados de saúde.

6. Os direitos das pessoas singulares em relação à utilização primária dos seus dados de saúde eletrónicos pessoais

Com efeito, o artigo 3º da Proposta de Regulamento EEDS, com a epígrafe “Direitos das pessoas singulares em relação à utilização primária dos seus dados de saúde eletrónicos pessoais”, insere-se no capítulo II, referente à utilização primária de dados de saúde eletrónicos, não sendo possível encontrar no capítulo IV, referente à utilização secundária de dados de saúde eletrónicos norma semelhante, nem sendo possível estender esta norma ao tratamento de dados operado no âmbito da referida utilização secundária.

Destarte, no que diz respeito aos direitos que assistem às pessoas singulares, quanto ao controlo sobre os dados de saúde eletrónicos, no âmbito da utilização primária de dados de saúde eletrónicos, há a assinalar que, a par

⁸⁵ *Vd.* Comité Europeu para a Proteção de Dados (CEPD/EDPB) e Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (AEPD/EDPS), “Joint Opinion 03/2022 on the Proposal for a Regulation on the European Health Data Space”, adopted on 12 July 2022, p. 3, disponível em https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/edpbbedps-joint-opinion/edpb-edps-joint-opinion-032022-proposal_pt.

do direito de acesso⁸⁶, do direito de portabilidade⁸⁷, do direito de retificação⁸⁸, do direito de informação, já conhecidos do RGPD, há novos desdobramentos que importa considerar: (i) possibilidade de conceder a terceiros o acesso aos seus dados de saúde eletrónicos ou de solicitar a um detentor de dados a transmissão dos mesmos a um destinatário; (ii) direito de obter uma cópia eletrónica dos seus dados de saúde eletrónicos (pelo menos os das categorias prioritárias), no formato europeu de intercâmbio de registos de saúde eletrónicos; (iii) possibilidade de inserção de dados de saúde eletrónicos no próprio RSE; (iv) direito de restringir o acesso dos profissionais de saúde, total ou parcialmente, aos seus dados de saúde eletrónicos⁸⁹.

O direito à portabilidade contemplado no artigo 3º, nº 2 e nº 8º⁹⁰, é condizente com o direito de portabilidade dos dados previsto no artigo 20º do RGPD, já que se prevê que a pessoa singular tem direito de receber os dados que lhe digam respeito, e tem igualmente direito à transmissão de dados entre um detentor de dados e um destinatário de dados à sua escolha, “de forma imediata, a título gratuito e sem entraves por parte do detentor dos dados ou dos fabricantes dos sistemas utilizados pelo detentor dos dados”, no formato europeu de intercâmbio de registos de saúde eletrónicos (quando o detentor dos dados e o destinatário dos dados estejam localizados em Estados-Membros diversos), e com a amplitude que entenda ser de lhe conferir⁹¹.

Com efeito, no que diz respeito ao direito de portabilidade dos dados consagrado no RGPD⁹², há que assinalar que são duas as esferas em que se

⁸⁶ Cf. artigo 3º, nº 1, da proposta de Regulamento EEDS, em tudo semelhante ao direito de acesso previsto no artigo 15º do RGPD, embora no primeiro diploma se faça menção ao “acesso imediato” sem se compreender, uma vez que falamos de dados eletrónicos, quão imediato se pretende este acesso, se através de algum ato de intermediação de algum dos sujeitos intervenientes, ou se, alternativamente, dos serviços de acesso a dados de saúde eletrónicos nos termos do nº 5, ou se diretamente através do acesso a qualquer plataforma onde os dados se encontrem acessíveis ao seu titular.

⁸⁷ Cf. artigo 3º, nº 2, da Proposta de Regulamento EEDS.

⁸⁸ Cf. artigo 3º, nº 7, da Proposta de Regulamento EEDS. O exercício “fácil” merece as mesmas observações que fizemos supra, a respeito do direito de acesso “imediato”, neste caso sobretudo pela multiplicidade de intervenientes no processo de tratamento e transmissão de dados e pela necessidade de se estabelecerem regras quanto à eventual necessidade de notificação da retificação a todos os intervenientes.

⁸⁹ Cf. artigo 3º, nº 9, da Proposta de Regulamento EEDS.

⁹⁰ As prerrogativas previstas no nº 8 foram consagradas com o intuito claro de se incentivar fortemente a adoção do formato europeu de intercâmbio de registos de saúde entre os vários intervenientes no espaço europeu de dados de saúde e de se garantir, assim, a desejada interoperabilidade.

⁹¹ Em consonância com o direito que lhe é conferido pelo artigo 3º, nº 9.

⁹² Cf. artigo 20º.

traduz este direito à portabilidade, na medida em que o titular de dados tem direito a receber os seus dados pessoais (num formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática) e tem, igualmente, o direito de exigir a transmissão direta desses dados pessoais de um responsável pelo tratamento para outro⁹³. Do mesmo modo, são dois os pressupostos de que depende o exercício deste direito: (i) o tratamento de dados ter por base o consentimento do titular de dados, ou a execução de um contrato ou a sua negociação a pedido do titular; (ii) o tratamento de dados ser realizado por meios automatizados. Isto significa que se existir outra base legal que legitime o tratamento de dados, o direito à portabilidade dos dados não se aplica. No setor da saúde, este cenário é frequente, já que, em muitas das relações jurídicas estabelecidas entre as pessoas singulares e os prestadores de cuidados de saúde, a base jurídica que permite o tratamento de dados relativos à saúde não é nem o consentimento, nem a execução de um contrato ou a sua negociação^{94 95}.

Na Proposta de Regulamento EEDS, o nº 3 do artigo 3º apresenta-se em consonância com o regime que regula a informação genética pessoal e informação de saúde, concretamente com o denominado privilégio terapêutico⁹⁶.

No que concerne à possibilidade concedida pela Proposta de Regulamento EEDS ao titular dos dados autorizar outras pessoas singulares a aceder aos seus dados de saúde eletrónicos, cremos tratar-se de um desdobramento do direito de acesso já consagrado no RGPD, mas não muito distante do regime já em vigor no panorama nacional. A já citada lei relativa à informação genética pessoal e informação de saúde prevê expressamente essa possibilidade (artigo 3º), e mesmo que assim não fosse, sempre se consideraria

⁹³ *Vd.*, entre outros, A. Barreto Menezes CORDEIRO, *Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei nº 58/2019*, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 289 e ss.

⁹⁴ No panorama nacional, *vd.* Entidade Reguladora da Saúde, *Alerta de Supervisão nº 01/2019, Tratamento de dados pessoais necessários à prestação de cuidados de saúde*, disponível em <https://www.ers.pt/media/3055/alerta-de-supervisao-191216.pdf>.

⁹⁵ No mesmo sentido, *vd.* Proposta de Regulamento EEDS, Exposição de motivos, p. 7, “A exclusão dos dados ‘inferidos’ e a limitação aos dados tratados com base no consentimento ou num contrato significam que grandes quantidades de dados relacionados com a saúde estão fora do âmbito de aplicação do direito de portabilidade previsto no RGPD”.

⁹⁶ *Vd.* no contexto nacional, o artigo 3º, nº 2, da Lei nº Lei nº 12/2005, de 26 de janeiro, que regula a informação genética pessoal e informação de saúde, onde se prescreve que “O titular da informação de saúde tem o direito de, querendo, tomar conhecimento de todo o processo clínico que lhe diga respeito, salvo circunstâncias excecionais devidamente justificadas e em que seja inequivocamente demonstrado que isso lhe possa ser prejudicial, ou de o fazer comunicar a quem seja por si indicado”. O mesmo se verifica em relação ao direito de acesso aos dados por terceiros – *cfr.* artigo 3º, nº 5.

possível à luz da lei geral. Neste sentido, cremos que a referência expressa a este direito tem por finalidade fomentar a criação de serviços de procuração que agilizem este processo, embora devam ser estabelecidas as necessárias condições de segurança e fiabilidade.

Uma outra novidade é introduzida no nº 6 do artigo 3º, quando se refere a possibilidade de inserção de dados de saúde eletrónicos no próprio RSE, ou no de pessoas singulares a cujas informações de saúde tenham acesso. Este direito conferido pela Proposta de Regulamento EEDS, apesar de não encontrar correspondência no elenco de direitos consagrados pelo RGPD, apresenta-se, na verdade, como um normal desenvolvimento do mercado digital, da participação em linha das pessoas singulares no tráfico jurídico negocial, do desenvolvimento das relações jurídicas num plano digital e da participação ativa digital das pessoas singulares. Na verdade, neste cenário em que a pessoa singular introduz ela própria os dados de saúde eletrónicos no seu processo, a recolha de dados não é realizada pelo responsável pelo tratamento de dados, pelo menos de forma direta (ainda que, indiretamente, possa ser este a facultar o acesso aos meios necessários para o efeito), sendo que a pessoa singular passa a participar, ativamente, no processo de tratamento de dados.

Note-se, todavia, que este direito apresenta semelhanças com uma das dimensões do direito de retificação plasmado no RGPD, na medida em que o titular de dados tem direito a completar os seus dados pessoais incompletos⁹⁷, e nada obsta a que seja o próprio titular, diretamente, a completar esses dados em linha (através de serviços de acesso a dados ou aplicações associadas a esses serviços).

O artigo 3º, nº 9, contempla outra das novidades ao nível dos direitos dos titulares de dados, na medida em que concede à pessoa singular o direito de restringir o acesso dos profissionais de saúde, total ou parcialmente, aos seus dados de saúde eletrónicos, atribuindo aos Estados-Membros o dever de estabelecer regras e garantias específicas relativas a tais mecanismos de restrição.

Por seu turno, o nº 10 do artigo 3º refere-se ao direito de as pessoas singulares obterem informações sobre os prestadores de cuidados de saúde e sobre os profissionais de saúde que acedam aos seus dados de saúde eletrónicos

⁹⁷ Cf. artigo 16º, 2ª parte, do RGPD.

no contexto dos cuidados de saúde. Este novo direito que agora se estabelece encontra-se na verdade já contemplado na nossa legislação nacional que executa o RGPD – Lei nº 58/2019, de 8 de agosto. No seu artigo 29º, nº 6, estabelece que “o titular dos dados deve ser notificado de qualquer acesso realizado aos seus dados pessoais, cabendo ao responsável pelo tratamento assegurar a disponibilização desse mecanismo de rastreabilidade e notificação”, pese embora na área pessoal do SNS24⁹⁸, na página das “autorizações”, a notificação de acesso figure como opção do titular de dados e não como uma ação automática.

Neste contexto em particular, há ainda a assinalar a preocupação com o respeito pelos princípios basilares consagrados no RGPD, a respeito do tratamento de dados pessoais, mormente o princípio da minimização dos dados⁹⁹ e o princípio da necessidade¹⁰⁰. Com efeito, o artigo 4º da Proposta de Regulamento EEDS levanta algumas questões relativas ao cumprimento escrupuloso desses princípios, desde logo porque parece ignorar o direito de o titular restringir, total ou parcialmente, o acesso aos dados, e seguidamente porque estabelece um conjunto mínimo de categorias prioritárias de dados de saúde a que os profissionais de saúde devem ter acesso¹⁰¹, sem operar qualquer distinção entre os profissionais de saúde envolvidos na prestação de cuidados. Uma vez mais, cumpre assinalar os avanços alcançados pela lei de execução nacional do RGPD, ao estabelecer que as medidas e os requisitos técnicos mínimos de segurança inerentes ao tratamento de dados relativos à saúde e dados genéticos são aprovados por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da saúde e da justiça, que deve regulamentar, nomeadamente, as matérias referentes ao estabelecimento de permissões de acesso

⁹⁸ Plataforma disponível em <https://www.sns24.gov.pt/>.

⁹⁹ *Vd.*, entre outros, Alexandre Sousa PINHEIRO *et. al.*, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 204 e ss.

¹⁰⁰ Cf. A. Barreto Menezes CORDEIRO, *Direito da Proteção de Dados...*, *op. cit.*, pp. 252 e ss.; Tiago Branco da COSTA, “O tratamento de dados pessoais na prestação de cuidados de saúde: a caminho da reconfiguração da relação jurídica estabelecida entre o prestador de cuidados de saúde e o paciente”, *in* Isabel Celeste M. Fonseca e Lorenzo M. Bujosa Vadel (coords.), *Sociedade, Direito(s) e Transição Digital – II Encontro Ibérico de Doutorandos em Direito da Universidade do Minho e da Universidade de Salamanca*, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, Centro de Investigação em Justiça e Governação, 2021, p. 17, “A ideia subjacente a tal previsão legal é a de reforçar o papel do princípio da proporcionalidade, sobretudo no domínio do tratamento de dados de categorias especiais, como é o caso dos dados relativos à saúde, garantindo que apenas têm acesso aos dados os profissionais que efetivam precisam de os conhecer e na medida dessa necessidade”.

¹⁰¹ Cf. artigo 5º da Proposta de Regulamento EEDS.

aos dados pessoais diferenciados, em razão da necessidade de conhecer e da segregação de funções; os requisitos de autenticação prévia de quem acede; e o registo eletrónico dos acessos e dos dados acedidos¹⁰². Seria conveniente que a Proposta de Regulamento EEDS tivesse previsto norma semelhante.

Por fim, não é despidendo sublinhar que sob o ponto de vista da segurança dos dados, reveste particular importância para a tutela dos direitos fundamentais dos titulares de dados, o facto de o EEDS ter por base a nova proposta relativa à identidade digital europeia e levar em linha de conta as melhorias ao nível da identificação eletrónica.

7. A utilização secundária de dados e o enfraquecimento dos direitos das pessoas singulares

Conforme começamos por assinalar no capítulo antecedente, no domínio da utilização secundária de dados de saúde eletrónicos, não se verifica a consagração de direitos semelhantes àqueles que são estabelecidos, a respeito da utilização primária, no artigo 3º da Proposta de Regulamento EEDS.

Com especial preocupação, vemos o facto de, ao contrário do que se verifica em relação à utilização primária dos dados, não assistir aos titulares de dados o direito de restringir o acesso aos seus dados pessoais. O problema agudiza-se ao constatar-mos a amplitude do conceito “utilização secundária de dados” e das finalidades aí contempladas¹⁰³ e a extensão do elenco das categorias mínimas de dados eletrónicos para utilização secundária¹⁰⁴.

Não obstante, nos termos do disposto no artigo 1º, nº 4, os direitos dos titulares de dados consagrados no RGPD, continuam a aplicar-se no domínio da utilização secundária de dados de saúde eletrónicos, embora, como dissemos, possam conhecer algumas limitações inerentes ao novo quadro regulamentar proposto. Neste particular merece reparo a derrogação introduzida pelo artigo 38º, nº 2, da Proposta de Regulamento EEDS, ao dever de informação imposto pelo RGPD, que parece contradizer o disposto no

¹⁰² Cf. artigo 29º, nº 7, da Lei nº 58/2019.

¹⁰³ Cf. artigos 34º, nº 1, e 45º da Proposta de Regulamento EEDS.

¹⁰⁴ Cf. artigo 33º da Proposta de Regulamento EEDS.

artigo 1º, nº 2, alínea a), desta mesma proposta. Com efeito, os organismos responsáveis pelo acesso aos dados de saúde não são obrigados a facultar as informações mencionadas no artigo 14º do RGPD a cada pessoa singular quando estejam em causa projetos sujeitos a uma autorização de tratamento de dados. Todavia, ficam estes organismos incumbidos do dever de disponibilizar informações públicas gerais sobre as autorizações de tratamento emitidas.

O considerando 37 da Proposta de Regulamento EEDS faz referência à base jurídica para a utilização secundária de dados de saúde, prevendo que os requerentes de dados justifiquem o tratamento tendo por base uma condição de licitude do artigo 6º do RGPD. Contudo, este considerando não conheceu, no articulado, grandes desenvolvimentos, nem foi assegurada qualquer referência ao artigo 9º do RGPD. Por essa razão, muitas dúvidas subsistem quanto às condições de licitude de tratamento de dados em contexto de utilização secundária.

É certo que a utilização secundária de dados de saúde eletrónicos sempre saiu prejudicada pela falta de instrumentos legais vinculativos capazes de criar um quadro regulatório sério e adequado à prossecução dos vários interesses e finalidades secundárias dos vários sujeitos intervenientes no setor da saúde e à criação de um sistema interoperável. Também é certo que a crise pandémica, que enfrentamos nos últimos anos, clarificou algumas necessidades e debilidades ao nível da disponibilidade e do acesso aos dados de saúde pública e de cuidados de saúde para além das fronteiras dos Estados-Membros. Entende a Comissão que “a resolução desta questão não só beneficiaria as pessoas singulares, como também contribuiria para a realização do mercado interno digital e para a redução dos obstáculos à livre circulação de produtos e serviços de saúde digitais”¹⁰⁵. Contudo, o tratamento de dados de saúde no contexto da utilização secundária e da interoperabilidade dos sistemas onde operam os mais variados sujeitos, parece esbarrar com vários dos princípios fundamentais estabelecidos no RGPD e coloca-nos um sério desafio: encontrar o equilíbrio entre os interesses individuais dos titulares de dados e o interesse partilhado da sociedade, sem subjugar a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos aos interesses económicos do mercado e à prosperidade económica da União.

¹⁰⁵ Cf. Proposta de Regulamento EEDS, Exposição de motivos, p. 11.

Não podemos olvidar que num mundo cada vez mais digital e interoperável, os dados multiplicam-se e entrecruzam-se a um ritmo nunca antes visto, designadamente os dados de categorias especiais, como os relativos à saúde, permitindo uma leitura, uma previsão e uma manipulação do comportamento humano inimagináveis e, por conseguinte, perigosas para a dignidade humana e para o desenvolvimento da sociedade. É por esta razão que a interoperabilidade esboçada neste contexto deve ser ponderada em razão da natureza dos interesses e dos direitos em apreço, sob pena de se arruinar a estratégia europeia digital. Conforme a Comissão já teve oportunidade de assinalar, “a era digital não é nem o ‘big brother’ nem o ‘ciber-oeste selvagem’”¹⁰⁶, pelo que urge clarificar os termos em que se propõe a utilização da informação e dos dados de saúde.

8. Síntese conclusiva

Os princípios basilares referentes à informação de saúde e à proteção de dados em contexto de saúde, como sejam o princípio da minimização dos dados, o princípio da necessidade de conhecer a informação e o princípios da limitação das finalidades, bem como as regras relativas à propriedade da informação de saúde e ao seu acesso, devem nortear os desenvolvimentos dos quadros regulatórios da União, quer no que respeita à utilização primária, quer no que respeita à utilização secundária que se pretenda aproveitar, no campo de ação do novo espaço europeu de dados de saúde. A utilização secundária de dados de saúde não pode conhecer um regime mais permissivo e menos sindicável do que aquele que caracteriza a utilização primária dos dados de saúde, atendendo sobretudo às legítimas expectativas dos indivíduos e às necessidades de proteção dos seus direitos fundamentais nos mais diversos contextos. Vislumbramos com muita dificuldade que a utilização secundária dos dados de saúde possa ser imposta às pessoas singulares, sob a égide do altruísmo de dados.

¹⁰⁶ Cf. Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Uma Agenda Digital para a Europa*, cit., p. 18.

O controlo efetivo da conformidade com os vários diplomas legais em vigor, em particular no contexto da proteção de dados pessoais é essencial para garantir o bom funcionamento do EEDS e a proteção efetiva dos direitos fundamentais dos cidadãos europeus. No entanto, devido à proliferação legislativa europeia no domínio digital, a harmonização e articulação entre os vários diplomas legais em vigor afigura-se complexa e reclama prudência. Se no passado constatamos que a falta de confiança dos indivíduos quanto à proteção dos seus dados pessoais no mercado da UE constituía um obstáculo à prossecução e desenvolvimento do mercado digital, não podemos permitir que as novas propostas legislativas possam minar a confiança que, paulatinamente, foi conquistada, máxime pelo novo quadro jurídico imposto pelo RGPD. A obscuridade, a falta de clareza e de harmonização entre os diversos diplomas legais mobilizáveis no contexto digital (da saúde, da proteção de dados, da inteligência artificial...) são causa idónea à perda da confiança dos cidadãos no mercado e nas políticas da União. A certeza e a segurança jurídica serão fundamentais para a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e para o desenvolvimento dos quadros de regulação e de atuação da União Europeia, mormente no setor da saúde.

Em suma, acompanhamos a preocupação manifestada pelo CEPD e pela AEPD, em fazer deste espaço europeu de dados de saúde (até por ser o primeiro) um exemplo de transparência, de responsabilização efetiva e de equilíbrio, devidamente ponderado e adequado, entre os interesses individuais dos titulares de dados e o interesse partilhado da sociedade, sem subjugar a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos aos interesses económicos do mercado e à prosperidade económica da União. Ademais, a garantia de inclusão de todos os cidadãos nos avanços digitais que se pretendem impulsionar na União, assim como a participação de cada um, tendo por base uma escolha própria, verdadeiramente livre e informada no ambiente digital são condições essenciais, por um lado, para mitigar a clivagem digital, e, por outro lado, para garantir a equidade no acesso aos cuidados de saúde, a tutela da dignidade humana e o avanço sustentável da sociedade centrada no ser humano.

A AUTONOMIA DA VONTADE NO ÂMBITO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS NO REGULAMENTO BRUXELAS II *TER*

Anabela Susana de Sousa Gonçalves^{*/**}

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.31>

1. O Regulamento Bruxelas II *ter*

No Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental (Bruxelas II *bis*) encontramos o regime jurídico relativo à competência internacional e ao reconhecimento de sentenças e atos públicos estrangeiros em matérias matrimoniais e de responsabilidade parental. Este instrumento jurídico foi reformulado recentemente pelo Regulamento (UE) 2019/1111 do Conselho, de 25 de junho de 2019, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de

* Para a querida amiga Benedita Mac Crorie, que partiu muito cedo, mas que continua presente no nosso coração e nas nossas memórias.

** Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho, asgoncalves@direito.uminho.pt.

responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças (Bruxelas II *ter*)¹. Esta nova versão revoga o Regulamento Bruxelas II *bis* com efeitos a partir de 1 de agosto de 2022 (artigo 104º, nº 1, e artigo 105º, nº 2, do Regulamento Bruxelas II *ter*).

Na reformulação do Regulamento Bruxelas II *bis*, a Comissão Europeia concentrou-se em reformar as questões mais problemáticas que resultavam da aplicação do mesmo e que foram identificadas no Relatório de 2014 elaborado precisamente para aferir a aplicação prática daquele Regulamento².

Uma das questões objeto de atenção foi o regime da competência internacional em matérias de responsabilidade parental, tendo-se aperfeiçoado o acolhimento da autonomia da vontade, seguindo as tendências mais recentes da regulamentação jurídica da União Europeia (EU) em matéria de Direito Internacional Privado da Família e das Sucessões³. É precisamente a atual configuração da autonomia da vontade no regime jurídico do Regulamento Bruxelas II *ter* que pretendemos explorar neste breve estudo.

2. A vertente jurisdicional da autonomia da vontade

A autonomia da vontade no Direito Internacional Privado assume duas dimensões: a vertente conflitual no âmbito da determinação da lei aplicável; a vertente jurisdicional no âmbito do apuramento do tribunal competente. Ora, a autonomia da vontade é acolhida no Regulamento Bruxelas II *ter* na vertente jurisdicional.

O princípio da autonomia da vontade tem expressão no plano dos conflitos de jurisdições, através da competência convencional. O pacto de jurisdição poderá ter um efeito atributivo de competência e um efeito privativo de competência. Um efeito atributivo de competência quando confere

¹ Com exceção dos artigos 92º, 93º e 103º, que se aplicam desde 22 de julho de 2019.

² EUROPEAN COMMISSION, *Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Council Regulation (EC) No 2201/2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000*, COM (2014), 225 final, Brussels, 15.04.2014, pp. 1-20.

³ Para uma visão mais completa deste regime jurídico, ver Anabela Susana de Sousa GONÇALVES, “El principio de la autonomía de la voluntad en los reglamentos europeos sobre derecho de familia y sucesiones”, *La Ley Unión Europea*, nº 40, 2016, pp. 42-64.

jurisdição para julgar um litígio a um foro que de outra forma não a teria. Um efeito privativo de competência quando elimina a competência dos tribunais de um Estado que assumiriam a jurisdição de acordo com os critérios legais de competência. A competência que resulta do pacto de jurisdição pode ser exclusiva ou alternativa face aos critérios gerais de competência, em função da vontade das partes e da determinação do legislador.

A possibilidade da escolha do tribunal competente para dirimir um eventual litígio, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador, permite reconhecer a liberdade das partes em conformarem as suas relações jurídicas também no plano processual, uma vez que, à partida, estas escolherão o foro competente em função dos seus interesses, sendo certo que estes interesses podem ser variáveis. O foro mais conveniente pode ser eleito pelas partes em função da lei aplicável por esse tribunal, da facilidade de produção de prova e proximidade com o eventual litígio, da celeridade na resolução de um eventual litígio, da facilidade no reconhecimento e execução da decisão, da possibilidade de coincidência *forum-ius*, da possibilidade de concentração de litígios conexos nos tribunais do mesmo Estado (com a consequente diminuição de custos e ganhos na celeridade da resolução desses mesmos litígios).

As vantagens adicionais da admissibilidade dos pactos de jurisdição, além do reconhecimento da esfera de liberdade dos indivíduos, residem no facto de estes também permitirem a obtenção de certeza, segurança e previsibilidade em relação ao foro competente. Assim, além de se reduzir os expedientes dilatórios em torno da competência do tribunal⁴, produzem-se ganhos para a celeridade na resolução do litígio e consegue-se a previsibilidade do foro e da lei aplicável.

Atualmente, é possível verificar no Direito Internacional Privado, que tem como fonte a União Europeia, uma importância crescente do princípio da autonomia da vontade, mesmo em áreas tradicionalmente pouco permeáveis à influência deste princípio no direito material e no Direito Internacional Privado, também na vertente jurisdicional. De facto, na regulamentação das relações plurilocalizadas de natureza familiar ou sucessória é possível

⁴ Pois, como aponta Ulrich MAGNUS, "Art. 23", in Ulrich Magnus & Peter Mankowski (coords.), *Brussels I Regulation*, 2ª ed. rev., Sellier European Law Publishers, 2012, p. 444, um pacto de jurisdição não impede um tribunal de analisar a sua competência quando uma das partes, em violação de um pacto de jurisdição, propõe a ação nesse tribunal.

identificar uma relevância crescente do princípio da autonomia da vontade⁵, e o Regulamento Bruxelas II *ter* segue esta tendência.

No Regulamento Bruxelas II *ter* encontramos a assunção da autonomia da vontade em matéria de responsabilidade parental, ainda que limitada por certos requisitos, no seu artigo 10º. Seguindo a tendência de outros instrumentos jurídicos da União em matéria de Direito Internacional Privado da Família, a autonomia da vontade já estava presente em Bruxelas II *bis*, sob a forma de prorrogação de competência no artigo 12º. No Regulamento Bruxelas II *ter*, o legislador volta a assumir o princípio da autonomia da vontade no seu artigo 10º, numa norma mais aperfeiçoada.

3. A autonomia da vontade no Regulamento Bruxelas II *ter*

3.1. A prorrogação de competência no Regulamento Bruxelas II *bis*

No artigo 12º do Regulamento Bruxelas II *bis* temos uma prorrogação de competência, a favor de um tribunal que tem competência para decidir uma questão conexa. Ou seja, estamos perante um foro alternativo ao artigo 8º, que permite a concentração da decisão de um conjunto de questões conexas no mesmo tribunal.

Recordamos que o artigo 8º do Regulamento Bruxelas II *bis* é a regra geral de jurisdição em matéria de responsabilidades parentais, atribuindo competência aos tribunais da residência habitual da criança no momento em que o processo é instaurado em tribunal. O Considerando 12 do Regulamento esclarece que as regras de competência referentes à responsabilidade parental foram inspiradas no superior interesse da criança e, nesta medida, no princípio de proximidade. O superior interesse da criança no âmbito da competência internacional é concretizado pela atribuição de competência ao tribunal mais próximo da criança e, consequentemente, aquele que conhece melhor a sua

⁵ Anabela Susana de Sousa GONÇALVES, “El principio de la autonomía de la voluntad...”, *op. cit.*, pp. 42-64; Anabela Susana de Sousa GONÇALVES, “O princípio da autonomia da vontade no Regulamento Europeu sobre Regimes Matrimoniais”, *RED*, vol. 22, nº 2, 2020, pp. 77-93; Anabela Susana de Sousa GONÇALVES, “O Regulamento Europeu sobre Regimes Matrimoniais”, *Cadernos de Direito Privado*, nº 60, 2017, pp. 20-37; Anabela Susana de Sousa GONÇALVES, “As linhas gerais do Regulamento Europeu sobre Sucessões”, *Cadernos de Direito Privado*, nº 52, 2016, pp. 3-19.

situação, o estado do seu desenvolvimento e, por isso, está mais apto a adotar as decisões necessárias e de forma mais eficiente⁶.

Segundo a jurisprudência do TJUE, residência habitual para efeitos do Regulamento deve ter uma interpretação autónoma⁷, à luz do contexto das regras e dos fins prosseguidos pelo mesmo no contexto da responsabilidade parental, enunciados no Considerando 12. A competência internacional no âmbito das responsabilidades parentais em Bruxelas II *bis* é definida de acordo com o superior interesse da criança, alcançado através do princípio da proximidade. Nesse sentido, a residência habitual da criança, para efeitos do artigo 8º, deve ser entendida como o local que revela uma certa integração da criança num ambiente social e familiar e deve apresentar certa estabilidade ou regularidade, características determinadas por certos indícios que traduzem a integração social e familiar da criança no caso concreto⁸. Além da presença física da criança, os indícios a serem determinados no caso específico devem permitir concluir que essa presença não é de natureza temporária ou ocasional e revelar a integração da criança num ambiente social e familiar localizado naquele Estado⁹, sendo a residência habitual caracterizada por uma certa estabilidade ou regularidade^{10 11}.

⁶ Sobre o princípio do superior interesse da criança como princípio inspirador das soluções presentes no Regulamento Bruxelas II *bis* nas matérias de responsabilidade parental, v. com mais pormenor Anabela Susana de Sousa GONÇALVES, “O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II *bis*”, in AAVV, *Temas de Direito Internacional privado e de Processo Civil Internacional*, Porto, Librum Editora, 2019, pp. 285-304.

⁷ TJUE, *Korkein hallinto-oikeus-Finlândia*, processo C-523/07, de 02.04.2009, § 35; *idem*, *Barbara Mercredi c. Richard Chaffe*, processo 497/10PPU, de 22.10.2010, § 45; *idem*, *J.McB. c. L.E.*, processo C-400/PPU, de 05.10.2010, § 41; *idem*, *C c. M.*, processo C-376/14 PPU, 09.10.2014, §50. Interpretação autónoma também reconhecida pela COMISSÃO EUROPEIA, *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II (Regulamento (CE) nº 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) nº 1347/2000)*, União Europeia, 2005, p. 13; COMISSÃO EUROPEIA, *Guia prático para a aplicação do Regulamento Bruxelas II-A*, União Europeia, 2014, p. 26.

⁸ TJUE, *Barbara Mercredi c. Richard Chaffe*, *cit.*, § 44, § 47; *idem*, *Korkein hallinto-oikeus*, *cit.*, § 44; *idem*, *C c. M.*, *cit.*, § 51.

⁹ Sublinhando que a presença física pode corresponder a uma residência temporária, ver a decisão do TJUE, *Korkein hallinto-oikeus*, *cit.*, § 38; *idem*, *C c. M.*, *cit.*, § 51.

¹⁰ Assim afirmado pelo TJUE no caso *Barbara Mercredi c. Richard Chaffe*, *cit.*, § 44.

¹¹ Para mais desenvolvimentos relativamente ao conceito de residência habitual da criança para efeitos da determinação do tribunal competente em matérias de responsabilidade parental, ver Anabela Susana de Sousa GONÇALVES, “A residência habitual da criança no Regulamento Bruxelas II *bis* – Uma visão a partir da jurisprudência”, in Inez Lopes Renata Alvares Gaspar & Guillermo Palao Moreno Thiago Paluma (coords.), *Litígios Cíveis Internacionais no espaço Ibero-Americano*, São Paulo, Tirant Lo Blanch Brasil, 2021, pp. 91-106.

No Regulamento Bruxelas II *bis*, a possibilidade de prorrogação de competência, que está prevista no artigo 12º, permite a alternatividade da jurisdição em relação ao artigo 8º e a concentração da jurisdição.

O artigo 12º, nº 1, do Regulamento Bruxelas II *bis* possibilita que as questões relativas à responsabilidade parental possam ser apreciadas pelo tribunal que é competente para decidir o pedido de divórcio, separação ou anulação do casamento: desde que a questão esteja relacionado com esse pedido; um dos cônjuges exerça a responsabilidade parental; a competência desse tribunal tenha sido aceite por ambos os cônjuges ou titulares da responsabilidade parental à data em que o processo é instaurado em tribunal; e seja exercido no superior interesse da criança.

Esta competência especial cessa nas circunstâncias descritas no artigo 12º, nº 2: aquando do trânsito em julgado da decisão relativa ao divórcio, separação ou anulação do casamento; aquando do trânsito em julgado da decisão relativa à responsabilidade parental, se estiver pendente à data do trânsito em julgado da decisão relativa ao divórcio, separação ou anulação do casamento; em qualquer uma das situações anteriores, logo que o processo tenha sido arquivado.

A ideia subjacente a esta disposição legal é a de que no momento do divórcio, separação ou anulação do casamento surge, frequentemente, a necessidade de decidir as responsabilidades parentais e esta norma permite que o mesmo tribunal resolva a globalidade das questões. Além de economia processual, esta concentração de questões na mesma jurisdição, é uma forma de satisfazer o superior interesse da criança, uma vez que a sujeição de ambas as questões aos tribunais do mesmo Estado permite evitar a proliferação de ações e reduzir o impacto traumático destes processos sobre o desenvolvimento psicológico da criança¹².

Ainda assim, este resultado pode não ser atingido. Como apontam vários autores, a competência estabelecida no artigo 12º do Regulamento Bruxelas II *bis*, e agora no artigo 10º do Regulamento Bruxelas II *ter*, não estabelece uma competência territorial (ou seja, a competência de um tribunal específico), mas uma competência internacional a favor dos tribunais do

¹² Anabela Susana de Sousa GONÇALVES, “O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II *bis*”, *op. cit.*, p. 297.

referido Estado-Membro, por isso esta concentração da decisão de divórcio e das responsabilidades parentais no mesmo tribunal dependerá das regras de competência territoriais de cada Estado-Membro e será apenas tendencial¹³.

Também pode existir uma prorrogação de competência a favor do tribunal do Estado-Membro onde reside um dos titulares da responsabilidade parental ou da nacionalidade da criança, nos termos do artigo 12º, nº 3, do Regulamento Bruxelas II *bis*, desde que: a competência desse tribunal tenha sido aceite por todas as partes no processo à data em que o processo é instaurado em tribunal; e seja exercida no superior interesse da criança. Como decidido pelo TJUE, em resultado da aplicação do artigo 12º, nº 3, o estabelecimento da competência do tribunal indicado pela norma é feito, apesar de não existir outro processo pendente nesse tribunal¹⁴. A justificação do artigo 12º, nº 3, reside no facto de, através da extensão de competência é possível a atribuição de competência a um tribunal que tenha um vínculo especial com a criança, respeitando-se, no caso do tribunal do país da nacionalidade da criança, a identidade cultural da mesma e o direito que esta tem em ver preservada essa identidade.

Podemos concluir que, no artigo 12º, a autonomia da vontade é limitada pela existência de uma ligação estreita entre o caso e o tribunal escolhido: ou este é o tribunal competente para decidir o pedido de divórcio, separação ou anulação do casamento (artigo 12º, nº 1) ou a proximidade do tribunal com a causa resulta das ligações presentes no artigo 12º, nº 3.

Em ambas as situações, a prorrogação de competência só pode ser exercida no superior interesse da criança. Nos termos do artigo 12º, nº 4, presume-se que a competência que resulta desta norma é no superior interesse da criança, se a criança residir em Estado terceiro e este Estado não seja parte da Convenção de Haia relativa à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento, à execução e à cooperação em matéria de responsabilidade parental e de medidas de proteção das crianças, de 19 de outubro de 1996 (Convenção

¹³ Neste sentido, José CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales internacionales y la dispersión del pleito”, in A.L. Calvo Caravaca & E. Castellanos Ruiz (coords.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Ed. Colex, 2004, p. 218; Antonia DURÁN AYAGO, “Ejercicio de los derechos de custodia y de visita en un mundo globalizado: riesgos y disfunciones. Especial referencia al *forum divortii* en el contexto europeo”, in Asunción Cebrián Salvat & Isabel Lorente Martínez (coords.), *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Editorial Comares, 2019, p. 95.

¹⁴ TJUE, *L. c. M, sendo intervenientes: R, K*, processo C-656/13, de 12.11.2014, § 52.

de Haia de 1996), nomeadamente, se for impossível instaurar um processo no referido Estado terceiro.

Ainda de acordo com o Guia Prático, “a possibilidade limitada de uma das partes optar por instaurar o processo num tribunal de um Estado-Membro onde a criança não tem residência habitual, mas com o qual a criança tem, no entanto, uma ligação particular é extensível aos casos em que a criança tem residência habitual no território de um desses Estados terceiros. Desde que a competência do tribunal seja aceite de forma inequívoca por todas as partes na data em que o processo for instaurado e seja exercida no superior interesse da criança, os tribunais desse Estado-Membro são considerados competentes”¹⁵.

3.2. O pacto de jurisdição no Regulamento Bruxelas II *ter*

3.2.1. O artigo 10º do Regulamento Bruxelas II *ter*

A regra geral de competência no Regulamento Bruxelas II *ter* continua a atribuir a jurisdição em matéria de responsabilidades parentais aos tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança à data em que o processo é instaurado no tribunal, agora no artigo 7º do referido Regulamento.

Além disso, verificamos no Regulamento Bruxelas II *ter* um aumento da importância da autonomia da vontade, estabelecendo-se no artigo 10º a possibilidade de as partes poderem escolher o tribunal competente, através de um pacto de jurisdição. Tal como na anterior norma do artigo 12º do Regulamento Bruxelas II *bis*, também no artigo 10º do Regulamento Bruxelas II *ter* encontramos a ideia de alternatividade face à regra de competência geral e a possibilidade de concentração de jurisdições.

Logo, no artigo 10º do Regulamento Bruxelas II *ter* encontramos uma hipótese de escolha do tribunal competente para as matérias de responsabilidade parental, limitada por vários requisitos.

Nos termos do artigo 10º, nº 1, os tribunais de um Estado-Membro são competentes em matéria de responsabilidade parental quando: a criança tiver uma ligação substancial com esse Estado-Membro [alínea a)]; as partes

¹⁵ COMISSÃO EUROPEIA, *Guia prático para a aplicação do Regulamento Bruxelas II-A*, cit., p. 34.

(ou outro titular da responsabilidade parental), o mais tardar no momento da instauração do processo judicial, concordarem livremente com a competência ou aceitarem expressamente a competência no decurso do processo¹⁶ e o tribunal garantir que todas as partes sejam informadas do seu direito de não aceitar a competência [alínea b)]; e o exercício da competência atender ao superior interesse da criança [alínea c)].

A ligação substancial com um Estado-Membro pode resultar do facto de, pelo menos, um dos titulares da responsabilidade parental ter a residência habitual nesse Estado-Membro; ou que esse Estado-Membro seja a antiga residência habitual da criança; ou se a criança for nacional desse Estado-Membro [artigo 10º, nº 1, alínea a)]. Por exemplo, os pais podem escolher a competência do Estado-Membro onde se encontra pendente o processo de divórcio, separação judicial ou anulação do casamento para resolver questões de responsabilidade parental, desde que exista uma ligação substancial entre a criança e o foro escolhido e esta escolha seja no superior interesse da criança. Novamente, o princípio do superior interesse da criança justifica a autonomia da vontade nas matérias de responsabilidade parental, pois esta somente pode ser exercida se for no superior interesse da criança.

3.2.2. A residência habitual da criança

A primeira condição de aplicação do artigo 10º, que se encontra implícita na norma, é que a criança não tenha a sua residência habitual no Estado-Membro dos tribunais eleitos, caso contrário não é necessário qualquer acordo de jurisdição. A possibilidade de eleição de foro, presente nesta norma será útil naquelas situações em que há uma estreita vinculação entre o Estado-Membro do foro eleito e a criança. Poderão ser casos em que os pais tenham emigrado para um país, deixando o filho no país de origem, e querendo divorciar-se no país da sua residência, pretendem que este tribunal aprecie também a responsabilidade parental em relação ao filho; ou numa

¹⁶ Desde que todas as partes sejam informadas de seu direito de não aceitar a competência.

situação em que a família esteja toda emigrada em certo Estado-Membro, mas os pais querem divorciar-se no seu país de origem¹⁷.

Uma questão que já se colocava em relação ao artigo 12º e que continua a ter pertinência em relação ao artigo 10º do Regulamento é a questão de apurar se a norma se aplica quando a criança tem a sua residência habitual num Estado terceiro. Ora, a norma não pressupõe que a criança resida num Estado-Membro, ao contrário do que sucede no artigo 10º da Convenção de Haia de 1996 que exige que a criança resida num Estado Contratante. Assim, o artigo 10º poder-se-á aplicar mesmo que a criança resida num Estado terceiro¹⁸. No entanto, teremos de respeitar o âmbito de aplicação da Convenção de Haia de 1996. Se a criança reside num Estado terceiro parte da Convenção de Haia de 1996, por força do artigo 97º a *contrario sensu*, aplica-se o regime da Convenção¹⁹. Consequentemente, o artigo 10º do Regulamento poder-se-á aplicar se a criança residir num Estado terceiro que não é parte da Convenção²⁰.

3.2.3. O acordo das partes

O segundo requisito para a aplicação do artigo 10º é que exista um acordo entre as partes no processo. Quanto ao conceito de parte, previsto no artigo 10º, nº 1, alínea b), deve considerar-se que abrange, além dos titulares da responsabilidade parental, um procurador que represente o interesse do menor e que, de acordo com o direito nacional, tem a qualidade de parte nos processos de responsabilidade parental²¹. Assim sendo, e nos termos da jurisprudência do TJUE, a oposição daquele procurador à escolha de tribunal feita pelos pais da criança, ainda que após a data em que foi instaurado

¹⁷ Exemplos enunciados por Luiz F. CARRILLO POZO, *Responsabilidad Parental: Un Estudio de Derecho Procesal Civil Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 106.

¹⁸ Neste sentido, Antonia DURÁN AYAGO, “Ejercicio de los derechos de custodia y de visita en un mundo globalizado...”, *op. cit.*, p. 96; Cristina GONZÁLEZ BEILFUS, “La nulidad, separación y divorcio en el Derecho internacional privado español: cuestiones de competencia judicial internacional y ley aplicable”, *Cursos de Derecho Internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, nº 1, País Vasco, Aranzadi, Thomson Reuters, 2011, p. 160.

¹⁹ Antonia DURÁN AYAGO, “Ejercicio de los derechos de custodia y de visita en un mundo globalizado...”, *op. cit.*, p. 96.

²⁰ Antonia DURÁN AYAGO, “Ejercicio de los derechos de custodia y de visita en un mundo globalizado...”, *op. cit.*, p. 96.

²¹ TJUE, *Alessandro Saponaro, Kalliopi-Chloi Xylina*, processo C-565/16, de 19.04.2018, § 29.

o processo, implica o não reconhecimento da escolha feita, por não haver acordo entre as partes do processo²².

Os requisitos formais do acordo de escolha do tribunal estão definidos no nº 2 do artigo 10º, onde se estabelece que este acordo deve ser por escrito, datado e assinado pelas partes, ou incluído no auto do processo em conformidade com o direito e os procedimentos nacionais, sendo equivalente à forma escrita qualquer comunicação por via eletrónica que permita um registo duradouro do acordo. A 2ª parte da norma determina ainda que, após a instauração do mesmo em tribunal, as pessoas que, entretanto, se tornem partes no processo podem manifestar o seu acordo, sendo este acordo considerado implícito, na ausência de oposição.

3.2.4. A aceitação inequívoca

O terceiro requisito para a aplicação do artigo 10º é que exista uma aceitação inequívoca, requisito que deve continuar a ser interpretado de forma restrita, como sucede para efeitos do artigo 12º do Regulamento Bruxelas II *bis*²³. O artigo 12º do Regulamento Bruxelas II *bis* exige que a extensão de competência seja aceite expressamente ou de qualquer outra forma inequívoca pelos cônjuges ou pelos titulares da responsabilidade parental à data em que o processo é instaurado em tribunal [artigo 12º, nº 1, alínea b), e nº 3, alínea b)].

Para efeitos desta norma, o TJUE considerou que era necessário a existência de um acordo explícito, ou pelo menos unívoco, sobre a extensão de competência entre todas as partes no processo, até à data de apresentação ao tribunal escolhido do ato introdutório da instância ou de ato equivalente^{24 25}.

Também foi decidido que quando os dois pais apresentam um pedido conjunto, exteriorizam uma vontade de propor o processo nesse tribunal e um acordo relativamente à escolha do tribunal competente, devendo esta

²² TJUE, *Alessandro Saponaro, Kalliopi-Chloi Xylina*, cit., § 32.

²³ Luiz F. CARRILLO POZO, *Responsabilidad Parental...*, op. cit., p. 108.

²⁴ Nos termos do artigo 17º que estabelece a data em que se considera que o processo foi instaurado.

²⁵ TJUE, *L. c. M.*, cit., § 56.

aceitação ser considerada inequívoca²⁶. Será o caso de um pedido conjunto de divórcio por mútuo consentimento.

Mais dúvidas se levantam em relação a um pedido seguido de contestação em que não há oposição ao tribunal competente. Será que da falta de impugnação da competência pode presumir-se um acordo do impugnado em relação à escolha do tribunal. Existem Autores que consideram estarmos perante um acordo tácito quanto à jurisdição²⁷. Outros Autores há que não aceitam esta posição, invocando uma interpretação restritiva do artigo 12º, de acordo com a jurisprudência do TJUE, e a necessidade de um consentimento expresso ou pelo menos inequívoco entre todas as partes no processo, na data de apresentação ao tribunal escolhido do ato introdutório da instância ou de ato equivalente²⁸, de acordo com a decisão *L c. M*²⁹. No nosso caso, tendemos a inclinarmos para esta segunda posição, pois nas situações em que o legislador europeu quis consagrar uma prorrogação tácita de competência fê-lo expressamente, como no Regulamento nº 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I *bis*), no seu artigo 26º.

O artigo 10º, nº 1, alínea b), por sua vez, exige: um acordo de livre vontade até à data em que a ação é proposta em tribunal (i); ou uma aceitação explícita da competência no decurso do processo, depois de informação por parte do tribunal às partes de que têm o direito de não aceitar a competência (ii). O Considerando 23 esclarece que, antes de aceitar a competência, que resultou de um acordo de escolha do foro, o tribunal deve verificar se a escolha de ambas as partes no acordo foi livre e informada, e se uma das partes não se aproveitou da posição mais fraca da outra. Assim sendo, cremos que se deve manter a exigência de um acordo unívoco quanto à escolha de

²⁶ TJUE, *Alessandro Saponaro, Kalliopi-Chloi Xylina*, cit., § 25.

²⁷ Luiz F. CARRILLO POZO, *Responsabilidad Parental...*, op. cit., p. 109; Rafael ARENAS GARCÍA, “Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales internacionales”, in Santiago Álvarez González (coord.), *Estudios de Derecho de Familia y Sucesiones, Dimensiones interna e internacional*, Santiago de Compostela, 2009, p. 78, n. 120.

²⁸ Neste sentido, Antonia DURÁN AYAGO, “Ejercicio de los derechos de custodia y de visita en un mundo globalizado...”, op. cit., p. 99; Cristina GONZÁLEZ BEILFUS, “Experiencias de los tribunales españoles en los procesos relativos a crisis matrimoniales algunos retos y cuestiones controvertidas”, in Carmen Otero García-Castrillón (coord.), *Justicia civil en la Unión Europea: evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 202-203.

²⁹ TJUE, *L c. M*, cit., § 56.

tribunal, para efeitos do artigo 10º, nº 1, alínea b) (i) e uma aceitação explícita para efeitos do artigo 10º, nº 1, alínea b) (ii).

De acordo com a jurisprudência do TJUE, ainda a propósito do artigo 12º do Regulamento Bruxelas II *bis*, se não houver oposição da parte quanto à escolha de tribunal, no caso do procurador que é parte num processo de responsabilidade parental segundo o direito nacional aplicável, após a data em que foi instaurado o processo, “pode considerar-se implícito o acordo dessa parte e pode considerar-se preenchido o requisito de aceitação da extensão da competência de forma inequívoca por todas as partes no processo à data em que o processo é instaurado”³⁰. Parece-nos que, para efeitos de aplicação do artigo 10º, esta interpretação deve ser mantida e a não oposição do procurador que intervém no processo após a data em que este foi instaurado deve ser considerada como uma aceitação da escolha de foro inequívoca à data em que o processo foi instaurado.

3.2.5. O superior interesse da criança

O quarto requisito de aplicação do artigo 10º exige que o exercício da jurisdição corresponda ao superior interesse da criança, que tem de ser valorado em função das circunstâncias do caso concreto.

De acordo com o artigo 10º, nº 3, a competência resultante do acordo de escolha do foro cessa assim que a decisão desse tribunal não estiver mais sujeita a recurso ordinário ou o processo for arquivado, exceto se as partes acordarem em contrário. O objetivo é respeitar o princípio da proximidade nos processos futuros (Considerando 24). Esta norma está de acordo com a jurisprudência do TJUE que decidiu que a competência resultante da aplicação do artigo 12º do Regulamento Bruxelas II *bis* cessa com o trânsito em julgado da decisão proferida nesse processo³¹. Note-se, todavia, que é possível acordo das partes em sentido contrário, nos termos do artigo 10º, nº 3, do Regulamento Bruxelas II *ter*.

³⁰ TJUE, *Alessandro Saponaro, Kalliopi-Chloi Xylina*, § 32.

³¹ TJUE, *E. c. B.*, processo C-436/13, de 01.10.2014, § 50; TJUE, *L. c. M.*, *cit.*, § 44.

3.2.6. A competência do tribunal escolhido

Uma outra questão que se pode colocar é se a competência do tribunal escolhido é exclusiva ou concorrente com a competência de outros tribunais, como o da residência habitual da criança. O Regulamento Bruxelas II *bis* não respondia a esta questão. O Regulamento Bruxelas II *ter* vem esclarecer no artigo 10º, nº 4, que a competência atribuída no nº 1, alínea b) (ii) é exclusiva, ou seja, após as partes terem aceitado explicitamente a competência no decurso do processo e o tribunal tiver assegurado que todas as partes foram informadas do seu direito de não aceitar a competência. No caso previsto no nº 1, alínea b) (i), em que as partes chegam a acordo até à data em que o processo é instaurado em tribunal, parece-nos que este tribunal apenas pode ter competência exclusiva depois do tribunal escolhido verificar se estão preenchidas as condições que permitem uma escolha válida. Até lá, mantém-se a competência dos outros foros previstos no Regulamento e a concorrência com esses foros³².

4. Conclusão

A nossa proposta de estudo visou explicar a evolução do acolhimento da autonomia da vontade no âmbito da competência internacional em matérias de responsabilidades parentais, em resultado da reformulação do Regulamento Bruxelas II *bis*.

No atual Regulamento Bruxelas II *ter*, encontramos uma norma que acolhe os pactos de jurisdição em matérias de responsabilidade parental, à semelhança de outros instrumentos jurídicos da União em matéria de Direito Internacional Privado da Família e Sucessões. Tal como nestes, o atual Regulamento limita os foros que podem ser escolhidos, pelo estabelecimento de cuidadosos requisitos para que seja salvaguardado o superior interesse da criança, tendo também em consideração as vantagens da escolha de foro para a resolução do litígio, nomeadamente a segurança, a certeza jurídica em relação ao tribunal competente, com consequentes ganhos no

³² Com a mesma opinião, ver Sabine COURNELOUP e Thalia KRUGER, “Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection des enfants gagne du terrain”, *RCDIP*, nº 3, 2020, p. 230.

plano da celeridade na resolução do litígio. Adicionalmente, o Regulamento Bruxelas II *ter* também incorpora na norma algumas orientações do TJUE, o que facilita a aplicação da mesma, e previne a resolução de dúvidas que poderiam resultar da nova versão da disposição legal.

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 978-989-8974-88-4



9 789898 974884 >