



UMinho Editora



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

Vol. I

As palavras necessárias

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



UMinho Editora

COORDENADORES

Mário Monte

Cristina Dias

Patrícia Jerónimo

Sónia Moreira

Carlos Abreu Amorim

Flávia Loureiro

Joana Covelo Abreu

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Manuela Martins

CAPA

UMinho Editora

DESIGN e PAGINAÇÃO

Carlos Sousa | Talento & Tradição

IMPRESSÃO e ACABAMENTOS

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

EDIÇÃO UMinho Editora

LOCAL DE EDIÇÃO Braga 2023

DEPÓSITO LEGAL N.º ?????/23

ISBN digital 978-989-9074-22-4

ISBN impresso 978-989-9074-21-7

DOI <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.148>

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

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

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

AS PALAVRAS NECESSÁRIAS

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

Volume I

Nota dos coordenadores	9
Parte I – Testemunhos pessoais.....	11
Em homenagem a Francisco Salgado Zenha, <i>Rui Vieira de Castro</i>	13
Salgado Zenha, referência democrática, <i>Augusto Santos Silva</i>	17
Francisco Salgado Zenha, <i>Maria Lúcia Amaral</i>	25
Francisco Salgado Zenha – Uma luz que não se apaga, <i>Fernanda de Almeida Pinheiro</i>	29
Uma perspetiva familiar sobre a personalidade e a atividade política de Francisco Salgado Zenha, <i>José Henrique Salgado Zenha</i>	31
O jurista Salgado Zenha e a justiça criminal, <i>Daniel Proença de Carvalho</i>	49
Parte II – Estudos Científicos.....	79
“Pensar sem corrimão”: Sobre a regulamentação de tecnologias disruptivas e a proteção de direitos fundamentais na União Europeia, <i>Alessandra Silveira</i>	81
Algumas considerações sobre a activação da Directiva Protecção Temporária na resposta à invasão da Ucrânia: Sua excepcionalidade, critérios diferenciados e respectivos efeitos a nível nacional, <i>Ana Rodrigues</i>	101

SUMÁRIO

Justiça Restaurativa: Um paradigma viável de justiça juvenil?, <i>Ana Rita Simões e Cristina Azevedo</i>	121
Os limites materiais do Regulamento Sucessório Europeu, <i>Anabela Susana de Sousa Gonçalves</i>	141
Sobre os deveres fundamentais na Constituição Portuguesa, <i>A. Sofia Pinto Oliveira</i>	163
O Estado, o Estado de Direito e o Estado-Administração: As distinções necessárias e a sua importância, <i>António Cândido de Oliveira</i>	177
A Saúde Digital: Responsabilidade artificial?, <i>António Cruz Oliveira e Tiago Branco da Costa</i>	193
O Direito ante a Comercialização das Atividades Espaciais: novas tecnologias, velhos problemas?, <i>Bruno Reynaud de Sousa</i>	227
Uma retrospectiva dos últimos trinta anos de codificação do Direito dos Valores Mobiliários em Portugal, <i>Célia Dias Pereira</i>	253
30 anos (1993-2023) no Direito da Família, <i>Cristina Dias</i>	273
A Lei da Procriação Medicamente Assistida: passado, presente e futuro, <i>Diana Coutinho</i>	301
O direito à não autoincriminação na era da superação processual da palavra falada – entre a extinção e a reconfiguração do <i>nemo tenetur</i> , <i>Flávia Noversa Loureiro</i>	323
Os serviços de certificação eletrónica face ao DL 12/2021, <i>Francisco ACP Andrade</i>	337
Cidades inteligentes e Direito: recentrando os direitos no <i>Silo da Memória</i> digital, <i>Isabel Celeste Fonseca</i>	355

Identities complexas e a soberania da abstracção. Lições jurídico-hermenêuticas de Pirandello, <i>Joana Aguiar e Silva</i>	377
A economia dos dados na União Europeia e a política de ciência aberta na investigação científica: uma reflexão a partir da liberdade das ciências, <i>Joana Covelo de Abreu</i>	399
Tributação do rendimento ativo no contexto da Convenção Modelo da OCDE sobre o Rendimento e o Património, <i>João Sérgio Ribeiro</i>	421
Do consentimento enquanto condição de licitude para o tratamento de dados pessoais por parte das Administrações Públicas: uma abordagem crítica, <i>Joel A. Alves</i>	441
Promessa de cessão de quotas, <i>Américo Fernando Gravato</i>	461
A governação pública e a transformação da cidade: para uma (primeira) tónica reflexão a partir do caso do património cultural, <i>João Vilas Boas Pinto</i>	487

Afortunadamente, coincide o trigésimo aniversário da Escola de Direito da Universidade do Minho (EDUM) com o ano comemorativo do centenário do nascimento de Francisco Salgado Zenha.

A EDUM tomou a seu cargo a comemoração do centenário do Dr. Salgado Zenha – que designou de “*Não serei instrumento de ninguém*” –, com os Altos Patrocínios de Sua Ex.^a o Presidente da República e da Assembleia da República, assinalando-o, no passado dia 2 de maio, com a conferência “*Os testemunhos necessários*”, procurando, desta forma, demonstrar o reconhecimento pela doação do seu espólio bibliográfico à Universidade do Minho e à sua Escola de Direito, mas também em reconhecimento pela sua vida e obra.

De facto, em outubro de 1993 tinham início as aulas do novíssimo curso de licenciatura em Direito, com cerca de 50 alunos, depois de um longo percurso trilhado por pessoas desta Escola e desta Universidade, mas também de fora dela. E em boa hora o fizeram. A EDUM afirma-se como uma das mais reputadas escolas/faculdades de Direito do país, estando muito bem posicionada nos rankings internacionais.

A EDUM estava a dar os seus primeiros passos na altura da morte do Dr. Salgado Zenha. No ano em que os primeiros licenciados por esta Escola se formaram, em 1998, a sua viúva doou à Universidade do Minho e à sua recente Escola de Direito toda a sua biblioteca e arquivo pessoal, constituindo-se a Biblioteca Salgado Zenha, como forma de perpetuar a sua memória.

A Biblioteca Salgado Zenha reúne os livros e revistas que integraram a biblioteca pessoal do Dr. Francisco Salgado Zenha. A inauguração da Biblioteca ocorreu em 16 de dezembro de 1998 – ainda em instalações provisórias –, em cerimónia que contou com a presença do então Presidente da República, o Dr. Jorge Sampaio, entre outras personalidades, como comprovam os registos da altura. A Biblioteca (com 20.300 volumes) cobre vastas e diversificadas áreas do conhecimento, falando-nos do perfil humanista e espírito curioso do intelectual que foi Salgado Zenha. Entre os documentos

que a integram encontram-se obras raras e também muitas que estão autografadas pelos próprios autores. Por seu lado, a documentação presente no Fundo Documental (arquivo pessoal) do Dr. Francisco Salgado Zenha abarca as suas atividades como advogado, membro do Partido Socialista, Ministro da Justiça, Ministro das Finanças, Deputado e candidato a Presidente da República.

A EDUM aproveitou, pois, esta efeméride para organizar, em conjunto com a Unidade de Serviços de Documentação e Bibliotecas da Universidade do Minho, uma exposição comemorativa do centenário – “*As páginas necessárias*” –, partilhando com a comunidade aquele espólio que marca o percurso da EDUM e a sua Biblioteca.

Procuramos, agora, nesta obra coletiva com a participação de várias personalidades, intitulada “*As palavras necessárias*”, assinalar as duas datas: os 30 anos da EDUM e os 100 anos do nascimento de Francisco Salgado Zenha.

Os escritos que aqui se publicam são, por um lado, testemunhos pessoais ou tributos à vida e obra de Francisco Salgado Zenha, e, por outro lado, estudos científicos onde se assinalam os 30 anos da EDUM.

Cabe um especial agradecimento a todos os colegas e demais personalidades que colaboraram nesta obra e que aqui quiseram deixar o seu contributo. A participação de vários autores vem prestigiar esta obra e honrar os 30 anos da EDUM.

A Comissão Organizadora

Mário Monte

Cristina Dias

Patrícia Jerónimo

Sónia Moreira

Carlos Abreu Amorim

Flávia Loureiro

Joana Covelo Abreu

Parte I

TESTEMUNHOS
PESSOAIS

EM HOMENAGEM A FRANCISCO SALGADO ZENHA

Rui Vieira de Castro¹

No ano do centenário do nascimento do Dr. Francisco Salgado Zenha, a Universidade do Minho, através da sua Escola de Direito, decidiu celebrá-lo nas suas dimensões de cidadão, de advogado e de político.

Fê-lo através da realização de uma Conferência Comemorativa, que teve lugar em maio do corrente ano, e que contou com a presença de altos responsáveis do Governo, de representantes do sistema de justiça, da academia, da política e de outras áreas de atividade que, na Universidade do Minho, quiseram recordar o percurso do Dr. Francisco Salgado Zenha.

Fê-lo organizando uma exposição evocativa, estruturada em torno do espólio do Dr. Salgado Zenha, intitulada “As Páginas Necessárias”.

Fá-lo, agora, com a edição da presente coletânea de estudos, que reúne diversos testemunhos e contributos de professores e investigadores.

Este plano de comemorações alicerçou-se no reconhecimento, por muitos, da importância do legado, de pensamento e de ação, do Dr. Salgado Zenha.

Há, na verdade, razões muito relevantes para recordarmos e celebrarmos, hoje, a figura do Dr. Francisco Salgado Zenha.

¹ Reitor da Universidade do Minho

Razões que se relacionam, desde logo, com a sua ligação a Braga, onde nasceu e onde fez a sua formação pré-universitária, no Liceu Nacional; a esta cidade regressou frequentemente ao longo da sua vida e nela desenvolveu, no período de consolidação da nossa democracia, funções políticas de relevo, tendo sido o primeiro Presidente da Assembleia Municipal de Braga.

No exercício da advocacia, o Dr. Francisco Salgado Zenha foi um advogado largamente reconhecido pela elevada qualidade técnica do seu trabalho, que aliava a uma defesa intransigente dos princípios fundamentais do Estado de Direito, da dignidade da pessoa humana, dos direitos das mulheres e dos trabalhadores, dos direitos das pessoas concretas, que o tornaram um exemplo para muitos profissionais da advocacia e para muitos cidadãos.

A referência moral que representava foi particularmente importante num regime político repressivo, reacionário e antidemocrático, como era aquele em que uma larga parte da sua vida decorreu; o seu papel na defesa dos direitos dos presos políticos constituiu um exemplo e um estímulo para todos aqueles que se encontravam empenhados no combate por um país diferente, humanista, livre, democrático, aberto e desenvolvido. A sua atividade política na consolidação do Portugal democrático teve expressão em causas que ajudaram a reconfigurar o país: a revisão da Concordata com a Santa Sé, que veio possibilitar o divórcio nos casamentos católicos, foi por si conduzida de forma serena, evitando os riscos de uma nova “questão religiosa”; empenhou-se ativamente na luta pela liberdade sindical, que entendia como uma das liberdades definidoras da democracia; defendeu a descentralização do Estado e uma “administração aberta”, que considerava fundamentais para a construção de um Estado democrático.

O Dr. Salgado Zenha orientou a sua ação política por valores e em defesa de causas. O Portugal democrático é devedor da sua ação e essa é também razão ponderosa para celebrarmos o centenário do seu nascimento.

Há, porém, outras razões, académicas, para a Universidade do Minho ter, em boa hora, promovido estas comemorações.

A Escola de Direito da Universidade do Minho, cujo curso de Direito foi criado em 1993, tem no cerne da sua missão a formação de juristas.

Há 25 anos, a doação do espólio que hoje constitui a Biblioteca Salgado Zenha, um importante núcleo da Biblioteca de Direito, significou a disponibilização de um *corpus* bibliográfico de grande relevância, com cerca de

20 000 espécimes, de grande utilidade para o trabalho dos estudantes, dos professores e dos investigadores; o espólio permite reconstituir a personalidade polifacetada do Dr. Salgado Zenha, no que eram os seus referenciais técnicos e teóricos, mas também o seu efetivo exercício de advocacia (através de peças judiciais), a sua atividade política, os seus gostos nos domínios da filosofia, da história e da literatura, e também a sua rede relacional, na esfera nacional e internacional.

A participação ativa, social e política, na vida da comunidade, assente na vinculação a princípios e valores radicados no primado da dignidade da pessoa humana e do direito, da democracia e do pluralismo de opiniões e de orientações, e o compromisso com o bem comum foram traços marcantes do pensamento e da ação de Francisco Salgado Zenha.

Hoje, quando observamos o que hoje se passa à nossa volta, percebemos como importa, em contínuo, reafirmar valores e compromissos desta natureza.

Emergem fenómenos de intolerância, fenómenos de pobreza e exclusão permanecem à vista de todos, a vida social e política é genericamente atravessada por factos geradores de descrença na democracia, reaparecem propostas populistas e autoritárias, que, um pouco ingenuamente, talvez julgássemos enterradas; se a tudo isto juntarmos a guerra, que, em todo o seu horror, voltou ao centro da Europa de um modo que até há pouco não julgaríamos possível, e a crise climática que ameaça a nossa casa comum percebemos a magnitude das ameaças que sobre nós pairam. Percebemos, também, que o mundo que estamos a deixar às novas gerações não é (ou dificilmente será) um mundo esperançoso.

Como sociedade, como comunidade estamos a falhar.

É precisamente em tempos históricos como aquele que vivemos, que mais sentido faz recordar aqueles que são valores essenciais que reconhecemos na ação cidadã e na ação política do Dr. Francisco Salgado Zenha.

É em tempos como este que vivemos, que mais sentido faz sentido reafirmar que na formação de homens e mulheres livres, nas dimensões ética, cultural, científica, artística, técnica e profissional, comprometidos com o bem comum e com o exercício de uma cidadania ativa e responsável, a Universidade tem um papel insubstituível.

TESTEMUNHOS

A valorização das instituições universitárias, é preciso compreendê-lo, e agir em consequência, é condição fundamental para a construção de um Portugal mais próximo daquele que o Dr. Francisco Salgado Zenha ambicionava. Se tal não acontecer estaremos, também aqui, a colocar o nosso futuro em causa.

SALGADO ZENHA, REFERÊNCIA DEMOCRÁTICA

Augusto Santos Silva¹

1.

Dir-se-á que escrever sobre Salgado Zenha, nascido há precisamente cem anos, em 1923, é tarefa fácil. Opositor à ditadura de Salazar, advogado e político de renome, foi uma figura de destaque na segunda metade do século XX português. Sabemos que é de praxe nestas ocasiões ser-se generoso (quando não pródigo) nos adjetivos. Mas como distinguir quando o homenageado é particularmente merecedor? Quando o elogio não é mera cortesia? É esse o desafio deste texto, pois homenagear Zenha é um imperativo de justiça, ele que foi, para várias gerações de portugueses, uma referência central no plano cívico, político e jurídico.

Começemos pelo princípio. Francisco Salgado Zenha era natural de Braga, tendo nascido no seio de uma ilustre família minhota, num ambiente culto e liberal. Depois de concluir o Liceu Nacional Sá de Miranda, na cidade natal, rumou a Coimbra, para cursar a Faculdade de Direito, onde se destacou como aluno e dirigente estudantil. Foi o primeiro presidente eleito da Associação Académica, de onde acabaria demitido por razões políticas, por se ter recusado a ir a Lisboa fazer a vénia ao ditador, numa iniciativa

¹ Presidente da Assembleia da República

organizada pelo poder para agradecer a Salazar o fim da Segunda Guerra Mundial e a neutralidade portuguesa durante o conflito...

Salgado Zenha terá sido o primeiro líder político do seu tempo saído das associações académicas, precursor de outros, como Jorge Sampaio.

Esta experiência granjeou-lhe a admiração dos estudantes de Coimbra. Mas também teve ecos ao nível nacional. Para isso, muito contribuiu a qualidade e a coragem de muitas das suas intervenções. Como numa entrevista que deu ao *Diário de Lisboa*, em 1945, durante a campanha eleitoral para a Assembleia Nacional. Sobre a Universidade, teve o desassombro de dizer o seguinte: “A política universitária do governo não é mais que a transposição para este campo particular da sua política geral de policiamento implacável de todos os sectores da vida nacional ou formas de expressão da opinião coletiva previstas para evitar qualquer choque ou manifestação concreta de oposição à sua retrógrada visão política e interesses que serve (...). O objetivo final desta política é converter as universidades em veículos transmissores da sua ideologia obscurantista, obrigando os professores a ominosas declarações atentatórias da liberdade de consciência e expulsando aqueles que, de uma maneira mais aberta, exprimem o seu desacordo com a política pedagógica ou social de um governo cuja subsistência é incompatível com a independência do pensamento e a crítica inflexível da juventude. Por isso, não nos podíamos admirar que destruisse a autonomia das universidades, colocando nas reitorias e direções da faculdade dóceis executores das suas ordens e amordaçasse a voz desinteressada e inexorável da juventude”.

Como haveria de dizer um presidente da Assembleia da República, Fernando Amaral, Salgado Zenha “nunca se submeteu e, por isso, a liberdade ganhou espaços mais largos”.

Apesar do seu brilhantismo, a universidade impediu que prosseguisse a carreira académica. Assumiria aqui, como, aliás, em grande parte da sua vida, os custos de não ser submisso ou, então, discreto.

Nesta altura, terá aderido ao Partido Comunista Português. Foi, mais tarde, uma figura central na fundação do Movimento de Unidade Democrática – MUD Juvenil, onde conheceu Mário Soares e dele se tornou grande amigo. Desta relação, já muito se disse. Durante décadas, partilharam uma intensa amizade e um percurso político que deixaria marcas no dealbar

da nossa democracia. Como observaria Miguel Galvão Teles, “somaram cada um as suas qualidades às do outro”.

2.

Em Lisboa, iniciou, entretanto, a carreira de advogado. Estagiou com Adelino da Palma Carlos, que era, tal como o irmão Manuel João, presença frequente nos plenários criminais. O mesmo viria a suceder com Salgado Zenha, que também defendeu presos políticos, evidenciando coragem e rasgo jurídico. Como escreveu o próprio Zenha um dia sobre os causídicos que se empenharam em combater esses tempos em que “reinava o terror e a perseguição”, eles foram “defensores da liberdade e da justiça”; sem a sua ação, “os estragos liberticidas da Ditadura teriam sido maiores”.

A advocacia foi uma das paixões de Salgado Zenha. Nos textos e peças processuais, que tinha por hábito publicar, vê-se a prosa correta, o rigor analítico e, sobretudo, o apego aos direitos humanos. Um saber nunca mobilizado para exibição de talento próprio (que era, aliás, imenso), mas posto ao serviço de causas. Os textos de Zenha filiam-se sem qualquer dúvida na grande tradição liberal da separação de poderes e do respeito pelo indivíduo, e da exigência de imparcialidade de tratamento pelos poderes públicos, nomeadamente onde isso podia ser mais necessário: no processo penal.

Sempre ativo civicamente, participou em variadas iniciativas da oposição democrática ao regime de Salazar, como nas campanhas de Norton de Matos e de Humberto Delgado à Presidência da República. A atividade de resistente antifascista levou-o por diversas vezes à prisão.

Consumado o afastamento da área comunista, aderiu, em meados dos anos 1950, a organizações de inspiração socialista como a Resistência Republicana e Socialista ou a Ação Socialista Portuguesa. Esta última viria a estar na génese, em 1973, do Partido Socialista, sendo Zenha um dos fundadores.

A oposição ao regime não era, naturalmente, monolítica, nela coexistindo movimentos diversos e sensibilidades políticas, com distintas filiações internacionais. Nas eleições de 1969 para a Assembleia Nacional, não se logrou acordo para a apresentação que listas unitárias; e Salgado Zenha candidatou-se pela CEUD, uma lista em que pontificavam outros socialistas como Mário

Soares, católicos progressistas como Sophia de Mello Breyner Andresen, ou monárquicos liberais como Gonçalo Ribeiro Teles.

3.

Salgado Zenha foi um dos principais protagonistas da transição democrática, nomeadamente como membro destacado de vários governos.

Primeiro como ministro da Justiça em 1974-1975, nos I, II, III e IV governos provisórios. Foi então responsável por uma ampla reforma no âmbito do direito da família, nomeadamente através da revisão da Concordata, consagrando a possibilidade de divórcio nos casamentos católicos. Fê-lo de forma particularmente sábia e prudente, comprovando dotes diplomáticos e sentido de Estado numa matéria, à época, bastante sensível. Os leitores de hoje poderão experimentar uma certa estranheza, mas foi uma alteração revolucionária, que desde logo permitiu a muitas pessoas superar situações traumáticas e reencontrar novos caminhos para as suas vidas, sem estigma e em liberdade.

O ministro Zenha deixou um contributo fundamental na construção do edifício legislativo da jovem democracia portuguesa. Tem a sua assinatura o Decreto-Lei nº 212/75, de 21 de abril, que criou o Provedor de Justiça (o *ombudsman*), figura central na defesa dos direitos dos cidadãos, denotando aqui, além do seu apego aos direitos humanos, a influência da social-democracia escandinava. A ele se deve também o fim da discriminação de sexo no acesso às magistraturas judicial e do Ministério Público (sim, as mulheres estavam impedidas de concorrer às magistraturas no Estado Novo!); ou a regulação do direito de reunião através do Decreto-Lei nº 406/74, de 29 de agosto, diploma ainda hoje em vigor.

Depois do interregno representado pelo V Governo Provisório, Zenha regressou ao Governo, no VI, liderado por Pinheiro de Azevedo. Ocupou dessa vez a pasta das Finanças, onde contou, nas palavras de Galvão Teles, com a “mais extraordinária equipa que, no nosso país, alguma vez um ministro reuniu”. Compreende-se porquê: Vítor Constâncio, Artur Santos Silva, António Sousa Gomes e António Sousa Franco serviram como secretários de Estado; António Guterres foi membro do seu gabinete.

4.

É impossível fazer a história dos primeiros anos da democracia portuguesa sem que o nome de Salgado Zenha surja amiúde e a sua marca se faça sentir. Fruto dos seus mandatos ministeriais, mas, também, da força da sua palavra e argumentos.

Foi um dos líderes da ação do Partido Socialista durante o processo revolucionário de 1974-1975, afirmando a ligação indissolúvel entre socialismo e liberdade e defendendo intransigentemente a institucionalização de uma democracia pluralista, segundo o modelo europeu. Combateu as tentativas de levar o país para um regime de “democracia popular” ou para um revolucionário, opondo-se vigorosamente ao PCP e à extrema-esquerda. Foi protagonista na condenação pública da unicidade sindical, isto é, na imposição da obrigatoriedade de um único sindicato por setor; na assinatura do 1º Pacto MFA-Partidos, com vista à realização das eleições constituintes; ou no célebre comício da Fonte Luminosa, em Lisboa, que consumou a vitória do PS também na mobilização popular.

Salgado Zenha teve, assim, uma grande influência nos anos iniciais do Partido Socialista. Foi deputado à Assembleia Constituinte e, em 1976, eleito para a Assembleia da República, tornou-se o primeiro líder parlamentar do PS. Mário Soares terá argumentado que, sendo a “consciência moral” do partido e havendo necessidade de manter uma representação forte na Assembleia, fazia sentido que o número dois do PS ficasse nesta, em vez de figurar no elenco do I Governo Constitucional.

Na Assembleia da República, onde esteve até 1983, Zenha foi um destacado legislador e tribuno, prestigiando o parlamentarismo, e com especial atenção às grandes causas da liberdade e dos direitos humanos.

A recandidatura presidencial de Ramalho Eanes, em 1980 e as suas consequências para o posicionamento do PS viriam a provocar uma forte divergência entre Soares, adversário daquela recandidatura, e Zenha, seu apoiante. O PS haveria de seguir a opinião de Zenha, levando Mário Soares a suspender o seu mandato de secretário-geral. Depois da fricção de 1976, esta confrontação aberta entre as duas principais figuras socialistas teria por efeito terminar com um alinhamento político e pessoal de décadas. Um efeito irreversível, determinando a saída de Zenha do PS e, depois, a sua própria

candidatura às eleições presidenciais de 1986, apoiado pelo PCP e pelo partido eanista, o PRD, precisamente contra Mário Soares, apoiado pelo PS.

Continuou a ser, assim, um protagonista político de primeira água. As eleições presidenciais de 1986 foram, de facto, um importantíssimo momento de clarificação na esquerda portuguesa. Contra um só candidato de direita e centro-direita, Diogo Freitas do Amaral, apresentaram-se três de esquerda: Mário Soares, apoiado pelo PS e também por algumas personalidades do PSD, Salgado Zenha, apoiado pelo PRD e o PCP, e Maria de Lurdes Pintasilgo, apoiada por setores católicos progressistas e ligados à extrema-esquerda. A campanha foi dura e dramática: com 46% dos votos, Freitas falhou por pouco a eleição à primeira volta; e Soares passou à segunda por uma margem estreita sobre Zenha (25 contra 21% dos votos), tendo Pintasilgo averbado 7%. As esquerdas uniram-se subsequentemente em torno de Soares, que foi eleito Presidente na segunda volta, com 51% dos votos.

O debate político e ideológico que se travou entre as várias famílias da esquerda e a forma como se resolveu haveriam de ter consequências profundas. O debate permitiu preservar a influência política deste conjunto, através da presidência de Mário Soares (1986-1996), resistir à hegemonia de Cavaco Silva, vencedor de duas maiorias absolutas para o Parlamento, em 1987 e 1991, e afirmar a liderança do PS no espaço de oposição, que viria a ter frutos nas eleições autárquicas de 1989 e 1993 e, sobretudo, nos Estados Gerais lançados por António Guterres, um admirador de Zenha, essenciais para a vitória nas legislativas de 1995.

Guterres e outros não regatearam esforços para que Zenha regressasse à família socialista, mas este manteve-se afastado. A morte prematura em 1993, aos 70 anos de idade, impediu-o de testemunhar a ascensão e a vitória de Guterres e, talvez, a possibilidade de uma reconciliação política. Sem ela, ficou esta imagem um pouco ambivalente de Zenha: um homem de elevada estatura moral, inquestionavelmente alinhado com a social-democracia ou socialismo democrático, convicto defensor da democracia liberal e pluralista, mas com forte componente social, protagonista essencial de várias das lutas pela democracia em Portugal, na ditadura e durante a revolução – desiludido com o seu próprio partido e, em geral, com a maneira de fazer política que se tornou hegemónica depois da institucionalização do novo regime, a qual lhe pareceu demasiado presa de compromissos e questiúnculas quotidianas

e demasiado indiferente às *Reformas Necessárias*, para retomar o título do livro que publicou depois da candidatura presidencial.

5.

Não foi o único caso de aproximações e afastamentos marcados pela evolução política. Só para ficar na área do centro-esquerda, lembre-se Henrique de Barros e, sobretudo, o grande ideólogo do socialismo democrático, Mário Sottomayor Cardia.

Por isso é que é tão importante poder olhar distanciadamente, fora da espuma dos dias e longe das quezílias conjunturais, para o conjunto da vida, obra e ação das personalidades que marcaram, também por causa da complexidade das suas biografias, o nosso tempo. Como Salgado Zenha.

Ele lutou contra a ditadura, pela democracia e pela liberdade. Fê-lo com grande coragem, verticalidade e humanismo. Austero e sóbrio, foi avesso a honrarias, galanteios e homenagens. Espírito lúcido, exerceu sempre o juízo crítico. Por isso mesmo, reconhecendo a transformação radical do país com o 25 de Abril, e o ganho precioso da liberdade, foi implacável na denúncia de vícios e retrocessos que assolaram a jovem democracia. Nomeadamente na área da justiça, que tanto lhe dizia, exigindo que esta refletisse o Estado de direito democrático, como inscrito na Constituição. Dizia, aliás, sabiamente que a justiça, “tal como a liberdade, deve ser objeto de uma perpétua vigilância. Sob pena de ela nos fugir das mãos...”.

Por ocasião do 70º aniversário, deixaria um comovente testemunho sobre a importância da amizade, da liberdade, da tolerância e da solidariedade. E sobre a importância de praticá-las, fazendo corresponder os atos às palavras: merecer a amizade; obedecer à consciência; respeitar as convicções morais e culturais dos outros; partilhar do sentido e destino comum da humanidade. Ser reto, ser justo, ser bom.

Zenha demonstrou, ao longo da sua vida tão rica, profissional e civicamente, uma grandeza moral incomparável. A sua modéstia, na valorização dos atos próprios, e o seu nível de exigência, dir-se-ia que até ao limite, sobre si próprio e os outros, são inspiradores. O percurso político e o ideário estarão sempre sujeitos à apreciação crítica, fundada na pluralidade de perspetivas sem

a qual a democracia não existe. Ele próprio nos pediria essa atitude crítica, repudiando elogios vãos e vazios.

Assim o devemos, pois, lembrar. Não só como um dos artífices principais da democracia, pelo que fez antes e depois da Revolução dos Cravos; mas como uma referência moral e intelectual, como jurista, advogado, dirigente partidário, deputado, ministro, líder parlamentar, candidato presidencial. Em tudo, cidadão.

FRANCISCO SALGADO ZENHA

Maria Lúcia Amaral¹

Neste ano de 2023 a Universidade do Minho e a sua Escola de Direito comemoram efemérides várias. A Universidade faz cinquenta anos, a Escola trinta. Já seriam razões bastantes para assinalar a passagem do tempo e o quanto se fez ao longo dele. Mas, além de tudo isto, a Escola de Direito recorda hoje a data de nascimento do bracarense Francisco Salgado Zenha que deu nome à sua biblioteca, biblioteca essa que recebeu, em doação – e conforme a vontade de Salgado Zenha –, o seu valioso espólio bibliográfico. É para me associar a mais esta comemoração que eu hoje aqui me encontro.

A razão pela qual o faço será de muitos desconhecida, mas, creio, vale bem a pena ser lembrada.

Francisco Salgado Zenha assumiu funções ministeriais logo a seguir ao 25 de Abril. Foi Ministro da Justiça nos quatro primeiros governos provisórios e, se não me engano, Ministro das Finanças no sexto. No segundo governo provisório, em setembro de 1974, o ministério que Salgado Zenha chefiava elabora um extenso *plano de acção*. O plano definia a *agenda*, ou o que se deveria fazer na justiça, até ao início do funcionamento das instituições democráticas, quando estivesse pronta e em vigor a Constituição da República.

¹ Provedora de Justiça.

Ler hoje este *plano de acção*, imaginado por Francisco Salgado Zenha há 49 anos, é – para dizer o mínimo – tocante . Num país onde tudo ou quase tudo faltava o plano era extenso e generoso como o são todas as vontades de recomeço.

Previa-se nele a reforma do estatuto da Magistratura Judicial. A reforma da Procuradoria geral da República. A separação de carreiras entre Magistratura Judicial e Ministério Público. A reforma dos tribunais do trabalho, dos tribunais administrativos e dos tribunais de menores. Nomeava-se a necessidade de se repensar o direito Penal e processual penal.

E, além de tudo isto, definia-se como prioritária a revisão do Código Civil, para que, e cito, se redefinisse a “situação jurídica da mulher”. Tal como se assinalava como prioritária a revisão das leis do divórcio.

No entanto, e entre todas estas tarefas a realizar – e que vieram efectivamente a ser realizadas – o plano incluía ainda uma decisão que seria logo executada no ano seguinte.

A decisão era esta (e volto a citar as palavras do plano de acção). *Instituir-se-á entre nós o Ombudsman, que visará fundamentalmente assegurar a justiça e a legalidade da administração por meios informais. O nome que se lhe dá é o de provedor de justiça.*

Quase cinquenta anos depois, sou eu a titular desta instituição que o plano de 1974 decidiu criar, e à qual deu o nome. Devo, devemos, a quem assim a imaginou a nossa justa homenagem, e é para o assinalar que eu hoje aqui me encontro.

Duas breves notas gostaria eu ainda de acrescentar.

A primeira, para realçar o seguinte. Poucas coisas seriam consensuais no Portugal de 1974. Mas a decisão que é tomada pelo plano apresentado pelo ministério de Salgado Zenha é, de acordo com os registos que temos, logo aceite com grande consenso. Num país onde, no domínio da justiça, tudo ou quase tudo faltava, mas onde sobretudo faltavam as garantias dos administrados face a práticas ilegais dos poderes públicos, a figura do *Ombudsman*, do tal instrumento de justiça informal, surgia naturalmente como um remédio benfazejo, conhecido e praticado em muitos outros países, sobretudo europeus. Daí o consenso que se verificou em torno da sua criação.

Mas cinquenta anos depois, acontece com esta instituição o mesmo que sucederá com muitas outras. Mudados os tempos que exigiram como premente a sua fundação, e num país diferente, que protege os seus cidadãos com a acção de uma jurisdição independente de acordo com as exigências do Estado de direito, a instituição deve ser repensada para adaptar a sua função ao quadro presente. Homenagear Francisco Salgado Zenha implica, também, não desistir nunca deste esforço de renovação.

A outra nota que eu gostaria de deixar é a seguinte. Como outras instituições próprias dos Estados de direito, esta, a do *ombudsman*, é hoje largamente replicada em muitos outros países que se guiam por princípios que nos são próximos. Assim o era já em 1974 – e também por isso a decisão de o instituir em Portugal terá sido tão consensual – e assim continua a ser. Ora, neste contexto, há um ponto que não pode deixar de ser sublinhado. O *nome* que o plano de acção deu ao *Ombusman* português em 1974 ultrapassou fronteiras. Há hoje um *Provedor de Justiça* em Angola, como o há em Moçambique, em Cabo Verde e em Timor. Cuidar deste nome comum, e acarinhar os laços que esta partilha implica, é ainda uma forma de homenagear Francisco Salgado Zenha.

FRANCISCO SALGADO ZENHA – UMA LUZ QUE NÃO SE APAGA

Fernanda de Almeida Pinheiro¹

Nas diversas funções que desempenhou, Francisco Salgado Zenha foi sempre, acima de tudo, um defensor da Liberdade e da Democracia.

Enquanto Advogado, defendeu a liberdade dos outros mesmo quando isso colocou a sua liberdade em causa, como sucedeu com a representação dos presos políticos, nos tribunais plenários, durante o Estado Novo.

E fê-lo não só graças à sua coragem, determinação e sentido moral, mas também porque apenas um profissional liberal, verdadeiramente autónomo e independente, poderia ter a liberdade necessária para o fazer.

Nos dias que correm, em que vemos, com surpresa, o próprio Estado desvalorizar e menosprezar a Advocacia – admitindo que os actos próprios desta profissão possam ser praticados por não Advogados e querendo supervisionar uma entidade autónoma e independente como a Ordem dos Advogados –, é essencial olharmos para exemplos como Francisco Salgado Zenha para nos lembrarmos da nobreza, da essencialidade e da importância desta bela profissão.

Um verdadeiro Estado de Direito democrático, do qual Francisco Salgado Zenha foi um dos obreiros e fundadores, não pode dispensar uma

¹ Bastonária da Ordem dos Advogados

advocacia forte, livre, independente e autónoma. Como nos ensina a história recente, “em tempo de servidão”, até aqueles que administram a Justiça poderão deixar-se cegar pela escuridão vigente.

É por isso que o nome de Salgado Zenha nunca poderá ser esquecido. O facho de liberdade com que nos guiou na noite mais triste da nossa história, não pode ser apagado. Continuará a iluminar-nos, a guiar-nos, e permanecerá bem vivo para que possa ser passado às gerações futuras.

Para a Ordem dos Advogados será sempre um exemplo de resistência, de dignidade, de elevado estatuto moral, e de paradigma da essencialidade dos/as Advogados/as na defesa do Estado de Direito democrático e dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

A Advocacia não deixará de lhe seguir os passos, rumando sempre para um Portugal e um mundo mais justo, mais igualitário e acima de tudo mais fiel aos princípios norteadores da democracia!

UMA PERSPETIVA FAMILIAR SOBRE A PERSONALIDADE E A ATIVIDADE POLÍTICA DE FRANCISCO SALGADO ZENHA¹

José Henrique Salgado Zenha

Não se propõe aqui uma contribuição isenta e distante, do modo que um biógrafo o faria. Antes, procura-se assumir uma vivência pessoal, de sobrinho próximo, retirando daí uma perspetiva impressiva e empírica, embora temperada por um esforço de racionalização, sobre a personalidade e a atividade de Francisco Salgado Zenha.

Formação da personalidade e traços essenciais

Francisco de Almeida Salgado Zenha é uma consequência do choque de duas formas de ver o Mundo: a do seu pai e a da sua mãe.

O seu pai, Henrique de Araújo Salgado Zenha, carioca de nascimento, licenciado em Medicina em Coimbra, mas bracarense de sempre, era um

¹ O presente texto corresponde à fusão e à revisão de duas distintas comunicações efetuadas em 2 de maio de 2023 em sessões comemorativas do centenário do nascimento de Francisco Salgado Zenha, realizadas na Escola de Direito de Braga e na Assembleia Municipal de Braga, com que o autor se congratula e que agradece vivamente.

homem moderno e interessado pelo Mundo. A ligação de Francisco ao pai era muito forte e a morte dele, aos 70 anos (por coincidência morreriam os dois com a mesma idade), em 1957, quando Francisco tinha 34 anos, foi um golpe profundo. José Cardoso Pires, grande amigo de Francisco Zenha, trouxe-o a Braga logo que foi recebida a notícia do falecimento do pai, porque Francisco, na sequência da sua então mais recente prisão, tinha sido condenado a uma pena acessória de perda dos direitos civis, que implicava impossibilidade de tirar a carta de condução. Cardoso Pires contou-me mais tarde que, nessa viagem de Lisboa para Braga, Francisco Zenha não conseguia conter um enorme sofrimento.

Sendo um extrovertido, o pai de Francisco era um liberal bem-disposto, com uma boa relação com a vida, mas exigente. Por isso, foi sempre afável e envolvente na sua relação com os filhos que cumpriam as suas expectativas, recebendo deles uma enorme retribuição afetiva.

Um preceito do seu pai foi sempre recordado aos filhos e pelos filhos: *Máxima liberdade, máxima responsabilidade!*

A sua mãe provinha de uma família de origem portuense, também emigrada durante duas gerações no Brasil, mas neste caso não no Rio de Janeiro, mas em Belém do Pará, e era católica. Ernestina Mesquita de Almeida e Silva tinha um catolicismo puritano, que sempre desconfiou das liberdades, considerando-as, em geral, anticristãs. O catolicismo da mãe de Francisco era dos mais conservadores, porque tinha sido gerado numa reação da sua mãe (e avó de Francisco) ao seu marido Maçon e bem mais velho do que ela.

Francisco Salgado Zenha, apesar de a sua mãe ser muito afetuosa e protetora, teve a maior dificuldade em aceitar o seu lado censório, mas sempre a protegeu, sobretudo depois da morte do pai, fazendo parte de um triângulo de suporte, integrado pelo irmão mais velho, Henrique e médico como o pai, e a irmã mais velha, Maria Cecília, também ela jurista.

No entanto, ao lado da alegria de viver do pai e do seu incentivo à liberdade e responsabilidade, do lado materno de Francisco Zenha houve um duplo contributo para o seu gosto pela liberdade. Uma das componentes era a de ela favorecer a sua afirmação, por entender que os seus filhos tinham direito a tudo – sempre os protegeu ansiosamente - e podiam fazer o que lhes apetecesse, desde que não fosse proibido pelo pensamento.

Mas, como vetor oposto, o proibicionismo religioso e, portanto, ideológico. A dificuldade de Francisco em entrar em colisão com a protetora ternura materna ia cozinhando em lume brando uma rebeldia crescente.

Dessas duas formas de ver o Mundo resultaram o gosto pela liberdade responsável e a correspondente rebeldia contra o proibicionismo. Francisco Salgado Zenha sempre privilegiou a liberdade e o gosto de saber; a liberdade de ser; as liberdades públicas como valor supremo da organização social.

Liberdade e gosto de saber como caminho para a superação das limitações ideológicas, viessem de onde viessem. Por isso, foi sempre um devorador de livros e um crítico agudo de saberes ou ditames estabelecidos, assumindo vivas discordâncias com os seus mestres e, tantas vezes, com as ideias ou as organizações prevalentes.

Liberdade de ser como exigência profunda. *Só é vencido quem desiste de lutar*, preceito muito seu, que tantas vezes lhe ouvi e bem se lembra no *Silo da Memória*, em Braga, por oportuna iniciativa da Câmara Municipal, não era uma frase, mas um princípio a que se manteve fiel toda sua vida adulta, onde e quando fosse preciso: na vida académica, como advogado em causas políticas, civis ou criminais e na atividade política, antes ou depois do 25 de abril.

Liberdades públicas: toda a sua atividade de oposição à ditadura e aos abusos das autoridades e um conjunto de textos revelador, sobre as várias dimensões em que a liberdade estava cerceada.

Mas o seu carácter tinha outras componentes essenciais.

Da máxima responsabilidade do preceito familiar veio uma enorme exigência consigo próprio, que lhe impunha perante qualquer desígnio ou qualquer tarefa uma obrigação de rigor e de exatidão: não era um perfeccionista, porque os perfeccionistas veem muitas vezes a sua atividade prejudicada, mas aproximava-se.

A exigência consigo próprio ia, porém, para além do seu trabalho. Foi um dos traços marcantes da sua vida, que sustentou toda a sua atividade cívica e política. E está na base da sua frontalidade perante os desafios que entendia dever enfrentar.

De facto, Francisco Salgado Zenha não era uma destas personalidades naturalmente audazes, extrovertidas e voluntariosas em quem a coragem, apesar de todas as suas dificuldades, é uma decorrência mais natural: pelo

contrário, tinha uma base tímida e as suas obrigações cívicas nasciam de um desafio a si próprio, antes de mais intelectual, depois ético. Numa das intervenções mais marcantes em Coimbra, quando propôs aos estudantes reunidos em assembleia magna que não aceitassem a imposição da sua própria deslocação a Lisboa como presidente da Associação Académica, para uma manifestação de apoio ao regime, começou com as palavras «*Não temos medo, nem há que ter medo!*». A mesma frase foi repetida depois no célebre comício da Fonte Luminosa, em Lisboa, que marcou a oposição ao Gonçalvismo, como o lembrou Miguel Galvão Teles há 25 anos na Escola de Direito de Braga. Esse introito era uma declaração, uma motivação, mas, nele, era antes de tudo uma exigência a si próprio.

Em julgamentos ou até em debates, perpassavam muitas vezes impressões contraditórias para os presentes ou ouvintes: o rigor do raciocínio, a justeza dos argumentos e a precisão da exposição levavam muitos a uma adesão intelectual às suas posições e até uma admiração pela sua capacidade de as sustentar. Por outro lado, sobretudo em televisão, território de emoções, a sua ironia e a sua intensidade crítica podiam gerar em quem o ouvia um sentimento de proteção do seu oponente e de afastamento emocional de Francisco Salgado Zenha: é essa a origem da imagem pública distante que por vezes lhe é atribuída.

Mas, por detrás da sua contenção emocional ou da ironia, havia uma bonomia que revelava, com espontaneidade e alegria, a familiares e amigos.

No âmbito familiar, Francisco temperava a sua presença com um misto de afeto e de ironia divertida, mas nunca muito cáustica. No convívio com a família e os amigos, era o mais falador e tinha sempre tema de conversa.

Era um jovem tio muito presente nas férias de verão liderando, com os seus irmãos solteiros, Rogério e Artur, as excursões ao rio, ao ténis ou à praia, a partir de Soutelo. Também recordo as longas conversas de inverno com os irmãos, em que se trocavam as novidades, políticas e não só, de Braga e de Lisboa.

E não tinha medo também da ternura, que assumia em especial com a sua Mãe e a sua Mulher, Maria Irene, que lhe era devotada e de quem teve sempre um indefetível apoio. Ao longo da nossa vida, soube estar presente, aconselhando e apoiando irmãos ou sobrinhos nos momentos ou decisões mais importantes.

Podia entusiasmar-se e libertar a sua alegria e a sua emoção, também enquanto homem maduro, se tinha um grande sucesso profissional ou como aconteceu, por exemplo, no dia 25 de abril de 1974: eu estava na altura a estagiar com ele e, na véspera, tinha ficado a preparar um articulado até à madrugada, perdendo por pouco a entrada em Lisboa da coluna de Salgueiro Maia. Por isso, estava eu a dormir pelas 9 da manhã, em sua casa, onde na altura vivia, e o meu sono foi cortado pelos gritos eufóricos dele: “*Está uma revolução na rua e tu para aí a dormir! Levanta-te, pá! Não se pode perder!*”. Não é de estranhar: toda a sua vida almejava o fim do regime e viver numa sociedade livre e mais aberta.

Gostava de uma vida agradável, quando se permitia a si próprio, desde o desporto (ténis e natação) até às viagens; admirou especialmente o Japão, pela conjugação da organização e da sensibilidade, e logo resolveu ler a obra inteira de Wenceslau de Moraes.

De facto, a sensibilidade, fator da sua personalidade que tinha dificuldade em revelar, vinha ao de cima quando se deixava emocionar vivamente num bom filme ou numa peça de teatro, ou se deliciava com um musical como a “Evita”, ou com Edith Piaf, Louis Armstrong e Jacques Brel.

Esse seu lado escondido, por detrás da sua aparente distância e da sua assertividade intelectual, envolvia uma filosofia de vida assente na necessidade de tolerância como regra da vida em sociedade.

Talvez essa tolerância filosófica, contrastante com o seu temperamento às vezes cortante, proviesse de componentes de um Franciscanismo bondoso para pessoas – e até animais – herança que assumia da sua educação católica. Essa atitude de perceção dos outros, de interesse psicológico pelas motivações e pelos comportamentos, determinou muito o seu grande gosto de ser advogado de defesa. *Tout comprendre est tout pardonner*, como sempre repetia.

Tinha grandes amigos de várias gerações. Para os sobrinhos, para os estagiários – que remunerava, coisa rara na época – ou para os correligionários das gerações seguintes, estava sempre disponível.

Por todos os seus amigos, lembro aqui alguns bracarenses, como José Ferreira Salgado, José Sampaio e José Tarroso Gomes, entre outros que também mereceriam citação.

Quanto aos amigos que não eram de Braga, até para evitar o risco de injusta exclusão, lembro apenas com saudade a sua relação de amizade

fraterna, cumplicidade e prazer de estar com José Cardoso Pires, que lhe dedicou o maravilhoso “O Delfim”, bem como a amizade com Xencora Camotim, também presente na Escola de Direito de Braga, através dos seus livros, e os recente e infelizmente falecidos Mário Mesquita e José Maria Mendes Godinho.

Nos últimos anos de vida, a maior aceitação da sua própria sensibilidade acentuou a tolerância também como vivência pessoal, apoiada na leitura dos Estoicos, e passou agora a dirigir-se, mais do que às ideias, às pessoas, ainda com mais disponibilidade para as ouvir e aconselhar.

Estudante e jovem político

Em Braga, fez a instrução primária no Colégio Dublin, junto à igreja do Carmo, e foi depois um ótimo aluno no Liceu.

Em Coimbra ficou fascinado pelas ideias e pelo estímulo intelectual. O seu curso de Direito foi assumido com o prazer do estudo e também como desafio. O Direito proporcionou-lhe um campo de trabalho para a sua inteligência e de abertura para o mundo das ideias para além do Direito.

Teve um grande sucesso como estudante universitário. Era uma história repetida em família o telefonema que o seu pai recebera de um colega de curso, professor de Medicina e na altura reitor da Universidade, no fim das provas orais do primeiro ano de Direito de Francisco Salgado Zenha (nessa altura, as orais estavam concentradas num único dia), felicitando-o porque já corria em toda a Coimbra universitária que o “pequeno” tinha feito umas provas brilhantes.

Mas o estudo nunca foi assumido como o mero cumprimento dos seus deveres; nunca foi um estudante conformista, era já um bom polemista e, totalmente contra os hábitos da época, questionou intelectualmente os seus professores, quando estava em causa a envolvente ideológica ou a imposição autoritária de conceitos.

A sua primeira, grande e marcante luta, foi dirigida contra o regime salazarista. A gênese do seu desprezo – a palavra é mesmo esta, desprezo – resultava de uma componente imediata, que lhe era insuportável: o cerceamento das liberdades públicas, a censura, a repressão política, a limitação da

liberdade de exprimir as ideias, ou seja, implicitamente, a limitação da liberdade de pensar. Mas resultava também de uma componente de perspetivação conceptual, já que sempre referia que o Estado Novo representava o lado autoritário, fechado e paroquial da História de Portugal, e considerava Salazar como o herdeiro da Inquisição e do Absolutismo.

Na sua liderança da Associação Académica de Coimbra, anos 40, em plena II Guerra Mundial e, com a repressão do regime ainda sustentada pela força dos regimes autoritários europeus, ficaram logo evidentes algumas das linhas mestras da sua presença política:

- a capacidade de enfrentar quem quer que lhe limitasse os direitos e a liberdade, opondo-se então a um movimento contra a imposição à Associação académica de uma direção escolhida e nomeada pelo novo reitor e tomando naturalmente a sua liderança;
- a grande sustentação das suas posições, sempre expostas com um rigor e uma racionalidade intrínsecas, que as tornava mais dificilmente contestáveis; como dizia um seu contemporâneo, quando Francisco Zenha intervinha numa discussão, a lógica e a linearidade dos seus argumentos tornavam-se dominantes;
- a coragem da rotura, quando a considerava indispensável, apesar dos riscos emocionais ou físicos, e uma grande determinação no confronto, em grande parte decorrente dessa enorme exigência consigo próprio.

80 anos depois e com quarenta e muitos anos de vivência democrática, é difícil avaliarmos a excecionalidade da sua confrontação com a ditadura em Coimbra, bem como a coragem que implicava. À época, porém, ainda durante a II Guerra Mundial, foi sentida como um notável desafio e marcou toda uma geração académica – e não apenas em Coimbra.

Apercebi-me completamente disso, quando um dia alguns familiares encontrámos – nos anos 60, um quarto de século depois – uma contemporânea de Francisco nesse período académico que, ainda entusiasmada, contou: *Naquele tempo, a academia estava completamente rendida à sua liderança e muitos de nós daríamos um braço por ele...*

De facto, nunca fugiu à intervenção. Durante a II Guerra Mundial era anglófilo e promoveu a exibição de filmes antinazis na Associação Académica, tendo vindo a saber, como me contou, que fazia parte de uma lista negra de pessoas a abater se a Alemanha ganhasse a guerra. Foi membro fundador do MUD Juvenil, sendo o MUD grande movimento do fim da Guerra em prol da democracia, e não se furtou às responsabilidades, que lhe custaram a primeira prisão.

Advogado e político antes do 25 de abril

Regressado de Paris, onde foi logo que pôde depois do curso, para respirar a liberdade, foi preso mais uma vez, em consequência de infundadas suspeitas de que, afinal, tinha ido à Checoslováquia... No entanto, depressa se afastou de qualquer ligação a partidos de oposição com dimensão totalitária. Este primeiro afastamento, o mais estrutural, foi o início das suas dificuldades em submeter a sua independência a aparelhos partidários.

Não suportava a limitação da liberdade e, por isso, escreveu e publicou vários trabalhos – logo apreendidos – que respeitam aos abusos das autoridades, aos direitos de defesa, às garantias de instrução em processo penal, à defesa de estudantes e à denúncia das chamadas “medidas de segurança” privativas da liberdade sem condenação penal, às intervenções mais marcantes em processos judiciais. As suas, muito interessantes, *Notas sobre a Instrução Criminal* foram apreendidas à saída da tipografia...

Esteve sempre ligado à atividade de oposição política possível: participação na campanha de Norton de Matos (1949), protesto contra a prisão de oposicionistas – que levou à segunda prisão (1952/1953) e posterior residência fixa, participação campanha de Humberto Delgado (1956) – clandestina, por estar privado de direitos civis até 1958, subscrição do *Programa para a Democratização da República* e terceira prisão (1961), candidatura pela oposição democrática e adesão à Ação Socialista Portuguesa (1965), candidatura às “eleições” de 1969 pela CEUD e participações em vários colóquios e atividades dentro ou fora da atividade tolerada, uma das quais o levou novamente à prisão.

A sua vida em Lisboa foi sempre a conciliação possível entre duas componentes: a advocacia como profissão liberal e a atividade política, aquela com os seus proventos, esta com os seus não pequenos custos.

Como sempre, as duas faces são da mesma pessoa e, portanto, como advogado foi muitas vezes político, destacando-se na frontalidade com que defendia, gratuitamente, claro, e com grande sustentação jurídica, presos políticos nos tristemente célebres Tribunais Plenários; mas também a sua percepção do enquadramento político lhe deu a força e o entendimento necessários para, mais tarde, confrontar tribunais hostis em processos civis.

Porque demonstra bem a enorme dificuldade da luta pela liberdade em Portugal e a enorme coragem que ele e outros advogados tiveram de assumir, cito parte de um requerimento que Francisco Zenha fez perante um Tribunal Plenário, que permitira o início do espancamento por agentes da PIDE de um preso político em pleno julgamento, espancamento que continuou nos calabouços. Recusado, por razões óbvias, pelo tribunal o regresso do réu ao julgamento, o advogado ditou um requerimento, aliás, muito pouco típico nele pela sua brandura:

«Já não digo com indignação, mas pelo menos com infinita tristeza, verificar que o réu tinha sido barbaramente seviciado. Um hematoma extensíssimo impedia-o de abrir o olho direito; a fonte, a face e as genívas apresentavam lacerações e vestígios de agressões corporais. Além disso o mesmo réu que se encontrava visivelmente em estado de choque referiu-lhe que tinha sido espancado a cavalo marinho e cacetete. (...) Vossas Excelências poderão avaliar a emoção do advogado quando, depois de terem apreciado o mesmo réu neste julgamento, a prestar as suas declarações com altivez e verticalidade, como o advogado expoente e Vossas Excelências verificaram, esse mesmo jovem, altivo e vertical, teve uma crise de choro convulsivo, como ser humano que é, e a quem não podem recusar as necessárias garantias da sua dignidade. O Papa João XXIII, na encíclica “Pacem in Terris” disse que os comunistas eram homens como os outros e que o combate às suas ideias não pode ser realizado por meios que suscitem entre nós as chamas da Inquisição. E o advogado expoente crê que é ofensivo dos sentimentos de qualquer homem ver tratarem-se outros homens como feras acossadas, a quem

se negam drasticamente os mínimos direitos inerentes à condição humana...» (fim de citação).

Francisco Zenha sofreu, ao longo da vida as consequências: prisões, duas das quais de mais de um anpo, e outras medidas limitativas da liberdade (períodos de residência fixa, proibição de saída do País, impossibilidade de tirar a carta de condução). E, sim, em Portugal, havia consequências para a família, além do sofrimento pela prisão, que nunca se sabia quando acabaria: o meu pai e seu irmão mais velho, Henrique Zenha, médico estomatologista com consultório em Braga, no Jardim de Santa Bárbara, estimado e sem atividade política, só no princípio dos anos 60 conseguiu trabalhar também para o Estado, porque antes a informação política era negativa; pela mesma razão, a sua irmã mais nova, licenciada em Matemáticas com ótima nota, só vários anos depois do fim do curso conseguiu dar aulas no ensino público.

As prisões de então não eram nada fáceis. No seu terceiro período de prisão, ficou no Aljube, sítio tão execrável que, quando esteve preso pela última vez em Caxias, em 1970, disse à saída da prisão, com o seu sorriso irónico, que “Isto agora parece um hotel de duas estrelas...”.

Mas não se pense que a tal Caxias “de duas estrelas” era bem um hotel. Tenho uma desagradável memória dessa última prisão, em princípios de 1970. Convidado para um debate sobre a guerra colonial pela Associação Académica da Faculdade de Letras de Lisboa, Francisco, já com 46 anos e grande atividade profissional, teve noção do risco, mas achou que tinha obrigação de aceitar, por coerência com o que pensava. Nesse dia, antes da hora marcada, telefonou para sua casa um suposto estudante de Letras a pedir confirmação de que ele iria ao colóquio, o que eu, que lá residia e atendi, confirmei; era a PIDE, agora já com outro nome (Direção Geral de Segurança), que apareceu uns minutos depois e o fez ficar em Caxias mais de um mês. Vi-o um bocado preocupado na primeira visita que lhe fizemos, a sua Mulher e eu, ainda na sede da PIDE, na Rua António Maria Cardoso, porque – disse-me depois - os interrogatórios mais longos, com privação do sono, eram sempre depois da primeira visita.

Desta vez, apesar de Caxias não ser o Aljube, os únicos livros que lá podiam entrar eram códigos que lhe levávamos, a sua Mulher e eu, nas visitas semanais... e o que o salvou foram os códigos anotados, sobretudo o Código

Civil de 1966, que tinha entrado em vigor um ano depois, há relativamente pouco tempo, e lhe permitiu estudá-lo a fundo.

Um episódio que Francisco Zenha contou tem a ver com uma das vezes em que foi preso pela PIDE, onde aliás nunca falou. O inspetor, ao fim de algum tempo de negativas, disse-lhe: – *Vou espreme-lo tanto que, quando eu acabar, vai ficar pior do que um limão espremido e feito em bocados.* Ao que o preso sujeito ao interrogatório respondeu, imagino que com um sorriso irónico: – *Pois espero que a limonada lhe saiba muito bem!*

Para além dos episódios concretos, é preciso entender hoje a dimensão emocional que implicavam: a tensão da resistência, a perceção dos riscos, a superação do medo, a inevitabilidade das consequências, o prejuízo profissional, a incomodidade familiar.

O carácter de Francisco Zenha, a coragem cívica em busca da livre afirmação de valores, em oposição, tensa e difícil, aos que queriam limitar a sua liberdade e a que ele queria para os outros, orientaram toda a sua vida, também como advogado e como político.

Desde meados dos anos 60, não só pela sua capacidade jurídica, mas também pelo especial entendimento das circunstâncias de envolvimento de cada caso e pela sua enorme frontalidade na barra, Francisco Salgado Zenha era seguramente um dos advogados de referência no País, a quem, naturalmente, foram confiadas grandes causas. Não me esqueço, como estagiário presente, da enorme tensão vivida n Tribunal da Boa Hora, em Lisboa, na fase final do processo Champalimaud, e da subjugação progressiva de magistrados antes absolutamente hostis ao réu, que culminou com alegações da defesa, notáveis de perspetivação política e psicológica, e a justíssima absolvição.

Porém, a sua profissão não foi nunca desligada das suas preocupações políticas e fez parte, no princípio dos anos 70, do Conselho Geral da Ordem dos Advogados que correspondia já a uma evidente heterodoxia em relação ao regime, sendo presidido pelo Bastonário Ângelo de Almeida Ribeiro e de que também faziam parte, entre outros, Armando Bacelar (depois secretário de Estado da Justiça com Zenha como Ministro), Duarte Vidal, Francisco Sá Carneiro, Francisco Tinoco de Faria, Guilherme da Palma Carlos e Vasco da Gama Fernandes.

Político depois do 25 de abril

A política foi sempre para Francisco Salgado Zenha a mais nobre das atividades e o maior dos seus interesses. Não foi por acaso que, logo após o 25 de abril, deixou, aos 51 anos, uma profissão no auge do seu prestígio e nunca se interessou verdadeiramente por a retomar com intensidade, a não ser para casos em que entendia que o direito de defesa não estava assegurado. Não foi também por acaso que, sendo António Champalimaud um cliente agradecido – e não um cliente qualquer – o Governo de que Francisco Zenha fazia parte aprovou os diplomas que também lhe nacionalizaram as empresas; no pós-11 de março de 1975, como referirei adiante, a necessidade política de permanência de forças democráticas no Governo não permitia a dissensão.

Os primeiros meses depois do 25 de abril foram a festa da liberdade, mas, como sabemos, logo se assistiu a uma clivagem significativa entre a linha dominante do MFA de então, o PCP e o MDP/CDE, por um lado, e o PS, por outro, na altura apoiado por PPD e CDS.

Numa fase difícil para uma parte da esquerda portuguesa e, especialmente, bracarense, que sofreu excessos, a perspetiva do interesse nacional de Francisco Zenha tornou-o talvez no primeiro líder a opor-se à linha revolucionária, unicista e afastada das urnas.

As suas ideias estavam na altura já muito bem arrumadas. Tinha sido, pelo menos, *compagnon de route* do PCP nos tempos do MUD Juvenil, de que foi dirigente e que era, ainda assim, uma plataforma alargada de oposição, mas rapidamente se apercebeu que a prática do marxismo-leninismo punha em causa a sua querida busca da liberdade e se afastou do PCP. Esse afastamento nunca foi – muito pelo contrário – o de um anticomunista, no sentido de exclusão da pertença do PCP à vida democrática, mas foi-o no sentido de uma oposição nítida a qualquer linha de domínio revolucionário do País ou, até, de influência dominante e exclusiva na atividade política ou sindical.

Dito isto, Francisco Salgado Zenha tinha em comum com o Marxismo os encantados sonhos da igualdade e da justiça social e foi sempre um estrénuo defensor da liberdade de ser comunista, onde quando alguém o quisesse ser, tendo-o já provado inúmeras vezes ao defender membros do PCP, com uma frontalidade que tinha custos. Com naturalidade, por isso, aceitou o apoio do PCP à sua campanha presidencial de 1986.

Mas a sua opção de fundo era claramente a defesa das liberdades públicas. Fui testemunha, no verão de 1974, de um almoço em sua casa, que juntou Mário Soares, Jorge Campinos e Francisco Sá carneiro, para tratar da necessidade de substituir o velho embaixador dos EUA, em fim de carreira em Portugal desde antes do 25 de abril, que teve como resultado várias diligências levando à vinda do novo embaixador, Frank Carlucci.

No Portugal do primeiro ano e meio após o 25 de abril, Francisco Zenha teve um papel preponderante, ao lado de Mário Soares, tendo até sido aquele que, nas duas grandes questões estratégicas a resolver na altura, foi determinante a convencer Mário Soares.

Recordo-me do despoletar da primeira colisão, vendo-o preparar um artigo que publicou no Diário de Notícias nos primeiros dias de 1975 contra a unicidade sindical. Na altura, era uma iniciativa difícil, com uma grande parte do País e, em especial na esquerda, a considerar que a unidade sindical era essencial; para Francisco Zenha, porém, como afirma, a dado passo nesse artigo: *“Liberdade implica liberdade de escolha de caminhos. Sem ela, não há liberdade.”*

Nesse período, perante o primeiro-ministro Vasco Gonçalves, ancorado ideológica e emocionalmente ao PCP, a luta pela afirmação democrática através do voto em eleições foi sempre a determinante essencial da presença de Francisco Zenha nos governos provisórios. E bem me lembro dos relatos que fazia de permanentes confrontos seus com o prosélito e prolixo Vasco Gonçalves durante os longos conselhos de ministros desse complicado tempo.

Mas foi também Francisco Zenha, segundo o próprio me disse, que convenceu Mário Soares, que estava tentado então à rotura com o PCP, a não abandonar o governo depois do 11 de março. Apesar das divergências, Zenha entendeu que o PS não podia deixar o campo livre à então linha dominante do MFA e ao PCP, sob pena de se prejudicar definitivamente a realização de eleições para a Constituinte e, em consequência, a democracia em Portugal.

O comício do PS da Fonte Luminosa, em Lisboa, em junho de 1975, foi um marco importante na afirmação das forças democráticas, ficando aí bem patentes nos discursos de Francisco Salgado Zenha e Mário Soares, a relevância da sua colaboração no pós-25 de abril para o PS e para o País.

Coerentemente, no período em que foi Ministro da Justiça (I a IV governos provisórios, até julho de 1975), a sua atividade esteve muito centrada

na afirmação democrática, com os primeiros passos da reforma de processo penal, a intervenção judicial na fase instrutória e de separação das magistraturas judicial e do Ministério Público, várias medidas para a igualdade de género como o acesso de mulheres às magistraturas, a criação do Provedor de Justiça e, ainda, entre outras, a gesta pela liberdade civil de muitos portugueses e muitas portuguesas. Na altura, há quase 50 anos, a ilegitimidade de uma relação, por impossibilidade do divórcio da anterior, tinha um peso social e emocional que hoje é difícil apreender. Francisco Zenha evitou a tentação de denúncia unilateral da Concordata e conseguiu a solução negociada com a Santa Sé, tendo esta aceite, pela primeira vez a nível internacional, uma alteração que permitia o divórcio em casamentos católicos.

Como Ministro das Finanças do VI Governo Provisório, rodeou-se por uma notável equipa de colaboradores: como secretários de Estado, Artur Santos Siva, Vítor Constâncio, António Sousa Gomes e António Sousa Franco; como Subsecretários de Estado, entre outros, Manuela Morgado, Henrique Medina Carreira e José Santos Pais; como chefe de gabinete, Martins Eusébio, e como adjunto, António Guterres. Com um indefetível apoio do Primeiro-Ministro Pinheiro de Azevedo, que era pouco dado à gestão político-administrativa, Francisco Salgado Zenha foi uma personalidade dominante nesse Governo, de setembro de 1975 até ao fim de julho de 1976, numa fase difícil de restabelecimento de condições mínimas de sobrevivência das finanças públicas e de reanimação da economia nacional.

Mais tarde, no contexto do fim dos anos 70, além das tensões sobre o papel da componente militar do regime e a dimensão dos setores público e privado, cruzaram-se dois conflitos: um evidente, entre esquerda e a formação em curso da Aliança Democrática liderada por Sá Carneiro; um segundo, inicialmente mais encoberto, entre a manutenção de uma forte componente presidencial e a acentuação de uma tensão parlamentarista.

Além de outras razões ligadas à gestão do PS, este último conflito veio, na altura, a ser um dos fatores determinantes da divergência entre a maioria do Secretariado do PS e Mário Soares.

Mário Soares sempre se assumiu como um herdeiro da I República e julgo que não errarei se o considerar um parlamentarista puro em termos da sua génese ideológica, (que foi, naturalmente, temperada depois pelo seu exercício presidencial). Na essência, para ele o parlamento e o regime

partidário eram o coração da democracia, que um forte poder presidencial não beneficiaria.

Francisco Zenha também se considerava filiado na corrente liberal e republicana, mas era cauteloso. Por um lado, conhecia os excessos do Liberalismo e da República e, por outro, sabia bem os riscos a que um poder partidário sem limites já tinha exposto o País e que poderiam regressar. A sua percepção da sociedade, vista da sua juventude bracarense, num meio minifundiário, com um misto de valores conservadores e de viva ambição de progresso sem sobressaltos, deu-lhe aqui um elemento de contenção e a convicção de que a democracia precisava de temperar um excessivo domínio partidário.

Era também um estudioso da Política Constitucional, mais até do que de Direito Constitucional, porque o que lhe interessava era a grande visão e não o saber minucioso. E conhecia profundamente as soluções semipresidenciais europeias, como os casos de França e da Finlândia.

Por isso, para ele, era necessário que se mantivessem atribuições presidenciais que temperassem as tentações de excesso partidário. Mário Soares aliou-se a Francisco Sá Carneiro para a redução dos poderes presidenciais e Zenha não concordou.

Por outro lado, para a esquerda e o centro-esquerda desse tempo, Soares Carneiro, candidato às presidenciais de 1981, tinha um fumo do antigo regime, transmitindo valores que lembravam o conservadorismo corporativo e passadista e dando à AD tonalidades bem mais marcadamente conservadoras do que as de Sá Carneiro ou Adelino Amaro da Costa. Ou seja, carregava o poder da AD com sombras de direita que pareciam inaceitáveis. A neutralidade de Mário Soares foi muito mais surpreendente do ponto de vista político e ideológico do que o natural apoio de Francisco Salgado Zenha a Eanes.

Depois dessa fratura, a clivagem cresceu e deu origem a episódios de discordâncias sobre a gestão do PS e as suas âncoras externas.

Para além dessas divergências e do afastamento de dois homens que tinham sido grandes e cúmplices amigos, outros fatores tiveram também influência.

O IX Governo Constitucional, o chamado Bloco Central, de meados de 1983 a fins de 1985, foi mais uma peça importante nas divergências. Sendo hoje veneradas, no essencial com todo o mérito, as personalidades de Mário Soares e de Mota Pinto e tendo esse Governo feito um reconhecido

trabalho de reconstituição das finanças públicas, foi na altura um governo fortemente impopular.

Certamente boa parte dessa impopularidade decorreu da apertada política financeira de Ernâni Lopes, mas também convém lembrar que foi um dos governos em que os partidos do poder repartiram, com critérios partidários, o então bem nutrido aparelho de Estado e se acentuou muito a perceção pública dos inconvenientes de uma excessiva presença partidária.

Permanecia, por isso, a profunda convicção de Zenha de que, sendo os partidos fundamentais, era preciso, com uma solução de centro-esquerda, moderar e temperar a democracia parlamentar para evitar excessos partidários.

O afastamento da linha dominante do seu partido – porque o PS foi sempre o seu partido, nunca tendo aderido ao PRD – e essa clivagem quanto ao futuro da democracia portuguesa levaram-no naturalmente a assumir a sua candidatura às presidenciais de 1986.

A sua decisão não foi fácil: o Partido Socialista era o seu universo natural de pertença, onde tinha feito amigos sólidos de várias gerações e – julgo que posso dizê-lo com rigor – em boa parte, também uma criação sua, tanto na fase da gestação antes do 25 de abril, como, a seguir, na sua transformação em partido responsável pela estabilização da referência democrática em Portugal. E era também para ele o partido que representava, devia representar, a luta pela igualdade possível num regime democrático.

Mas estava convencido da necessidade de reformar a República. Cito uma frase do seu manifesto eleitoral: «*A minha candidatura é, sim, contra a injustiça, a miséria, a irresponsabilidade, o clientelismo, a corrupção, o centralismo, a desigualdade da lei e perante a lei, o segredo infundado.*» (fim de citação).

Várias propostas da sua campanha mostram a preocupação com o aprofundamento da democracia portuguesa: a descentralização e a regionalização, a admissibilidade da ação popular, as candidaturas de independentes, a criação de uma segunda câmara, o apelo à administração aberta, a transparência dos documentos que suportam as decisões do governo, entre outras.

A campanha não lhe correu bem: em parte, ironicamente, por ter ficado muito marcada pela dimensão partidária dos seus apoios, em parte também porque o lado cerebral e exigente do seu temperamento o fazia um bom estratega, mas não lhe dava maleabilidade tática, nem o tornava afável e eficiente em campanhas eleitorais.

A personalidade independente e exigente de Francisco Salgado Zenha impôs-lhe roturas difíceis em cada momento da sua vida. Como já vimos, rotura, temperada embora, com o doce conservadorismo da sua mãe, rotura e confronto com mestres, se autoritários, rotura com o Estado Novo.

Mas também, depois, confronto com a dominância comunista na oposição ao regime, conflito aberto com essa tendencial predominância no período dos governos provisórios, confronto sobre o apoio a um candidato presidencial, Ramalho Eanes, que entendia não merecer ser abandonado, liberdade perante o seu próprio partido por discordâncias de orientação e de escolhas.

Seriam todas essas roturas necessárias? É seguro que nenhum desses afastamentos foi precipitado ou irracional, mas fruto de reflexão e de exigência.

Exigência que transmitiu à sua presença política. Porque são estruturais do seu pensamento, da sua pessoa, transcrevo dois curtos excertos do seu programa político da candidatura às eleições presidenciais de 1986, «Para uma Nova Democracia, para uma Nova República», que mantêm atualidade:

Cito: «Existe hoje *indiscutível consenso colectivo* quanto à democracia. Mas o *enraizamento*, nos cidadãos e representantes políticos, da *consciência democrática* e dos *hábitos democráticos* – de liberdade e respeito pela liberdade, de responsabilidade, de transparência – encontra-se ainda em curso.»

E mais adiante: «Não se defende a democracia ignorando os vícios que se hajam instalado no seu funcionamento, mas denunciando-os e contribuindo para a sua superação – sempre com a consciência de que *a alternativa para a democracia não é a ditadura, mas a democracia melhor.*» (fim de citação).

Lembro novamente: *Máxima Liberdade, máxima responsabilidade!*

Bibliografia essencial

Salgado Zenha – O Homem e a Liberdade, Rui de Brito, edição Liber, 1975;

Francisco Salgado Zenha – As Reformas Necessárias, Mário Mesquita, distribuição Europa-América, 1988;

Francisco Salgado Zenha, Obras Escolhidas, António Cândido de Oliveira e Xencora Camotim, edição Universidade do Minho/Governo Civil de Braga, 1998;

Liber Amicorum Francisco Salgado Zenha, edição Coimbra Editora, 2003;

Francisco Salgado Zenha – Fotobiografia, edição Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, 2003.

O JURISTA SALGADO ZENHA E A JUSTIÇA CRIMINAL

Daniel Proença de Carvalho

1. Visão de Salgado Zenha para a Justiça Criminal

Como é natural, Francisco Salgado Zenha ficou mais conhecido e admirado na opinião pública pelo seu contributo político para a democratização do País na sequência do 25 de Abril de 1974. É especialmente recordada pelos historiadores a sua determinante ação na defesa da liberdade sindical durante o período revolucionário em 1975, em que o Partido Comunista (“PC”) pretendeu impor a unicidade sindical. Para Salgado Zenha, esse projeto do PC constituía *“uma traição à liberdade sindical, uma traição à unidade dos trabalhadores, tal como ela é entendida pelos verdadeiros democratas e pelos verdadeiros socialistas.”*

Mas Francisco Salgado Zenha, para além da sua meritória ação política em defesa dos ideais democráticos, deve ser recordado como um dos mais prestigiados juristas que deixou obra publicada sobre o direito processual penal do regime do “Estado Novo”, por considerá-lo violador dos direitos fundamentais reconhecidos nas Constituições democráticas e na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Não foi fácil essa luta que Francisco Salgado Zenha levou a cabo na sua qualidade de advogado e pela qual sofreu perseguições de vária ordem, prisões e uma vida pessoal e familiar sob constante ameaça policial.

Por paradoxal que pareça, vivendo hoje os portugueses num regime democrático, onde as liberdades e os direitos fundamentais estão assegurados e onde a Constituição consagra os princípios do Estado de Direito, as obras publicadas de Francisco Salgado Zenha mantêm uma impressionante atualidade.

É certo que uma parte importante da luta de Francisco Salgado Zenha contra o direito penal e processual penal que antecedeu a instauração do regime democrático após o 25 de Abril de 1974, visou a perseguição dos chamados crimes políticos cuja investigação e julgamento cabiam a uma jurisdição especial, a PIDE e o Tribunal Plenário.

Mas a sua obra publicada é da maior importância para o conhecimento do modo como se comportou o sistema de justiça durante esse período e para se aferir até que ponto algumas das críticas de Francisco Salgado Zenha se aplicam a comportamentos que perduraram e perduram no atual contexto.

Entre os vários temas que Francisco Salgado Zenha tratou com especial foco, distinguiria três, dois deles mantiveram grande atualidade: (i) as medidas de segurança sem limite temporal; (ii) a instrução criminal; (iii) a influência da opinião pública na realização da Justiça.

Estes temas estão, aliás, interligados.

Desde logo, porque Francisco Salgado Zenha publicou as peças processuais em que tratou esses temas, reunindo-as em vários livros da sua autoria, com o claro objetivo de chamar a atenção da opinião pública para as injustiças que os tribunais estavam a cometer, em frontal desrespeito de direitos fundamentais dos acusados, em especial no Tribunal Plenário, único competente para julgar os “crimes” políticos”.¹

¹ Com o risco de não ser exaustivo, Francisco Salgado Zenha publicou as seguintes obras:

1964 – Um caso de Medida de Segurança Sem Crime;

1967 – Universidade, Processo de Uma Expulsão Disciplinar;

1968 – Notas Sobre a Instrução Criminal;

1969 – Quatro Causas;

1971 – Quem é Réu? (Caso da Herança Sommer);

1972 – A Prisão do Doutor Domingos Arouca (Apontamento / Porto, Coleção Bezerra D'Ouro, edição do Autor);

1972 – O Manuel dos Inquisidores (edições Afrodite);

1973 – Justiça de Classes ou Injustiça de Classe? Edição Renascença Gráfica).

2. Medidas de Segurança sem Limite Temporal

O tema das medidas de segurança sem limite de prazo foi tratado por Francisco Salgado Zenha em processos políticos, alguns deles objeto de publicação no livro *“Quatro Causas”*.

Numa das Causas, Francisco Salgado Zenha patrocinou um Colega, o Dr. Humberto Lopes, acusado de ser “filo-comunista”; foi absolvido do crime de que era acusado e o levou à prisão. Mas durante a prisão preventiva a que foi sujeito, os funcionários da Prisão de Caxias fizeram buscas nas celas e apreenderam uns papéis, com base nos quais o Ministério Público o acusou de prosseguir atividades comunistas dentro da prisão. O Tribunal Plenário condenou-o a uma pena de prisão de dois anos e meio, seguida de medidas de segurança de internamento por três anos, medida prorrogável por sucessivos períodos de três anos, enquanto se considerasse que o sentenciado revelasse perigosidade.

O Dr. Humberto Lopes cumpriu a pena e os três anos de segurança; após cinco anos e meio de prisão, a PIDE requereu a prorrogação da medida e internamento em prisão por mais três anos.

Francisco Salgado Zenha pugnou com todo o seu talento argumentativo contra a tese defendida pela PIDE, pelo Ministério Público e aceite pelo Supremo Tribunal de Justiça, de que a prorrogação do internamento poderia perpetuar-se sem limite, indefinidamente, por sucessivos períodos de três anos.

A leitura das peças publicadas é em si mesma elucidativa do absoluto desprezo, não apenas pela polícia política, mas pelo Ministério Público e pelos Juízes do nosso Supremo Tribunal de Justiça, de elementares princípios do direito penal, aliás formalmente consagrados na própria Constituição de 1933. A fundamentação do pedido de manutenção do regime de internamento do Dr. Humberto Lopes era assim articulada: *“Este recluso, segundo as informações recolhidas, continua a não oferecer sinais de regeneração, mantendo-se, pelo contrário, submisso e obediente às diretrizes impostas pela organização secreta e subversiva que se designa por “partido comunista português.”*” (pág. 56 da obra citada); o Agente do Ministério Público junto do 1º Juízo Criminal, Dr. Lopes de Melo, promoveu: *“Concordo com a proposta que antecede (da PIDE) no sentido de ser prorrogada a medida de segurança de internamento ao réu Dr. Humberto Pereira Dinis Lopes”* (pág. 77).

Em defesa do seu constituinte, Francisco Salgado Zenha, desmontou os pseudo-argumentos da PIDE, usando um tom nada agressivo, temperado por algum humor:

“Só por manifesto lapso na leitura dos autos de declarações do arguido de fls. 4 e segs. e de fls. 35 e segs. é que a entidade proponente pôde concluir que o arguido declarara estar «no firme propósito de delinquir», quando o que ele declarou repetidamente, quase à saciedade, foi o «estar no firme propósito de não delinquir».

Por vezes sem conta, em tais autos, duma forma ou doutra o arguido declarou sem ambages a sua determinação, bem firme, de evitar, no futuro, qualquer espécie de atividade ou compromisso de ordem política, atitude que proclama não só porque corresponde a madura reflexão pessoal como a instantes necessidades do agregado familiar que de si depende.

Por isso, não se pode compreender por que motivo a entidade proponente leu preto onde está branco.

Ou melhor, compreende-se.

É óbvio que o exercício continuado de um certo mister provoca normalmente uma certa deformação profissional, que na polícia toma habitualmente o cariz de converter o suspeito em culpado.” (pág. 79).

Recorreu à Encíclica Papal “Pacem in Terris”: *“Ninguém pode obrigar os outros no foro íntimo, visto que todos os homens são iguais em dignidade de natureza”* (pág. 85).

E citou *“os juristas de mais nomeada do nosso País, como o Prof. Palma Carlos e o Prof. Cavaleiro de Ferreira... este último não hesitou em defender a improrrogabilidade das medidas de segurança de carácter político, pois que:*

“uma duração maior do internamento seria utilizada como meio de eliminação, e não de efetiva ressocialização durante o seu decurso. (Direito Penal II, págs. 203 e 196)” (págs, 86 e 87, obra citada).

O Dr. Humberto Lopes teve o apoio de muitas testemunhas, advogados, magistrados, personalidades de relevo na sociedade e até de políticos

afetos ao regime. A defesa de Francisco Salgado Zenha foi de enorme qualidade e eficácia, que, desta vez, o magistrado do Ministério Público, que antes tinha concordado com a proposta da PIDE, no final opinou: “*Se o mesmo arguido mostra “capacidade e vontade de se adaptar à vida honesta” deve cessar a aludida medida de segurança.*” (pág. 119).

E o Tribunal acabou por decidir:

“Nada leva a admitir que o Dr. Humberto Lopes não cumpre as suas decididas promessas e traia a sua própria palavra e a confiança daqueles que também empenharam a sua palavra em sua defesa.

Pelo exposto, julgo improcedente o pedido de prorrogação da medida de segurança de internamento e, em sua substituição, concedo ao Dr. Humberto Lopes a liberdade, condicionada às seguintes obrigações:

- a) Abster-se de toda e qualquer actividade política proibida e de natureza subversiva.*
- b) Fixar sua residência na área da cidade de Santarém, podendo fazê-lo em outro lugar, porém de acordo com a P.I.D.E..*
- c) Dedicar-se ao exercício da sua profissão de Advogado, mormente na área do Círculo Judicial da sua residência, sem prejuízo de, acidentalmente, poder deslocar-se às comarcas que reclamem a sua presença no cumprimento da sua atividade forense.*
- d) Apresentar-se perante as autoridades, sempre que seja solicitada a sua presença.*

Lisboa, 17-7-1963

a) António de Almeida Moura” (pág. 125)

A terceira causa do livro trata de uma medida de segurança política de internamento sem crime.

Francisco Salgado Zenha sustentou a inconstitucionalidade de tal medida, designadamente quando o arguido contra quem foi decretada não tinha cometido qualquer crime:

“Claro que o Estado de direito pode ser concebido formalmente, como uma mera fachada carpinteirada em textos legislativos que se consideram isoladamente, ou como uma ordenação jurídica sistematizada em princípios básicos, que inspiram toda a estrutura normativa, a começar pelo seu topo hierárquico – a Constituição.

Se se entende que o Estado de direito português pertence à segunda categoria, então forçoso é reconhecer que as medidas de segurança «preventivas» a que se refere o artigo 124 da Constituição têm de ser entendidas compatibilizadamente com o direito à liberdade de pensamento e consciência alhures consignado (Constituição, arts. 4 e 8, n.º 4) e, portanto, referindo-se à perigosidade social exclusivamente, como de resto o mostra a parte final do dito art. 124, que alude à readaptação «social».

A perigosidade política nunca pode ser fundamento de medidas de segurança moralmente incolores, não afitivas, puramente reeducativas, como soi dizer-se que está na natureza do próprio conceito de medida de segurança.

A medida de segurança política para ser operante ou é eliminatória ou violenta a liberdade de consciência e pensamento.

Donde a sua inconstitucionalidade.

(Neste sentido: Nuvolone, Le Leggi e la Costituzione, pág. 138).

Quando ainda por cima a medida de segurança se aplica a inocentes de qualquer crime, culpados apenas de serem incómodos para a ideologia vigente, é manifesto o conteúdo inconstitucional de tal fórmula.

Chama-se-lhe medida de segurança ou o que se quiser.

Dentro de tal rótulo, encontraremos a realidade: uma pena de mera polícia de ideias e suspeições persecutórias.” (pág. 149).

É impressionante a leitura das peças dos magistrados do Ministério Público que argumentaram pela conformidade com a Constituição desta medida, em especial do magistrado do Ministério Público junto do Supremo Tribunal de Justiça. Dr. Maia Gonçalves:

“O problema de constitucionalidade das normas em apreço não é novo para este Supremo Tribunal. Além de muitas vezes ter sido implicitamente admitida a constitucionalidade, foi-o expressamente no

acórdão de 23 de Janeiro de 1957 (Boletim do Ministério da Justiça, nº 63, págs. 434 e segs.)

A constitucionalidade de tais normas é patente e sem rodeios, quando se tiver presente o comando fundamental do art. 124.º da Constituição: «Para prevenção e repressão dos crimes haverá penas e medidas de segurança que terão por fim a defesa da sociedade e tanto quanto possível a readaptação fundamental do delinquente».

A lei fundamental não exclui os crimes contra a segurança do Estado das medidas de segurança. E como estas se destinam à prevenção e repressão, para a sua aplicabilidade, como de todos os lados se ensina, não é necessário a prévia prática do crime, bastando a perigosidade criminal.”

A esta argumentação responde Salgado Zenha:

“Esta citação enferma duma infidelidade, manifestamente devida a lapso, mas de muita importância para uma correta apreciação dos dados-premissa do problema em debate.

O que se diz no art. 124 da Constituição é:

«Para prevenção e repressão dos crimes haverá penas e medidas de segurança, que terão por fim a defesa da sociedade e, tanto quanto possível, a readaptação social do delinquente».

Não conhecemos nenhuma das «legislações evoluídas mais representativas», referidas pelo Digno Agente do Ministério Público, onde se admitam ou pratiquem as medidas de segurança políticas de internamento carcerário, indefinidamente prorrogáveis. Lamentamos que as não tivesse especificado, para podermos acudir à nossa ignorância.” (pág. 166)

Mais impressionante, se possível, a decisão unânime do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça sobre este caso, que confirmou a decisão da 1ª Instância.

Vale a pena citar:

“Ora, o Dec.-Lei nº 40 550 integra-se, a todas as luzes, nos princípios alimentadores da natureza jurídica das medidas de segurança.

E desse modo, nada mais reflecte do que a fundamental essencialidade daquela representativa estrutura da Constituição Política.

E se reflecte, não há base jurídica para se lhe radicar, como pretende o recorrente, uma inaplicabilidade por inconformismo com tal lei fundamental.

...

Se o sistema jurídico que, doutrinal e efectivamente, preside à vivência das medidas de segurança, tem as bases que, em escorço, se apontaram, é manifesto que nem só a perigosidade resultante do crime praticado as legitima, define e concretiza.

Funda-as, mesmo, uma «post-criminalidade», e, ao que se viu, uma «pré-delinquência».

Dita-as uma respetiva diagnose; fortalece-as a necessidade de combate à delinquência em potencialidade; e impõe-nas a probabilidade de uma verdadeira e respetiva ameaça.» (págs. 180 e 181).

O Supremo Tribunal de Justiça considerou conformes à constituição medidas de segurança para cidadãos que, embora não tenham cometido qualquer crime, revelam suspeitas de “pré-delinquência”, tais medidas “*dita-as uma respetiva diagnose; fortalece-as a necessidade de combate à delinquência em potencialidade*”.

Em contraste com a jurisprudência dos tribunais sobre este tema, no livro Quatro Causas transcreve-se uma exposição subscrita por 76 advogados (entre eles Francisco Salgado Zenha), dirigida ao Bastonário da Ordem dos Advogados, defendendo a inconstitucionalidade de tais medidas de segurança políticas indefinidamente prorrogáveis. Constam desta exposição os excertos que se transcrevem:

“A Constituição Política Portuguesa consagra como um dos direitos liberdades e garantias individuais dos cidadãos portugueses, «a liberdade de expressão de pensamento sob qualquer forma» (art. 8º, nº 4).

Consagra, mais, a mesma Constituição Política, o princípio da inadmissibilidade de penas corporais perpétuas (art. 8º, nº 11).

E, hoje que Portugal ingressou na O.N.U., constituem também direito constitucional interno português, por força do estabelecido no art. 4º

da Constituição, as normas fixadas na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de Dezembro de 1948.

Segundo essa Declaração Universal, todo o indivíduo tem direito à liberdade de pensamento (art. 18º) e «todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e expressão, o que implica o direito de não ser perseguido pelas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração ou fronteiras, as informações e as ideias seja qual for a sua forma de expressão» (art. 19º).

...

Assim, a medida de segurança poderá vir a ser aplicada só em razão do pensamento político do cidadão, como acontecerá sempre que ele não tiver actuação política, sempre que ele não for acusado ou incriminado pela prática de um delito político.

A consagração legal deste princípio ofende, evidentemente, os direitos constitucionais atrás enunciados.

E mesmo quando a aplicação da medida de segurança resultar, ou for consequência, da condenação por delito político, só pode representar a aplicação de uma pena sobre outra pena, implicando esta segunda pena uma condenação por mero delito de pensamento, uma vez que a actuação política considerada punível, é punida pela pena prevista do Código Penal.

Assim, numa e noutra hipótese, viola-se o estatuido no art. 8º, nº 4, da Constituição e nos arts. 18º e 19º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que faz parte integrante da nossa Constituição, por força do disposto no art. 4º da Lei Fundamental.

É esta consagração legal, de princípios contrários à nossa própria Constituição, que fere profundamente a nossa qualidade de juristas.

Para mais, não esqueçemos que a delinquência política – à qual se pretendem aplicar medidas de segurança, que se podem traduzir afinal em intermináveis anos de prisão – é uma delinquência meramente artificial, e que só existe por haver discordância entre a orientação política de um Governo dominante e aqueles que se lhe opõem, ou dele discordam.

Por isso mesmo, nenhuma legislação da sociedade civilizada contemporânea prevê a aplicação de medidas de segurança de internamento aos delinquentes políticos.

...

Tudo o que seja passar para além das normas penais aplicáveis a uma concreta actuação política, devidamente tipicizada e penalmente delimitada, é admitir a punição inconstitucional e indiscriminada dos discordantes de um regime, pelo simples facto de o serem.

E tanto assim é que o nº 1º do art. 7º do Decreto recém publicado permite a aplicação de medidas de segurança aos que «exerçam actividades subversivas», ou «as possibilitem conscientemente», expressões cujo conteúdo se não alcança e que se traduzem, afinal em meros juízos policiais sobre o pensamento de cada um.

...

Mas o Decreto-Lei nº 40 550 vai muito mais longe, ao permitir a prorrogação, por novos períodos sucessivos de três anos, de uma medida de segurança inicialmente imposta, e cuja prorrogação fica apenas dependente de um simples juízo policial, – «o de continuarem a revelar-se perigosos» – verificado através de uma tramitação processual, onde o arguido não encontra as mais elementares garantias de defesa.

Tal prorrogação ad aeternum traduz-se afinal na aplicação de uma verdadeira pena perpétua – se o cidadão for coerente com as suas ideias políticas, como ensinam que o deve ser em todas as cartilhas cívicas do mundo. (...)

Pugnam, pois, os signatários para que das nossas leis desapareçam as disposições introduzidas pelos Decretos-Leis n.ºs 37 447 e 50 550, que sancionam entre nós as penas corporais perpétuas, embora rotuladas por um epíteto que não lhes altera nem a natureza, nem o carácter, e que são dirigidas, através de uma atipicização que pode dar lugar a todos os arbítrios, contra aqueles que discordam de um regime político, no uso de um direito que a Constituição lhes assegura.

Lisboa, 15 de Maio de 1956”

Entre os advogados que subscreveram este texto figuram reconhecidos opositores ao regime político então vigente, mas também advogados afetos ao regime.

A luta de Francisco Salgado Zenha contra esta medida tece a repercussão possível na advocacia.

Mas não nos tribunais. Comentando a jurisprudência dos tribunais, Salgado Zenha escreveu:

“Não nos parece que em nenhum aresto se tenha respondido sequer aos argumentos fundamentais contidos na representação supra, e aos demais alvures expendidos, em demonstração da inconstitucionalidade das aludidas medidas políticas de segurança.” (pág. 195).

3. A Instrução Criminal

O segundo tema em que Francisco Salgado Zenha se empenhou foi o da instrução criminal, que ele tratou exaustivamente na obra *“Notas Sobre a Instrução Criminal”* (Braga 1968, Livraria Petrony), de que é muito difícil encontrar algum exemplar, até porque a Censura o proibiu logo que foi publicado. Agradeço ao Dr. José Henrique Zenha ter-me facultado um exemplar, já que perdi o que tive, com dedicatória do autor.

Nesta obra, o seu autor procede a uma análise do regime da instrução criminal em termos de direito comparado e da evolução histórica do instituto no nosso país e das fontes e influências externas em que se inspirou.

Para Francisco Salgado Zenha, a fase da instrução condiciona toda a evolução do processo criminal, como se vê logo na primeira página da obra em que cita a proposta de lei do Governo italiano apresentada em 1965:

“Como unanimemente se reconhece, o ponto crucial do processo penal é constituído pela fase instrutória, de cuja disciplina depende na quase totalidade o andamento de todo o processo”.

A sua análise iniciou-se com o regime anterior ao liberalismo, comum a toda a Europa Continental, em que a tortura judiciária era não só

permitida, como estava regulamentada, sendo que “a rainha de todas as provas era a confissão”. (pág. 6)².

De seguida, o autor procede a uma análise crítica entre o processo penal inglês e o processo penal napoleónico, este influenciado pelo iluminismo.

O processo penal inglês suscitava a admiração de Salgado Zenha. Neste,

“a prisão do arguido não podia ser utilizada para, através dela, se arrancarem declarações contra ele; daí, precisamente, o facto de a tortura mais do que não consentida, ser desnecessária. A instrução, quer a pré-acusatória quer a do julgamento, realizava-se sempre oralmente e, em público, no próprio tribunal.

O juiz nunca intervinha na recolha ou na apresentação das provas em tribunal: isso era missão exclusiva dos acusadores. À semelhança do processo cível, no processo penal havia duas partes, duas pessoas em litígio, que como tal eram tratadas. O juiz limitava-se a arbitrar e a julgar.

Nos crimes mais graves, quer a missão de aceitar ou rejeitar a acusação feita contra o arguido pelos seus acusadores, quer a deliberação final em matéria de facto no julgamento, incumbiam a dois júris, sob a presidência do juiz.

...

O processo penal inglês era, portanto, todo ele, em qualquer das suas fases, dotado de uma instrução contraditória, oral e pública.

...

O processo penal inglês teve uma importância extraordinária no forjar das instituições da nova época do liberalismo. Em França fizeram-se várias tentativas para o adoptar, adaptando-o, até que, na época napoleónica, se aportou uma solução de compromisso entre a tradição inquisitória e o modelo inglês: o chamado processo penal misto ou o processo francês.

Dividiu-se o processo penal em duas fases: a da instrução preparatória ou da acusação, e a da instrução definitiva ou do julgamento.

...

Para garantir ainda mais a independência do juiz de instrução, este limitava-se a instruir.

² Todas as transcrições a partir desta página e até à página 24 são da obra “Notas sobre a Instrução Criminal”.

...

A decisão da matéria de facto competia a um júri. O julgamento processava-se sob a égide de um tribunal togado, do qual, em nenhuma circunstância, podia participar o juiz instrutor.”

A propósito da evolução do direito penal francês, Salgado Zenha reafirmou a sua ideia de que

“a instrução criminal é a pedra de toque da justiça.

E tanto assim que o velho código de 1808 de Napoleão se chamava da “Instrução criminal”, reconhecendo-se deste modo até no frontispício do diploma que a notas tónica da justiça é a sua instrução. Pela instrução preparatória escrita, garantia-se ao réu uma acusação justa; pela instrução definitiva, oral, garantia-se-lhe uma sentença justa”. (pág. 12).

Para Salgado Zenha, toda a instrução devia ser dirigida por um juiz; quer as polícias, quer o Ministério Público – enquanto representante do Estado – não têm a isenção nem a independência necessária a um processo leal. E tece críticas contundentes a qualquer “*investigação prévia*”, pré-processual, a cargo das polícias, atribuindo-lhes a tentação de utilizarem o “*velho método inquisitório, vivo e “esperto”, para arrancar confissão ao suspeito.*” (pág. 14)

Ainda a propósito do sistema francês, que teve influência significativa no modelo de instrução português, Salgado Zenha escrevera:

“Uma experiência de 150 anos mostrou que, na fase policial...as violências físicas e os interrogatórios exaustivos verificaram-se, com maior ou menor frequência, segundo as épocas e a natureza dos crimes ou até a qualidade e a classe social dos próprios suspeitos.

...

A polícia, por um lado, percebe da sua arte e esforça-se por «trabalhar» sem que daí resultem vestígios aparentes. O magistrado, dado que ainda se não descobriu um sistema de lhe assegurar total independência, nunca mostrou particular empenho em reprimir estes excessos de zelo dos funcionários policiais, embora incriminados expressamente nos

códigos penais. (...) Havia como que um acordo tácito entre a polícia e o magistrado. (pág. 16).

No que toca à evolução histórica do direito português respeitante à instrução, o autor mostra os avanços e os recuos a partir da monarquia Constitucional, com a Reforma Judiciária de 1832 até à legislação de 1945 (Decreto-Lei nº 35.007, de 13 de outubro).

Salgado Zenha mostra como o direito processual penal é o reflexo dos regimes políticos que o legislam: regimes autoritários adotam sistemas em que a instrução é confiada a polícias ou agentes do Ministério Público dependentes do poder político e o processo é inquisitório, com amplos e discricionários poderes dos instrutores e frágeis direitos dos perseguidos; regimes democráticos e liberais, procuram encontrar sistemas de compromisso, com equilíbrio entre os poderes do Estado e os direitos de defesa, que asseguram um processo leal.

Para Salgado Zenha, merecem elogios as reformas de 1832 de Mouzinho da Silveira, a Nova Reforma Judiciária de 1837 e a Novíssima Reforma Judiciária de 1841.

“Este diploma continuando na esteira dos anteriores, e cuja importância é fundamental, pois esteve em vigor até ao actual Código de Processo Penal de 1929, embora modificado sucessivamente por inúmera legislação, adoptou o processo penal misto francês: instrução pré-acusatória, a cargo dum juiz, inquisitória, secreta e escrita, coroada por um julgamento contraditório, público e oral, em que a decisão da matéria de facto pertencia ao júri.

O juiz de instrução não foi transplantado para a nossa legislação. (...) Quem instruía eram os juízes, pura e simplesmente, e não lhes era proibido participar no julgamento das causas por ele próprios instruídas. Mas como o júri era chamado a decidir a matéria de facto, com maior largueza aliás do que no direito francês, entendeu-se que isso era suficiente para libertar o julgamento final do handicap da instrução escrita.”(págs. 20 e 21).

Este regime veio a ser subvertido ao longo do tempo, como explica Salgado Zenha nesta obra:

“a instrução pré-acusatória era considerada como obrigatória em todos os processos³, fosse qual fosse a sua gravidade. Ou se tratasse do processo com júri, ou do de polícia correccional, ou do intermediário, mais tarde criado, entendia-se que tinha de haver sempre uma instrução preparatória – ou «corpo de delito», como se dizia então –, a qual, como o impunha a lei, tinha de se realizar sob a égide do juiz. E se houvesse réus presos, a instrução preparatória tinha de estar concluída em 8 dias. Senão o juiz tinha de soltar o preso, o que ainda mais lhe vinha dificultar a conclusão das suas diligências instrutórias.

Claro que para atenuar os inconvenientes desta situação, incomportável para o juiz, começou a surgir um rosário de disposições «excepcionais» ou «especiais», por cuja via se dispensava numa série de casos, ampliada de dia para dia, qualquer instrução judicial anterior à feita no julgamento, dizendo-se que as averiguações policiais ou administrativas, em que se fundava a queixa tinham «força de corpo de delito». Isto é, tinham o mesmo valor que a instrução preparatória judicial, que eram «acreditadas em juízo até prova em contrário»!⁴

...

Criou-se, assim, o ambiente favorável para se ir policializando, a pouco e pouco, a instrução criminal. (...) Daí que se fossem reforçando cada vez mais os poderes e aparecendo os juizes cada vez menos na instrução criminal, sobretudo naquelas áreas em que ao Poder mais convinha. ...

A primeira vez que isso aconteceu foi na Ditadura de Hintze Ribeiro-João Franco, com a polícia por este último inventada e disfarçada sob o título de Juízo da Instrução Criminal.

...

A obra da República em 1910, no domínio do processo penal constituiu fundamentalmente em despolicializar a instrução criminal

³ Não nos referimos às contravenções nem ao flagrante delito.

⁴ Fernando Emygdio da Silva, Instrução Criminal, 243e s.; Assis de Magalhães, Manual do processo penal, 2ª ed., pág. 98 e s.

e em dignificá-la, tornando-a contraditória segundo o esquema da Lei Constans, ao mesmo tempo que consolidava a instituição do júri que, sobretudo nos processos políticos, começara a eclipsar-se.

...

Ao analisar as reformas introduzidas pelo regime do chamado Estado Novo, entre 1926 e 1974, Salgado Zenha divide-as em dois tempos: de 1926 a 1945, com o Código de Processo Penal de 1929, e de 1945 até ao final do regime, com as reformas de 1945. Salgado Zenha denunciou a perversidade do regime, ao instruir dois sistemas penais: um para os crimes comuns, outro para os crimes políticos. Para os primeiros, a instrução criminal foi atribuída à Polícia de Investigação Criminal (P.I.C), para os segundos, a instrução competia à polícia política (esta polícia teve vários nomes ao longo do tempo).

Citamos Salgado Zenha:

“Nesta primeira fase, de 1926 a 1945, acabou-se com o júri. O julgamento da matéria de facto e de direito passou a pertencer, sempre nos delitos comuns, aos juízes, e nos delitos políticos a um Tribunal Militar Especial.

Nos delitos comuns isso significava a abolição definitiva da tradicional separação entre a fase instrutória, no caso de esta ser judicial, e o julgamento, por este incumbir agora a um tribunal colectivo de 3 juízes⁵, dos quais podia fazer parte, e muitas vezes fazia, o próprio juiz instrutor.

Nos delitos políticos, o julgamento pertencia a um característico tribunal de excepção, de cunho militar, designado directamente pelo Poder, a exemplo do que estava em voga nos regimes autoritários da época, como a Itália de Mussolini.

Quanto à instrução pré-acusatória – a que mais nos interessa agora – havia um regime regra, o do C.P.Penal de 1929, que revogou e veio substituir a N.R.J., e dois regimes de excepção: o da polícia política e o da P.I.C.

⁵ “Se à infracção não correspondia pena maior, era só um juiz que julgava.”

Os juizes de investigação criminal, ou seja, o correspondente republicano dos juizes franceses de instrução, foram extintos⁶.” (pág. 45).

É igualmente muito crítico relativamente às reformas introduzidas em 1945, que atribuíram ao Ministério Público e à Polícia Judiciária a instrução criminal.

Pelos Decretos-Leis n.ºs 35.007 de 13.10.1945 e 35.042, de 20.10.1945, a instrução preparatória passou para a competência do Ministério Público e da Polícia Judiciária.

Sendo da competência exclusiva da Polícia Judiciária a instrução preparatória em Lisboa, Porto e Coimbra e ainda, por decisão da Procuradoria Geral da República, em todo o território, quanto a um conjunto alargado de crimes graves.

Para Salgado Zenha,

“... desde sempre, os nossos juristas têm repudiado a perniciosa doutrina da perseguição desembaraçada de peias, a cargo dum Ministério Público que persegue, acusa e instrui, reafirmando o seu aplauso ao sistema francês: o juiz e só o juiz instrui: o Ministério Público, esse com o auxílio das polícias, persegue e acusa – é parte, não é juiz, nem pode ser juiz de instrução.” (pág. 56)

Salgado Zenha identifica a atribuição ao Ministério Público e às polícias da competência instrutória com os regimes autoritários:

“... durante o período de entre duas grandes guerras (1918-1939), o princípio da instrução a cargo dum juiz independente e imparcial incomodava visivelmente os regimes autoritários que pululavam pela Europa. O Poder era sequioso de ter a repressão penal bem debaixo das suas mãos. Um juiz imparcial a instruir, possivelmente em sentido contrário aos desígnios do Poder, era um estorvo intolerável.

⁶ “Foi essa, mesmo, a primeira «reforma» da Ditadura Nacional em processo penal – decreto 11.991 de 30-7-1926. Por este decreto foram abolidos os juizes de investigação criminal e criaram-se em sua substituição «juizes criminais» em Lisboa e no Porto para instrução e julgamento de todos os crimes dentro da sua esfera de competência.”...

...

A Alemanha do III Reich (...) entregou ao Ministério Público a instrução dos processos-crime.

...

A doutrina alemã da época – há doutrinas para tudo... –, fartou-se de fazer o elogio deste novo sistema da «Alemanha Nova», a qual audazmente rompera com a tradição anterior do direito processual alemão, inspirada também no caduco modelo francês.

Com o desmoronamento do III Reich, voltou-se na Alemanha Federal, precisamente em 1945, aos princípios antigos do controle judiciário da instrução e da prisão preventiva, consagrados agora numa reforma recente (de 19-12-1964), na elaboração da qual os congressos de advogados desempenharam um importante papel.⁷

A ironia do destino quis que, exactamente na altura em que o figurino do III Reich foi banido da Alemanha, ao terminar a década mais negra da sua história, houvesse um país, para onde ele pudesse emigrar.

Este país foi o nosso.” (págs. 57 e 58).

Citando Eduardo Correia:

“É evidente, (...) que as funções instrutórias são «substancialmente judiciais».

Por isso, toda a instrução, dado que é substancialmente judicial, tem de ser confiada aos únicos órgãos autorizados pela Constituição a exercerem funções substancialmente judiciais – os tribunais (art. 116º).” (pág. 62).

Embora Salgado Zenha se tenha destacado nas críticas ao regime da instrução criminal, importa reconhecer que tais críticas foram sendo partilhadas por outros juristas influentes, abrangendo personalidades afetas ao regime, incluindo o próprio autor das reformas de 1945, o Prof. Manuel Cavaleiro

⁷ “Vide V. Barroso, «II processo penal tedesco dopo la riforma del 19 dicembre 1964», in Rivista italiana di diritto e procedura penale, ano 1965, a pág 48, 360 e 847.”

de Ferreira. A partir do Marcelismo, com alguma abertura política, ainda que tímida, tais críticas tornaram-se mais ousadas:

“Os anos de 1970 e 1971 haviam conhecido um intenso debate sobre toda a problemática do direito processual penal, focado agora no ângulo dos direitos de defesa e na crítica às restrições emergentes do sistema anterior.” (ob. citada, pág. 31).

Neste debate tiveram influência significativa os deputados da chamada ala liberal, com destaque para Francisco Sá Carneiro, que defendeu a intervenção de juízos na *“instrução de todos e quaisquer processos criminais, exercendo durante ela as funções jurisdicionais”*.

Para o que agora nos interessa, esta reforma de 1972 criou os Juízos de Instrução Criminal (Lei 2/72 de 10 de maio) e levou imediatamente à sua constituição em Lisboa, Porto e Coimbra, confiando-lhes, além da direção da instrução contraditória, *“a validação e manutenção de capturas, a decisão da liberdade provisória e aplicação provisória de medidas de segurança”*, entre outras.

Na sequência desta abertura ao reconhecimento dos direitos de defesa, em 1972 foi publicado o Dec.-Lei nº 185/72 de 31 de Maio, com base num projeto do Prof. Manuel Cavaleiro de Ferreira, foram introduzidas reformas significativas no processo penal de reforço dos direitos de defesa, com especial enfoque na regulamentação da prisão preventiva, que *“só devia ser decretada quando se mostrasse insuficiente a liberdade chamada provisória, não podendo esta – enquanto medida cautelar – ser gizada como sucedâneo daquela”*.⁸

Comentando estas reformas, José António Barreiros considera que *“os princípios da reforma de 1972 traduzem (...) a ideia do regresso à judicialização, o que o Supremo Tribunal de Justiça viria a captar, quando sentenciou que em função destes novos postulados político jurídicos – o sistema do controlo judicial da acusação, consubstanciado no artigo 351º do CPP de 1929 havia sido reposto em vigor.”* (Acórdão do STJ de 30.05.79, Boletim do Ministério da Justiça nº 287, págs. 180 e segs.).

⁸ José António Barreiros sistema e Estrutura do Processo Penal, I, 1997, págs. 31 a 36.

Salgado Zenha tinha uma profunda desconfiança sobre uma investigação não judicializada, confiada ao Ministério Público e às Polícias.

É certo que essa desconfiança se baseava em parte na estrutura hierárquica do Ministério Público e na sua dependência do Governo, agravada por se tratar de um governo não democrático.

Mas essa desconfiança assentava ainda na ideia de que, fosse qual fosse o estatuto do Ministério Público, sempre se tratava de uma parte, a quem compete a acusação, o que, por si só, lhe confere uma visão acusatória, tendo como contraparte o suspeito, objeto da investigação. Donde, a necessidade de a Instrução dever ser reservada ao juiz, pela posição de imparcialidade que deve ter, para que essa importante fase processual se realize de forma isenta e imparcial, perante as partes em confronto, -- acusação e defesa.

A verdade é que as reformas que se seguiram à instauração do regime democrático em que vivemos, na minha opinião, estiveram e estão longe do regime ideal defendido por Salgado Zenha, no que toca ao tema da instrução criminal.

Logo a seguir ao 25 de Abril, em 27 de dezembro de 1974 foi publicado o Dec.-Lei nº 744/74, que reforçou os poderes das polícias relativamente à prisão preventiva.

E, em 3 de Novembro de 1975, o Governo Provisório introduziu alterações ao processo penal, através do Dec.-Lei 605/75, de 3 de Novembro, lembrando, no seu preâmbulo, que “*o Programa do Movimento das Forças Armadas determina, nas medidas a curto prazo, a dignificação do processo penal em todas as suas fases*”. Nessa primeira reforma, considerou o governo de Vasco Gonçalves como prioritária “*a simplificação e celeridade do processo penal*”. E neste sentido, começou por “*dispensar a instrução – quer a preparatória, quer a contraditória – nos processos por crimes a julgar em processo correccional.*”

E instituiu-se como fase inicial do processo o “*Inquérito Policial*”, a realizar pelas polícias, relativamente aos crimes puníveis com pena correccional.

Quanto aos crimes puníveis com pena maior, manteve-se uma dupla fase instrutória, a primeira, designada instrução preparatória da competência do Ministério Público e das polícias, sob a direção do Ministério Público e uma segunda fase, designada instrução contraditória, sob a direção do juiz de instrução. A instrução contraditória era obrigatória para os crimes com pena superior a dois anos.

A constituição de 1976. Na versão inicial do artigo 32º, sob a epígrafe “*Garantias do Processo Criminal*”, no que respeita à competência para a instrução, tinha a seguinte redação:

“nº 4 Toda a instrução será da competência de um juiz, indicando a lei os casos em que ela deve assumir forma contraditória.”

Mas este preceito constitucional viria logo a ser objeto de uma “*adaptação*” em 1981, através de uma alteração ao artigo 159º do Código de Processo Penal: “*Sem prejuízo do disposto no corpo do artigo, sempre que o juiz se encontrar impossibilitado de proceder pessoalmente a todos os actos de instrução, poderá requisitar a sua realização à Polícia Judiciária, com excepção do interrogatório do arguido, especificando os actos a realizar.*” (Lei 25/81).

E, no ano seguinte, na revisão da Constituição (Lei nº 1/82, de 30 de setembro), aquele preceito passou a permitir que o juiz possa “*delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendem directamente com os direitos fundamentais*”.

Em 1987 foi aprovado o novo Código de Processo Penal, pelo Dec.-Lei nº 78/87, de 17 de fevereiro.

No que toca à matéria que vimos tratando, o Inquérito que, em termos simplificados corresponde à anterior instrução preparatória, passou a ser da competência do Ministério Público e dos órgãos de polícia criminal, sendo a Instrução (anteriormente designada Instrução Contraditória), a ser facultativa, a requerimento do arguido ou do assistente; este, no caso de o Ministério Público tiver concluído o Inquérito pelo arquivamento.

Durante o Inquérito, a intervenção de juiz está limitada a alguns atos, designadamente, deve presidir ao interrogatório de arguido detido, decidir a aplicação de medidas de coação ou de garantia patrimonial contra o arguido e dependem da sua autorização diligências de prova mais gravosas (arts. 268º e 269º).

Por seu turno, o Ministério Público pode delegar nos órgãos de polícia criminal a realização da maioria dos meios de prova (art. 270º).

Durante o Inquérito, a intervenção do arguido ou do seu advogado está muito limitada, designadamente quando o mesmo se realiza no regime do segredo de justiça.

Deduzida acusação pelo Ministério Público, é facultado ao arguido e ao assistente, neste caso relativamente a factos pelos quais o Ministério Público não tiver deduzido acusação, requerer instrução, agora sim presidida pelo juiz de instrução, assistido pelo órgão de polícia criminal (arts. 286 e segs.).

A instrução é formada pelo conjunto dos atos de instrução que o juiz entenda dever levar a cabo, e obrigatoriamente por um debate instrutório, oral e contraditório, no qual podem participar o Ministério Público, o arguido, o defensor, o assistente e o seu advogado (art. 289º).

A evolução do regime de instrução criminal (usamos aqui a expressão em sentido amplo, abrangendo o Inquérito dirigido pelo Ministério Público e a instrução facultativa presidida pelo juiz de instrução) durante o período democrático desde a entrada em vigor da Constituição da República Portuguesa, afastou-se da ideia por que se bateu Francisco Salgado Zenha. Vale a pena recordar aqui o que ele escreveu a propósito do processo penal vigente durante a ditadura do Estado Novo:

“A rejudicialização do processo penal, desde os pés à cabeça, desde o início ao topo, convertendo-o num verdadeiro processo judiciário, e não numa pura emanção policial tocada apenas por um julgamento judiciário no seu final, é uma condição sine qua non para que haja uma verdadeira justiça criminal, e não uma fachada de justiça criminal.

Com a policialização ou administrativização da instrução não é só a justiça da decisão final que fica, assim, irremediavelmente comprometida, é também a própria liberdade pessoal, no seu mais amplo sentido, que fica desprovida de qualquer garantia jurídica.” (págs. 93 e 94).

Na verdade, o Inquérito, ou seja, a totalidade da investigação e recolha das provas que precede a acusação está hoje confiada exclusivamente ao Ministério Público e às polícias.

Como escreveu o Conselheiro Luis Noronha nascimento (ex-presidente do Supremo Tribunal de Justiça),

“Uma visão sobre o enquadramento do Mº Pº na estrutura do Sistema Judicial Português leva-nos a concluir (e diremos que as opiniões emitidas são estritamente pessoais) que não houve, afinal, uma alteração

tão grande quanto se pensa, entre o que hoje temos e o que tínhamos antes do 25 de Abril, ao tempo em que a função nuclear do M^o P^o era regida pelo Decreto n^o 35.007.

...

Depois de uma ditadura de quase cinquenta anos, a tendência natural dos novos quadros políticos democráticos é a de penderem em sentido antiético, judicializando o mais possível a investigação criminal de forma a impor o hábito jurídico e social de garantia dos direitos de cidadania.

E é isso, verdadeiramente, o que se expressa na Constituição de 1976 que, em termos investigatórios e num dos capítulos mais sensíveis dos direitos dos cidadãos (que o regime anterior havia secundarizado), fala apenas em instrução criminal – sem mais – entregue a um juiz (art. 32).

Não há, no quadro constitucional, qualquer referência a inquérito criminal, pré-inquérito, inquérito policial ou outra designação aparentada: o que os constituintes quiseram, sim, foi a instrução feita e dirigida por um juiz à semelhança, afinal, dos modelos francês e espanhol. E, na verdade, esse tem sido um equívoco intencionalmente mantido ao longo destas décadas e que Robin de Andrade – num estudo feito há anos no âmbito da Ordem dos Advogados – já havia desmontado.

Porque as ilações são evidentes: se, fora dos quadros constitucionais, o inquérito é admissível (como o processo de 87 o consagrou) também o será um pré-inquérito controlado por qualquer polícia de investigação, e assim indefinidamente por aí fora, numa sequência contínua e perigosa.

A Constituição de 76 fixou quadros na esfera investigatória que as posteriores revisões nunca alteraram: simplesmente o condicionalismo fático da época nunca permitiu que a lei ordinária desse cumprimento integral ao comando constitucional a par de uma manifesta falta de vontade de quem tinha o dever de avançar por aí.

E esse foi o pecado original que levou ao desvirtuamento da vontade dos constituintes originários.

...

Um sistema assim, alargado à escala do país, foi o princípio da desvalorização da instrução, da descaracterização do juiz de instrução e da degradação de um modelo constitucional que, afinal, o poder político nem levou a sério nem dignificou.

O período que decorre entre 1976 e 1987 é, intencionalmente, o lento estertor daquilo que os pais fundadores da segunda República quiseram, mas que nunca se fez: ninguém institucionalizou tribunais de instrução com juízes próprios, a tempo inteiro, experiência profissional longa e com meios autónomos de investigação, de tal modo que, anos depois, foi fácil mudar de paradigma investigatório porque o terreno estava preparado para o regresso ao passado.

...

Curiosamente, o novo paradigma investigatório de 1987 trouxe ao M^o P^o poderes reforçados por falta de controlo judicial que o Decreto n.º 35.007 de 1945 não permitia. Em 1945, provavelmente por desejo de legitimação de um regime político que dela sentia necessidade, a válvula de segurança da instrução preparatória (o actual inquérito) era dicotómica: se o M^o P^o acusava, o processo-crime passava para as mãos do juiz e esse facto, com o contraditório a ele associado, garantia a igualdade processual das partes (...)” (Conferência sobre investigação e ação penal, 13 de abril 2011).

E, na minha opinião, os poderes de que gozam o Ministério Público e as polícias, suscetíveis de comprimir e afetar os direitos fundamentais, foram crescendo, pela panóplia de instrumentos tecnológicos ao seu dispor, escutas, intromissão do correio eletrónico, identificação das localizações das pessoas através dos dados e vestígios que permanecem no tempo, e outros.

Direitos constitucionalmente consagrados, como os direitos ao bom nome e reputação, à imagem, à reserva da intimidade da vida privada e familiar, (art. 26.º da Constituição da República Portuguesa (“CRP”)), à presunção de inocência, a um julgamento em curto prazo compatível com as garantias de defesa (art. 32.º da CRP), à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (art. 34.º da CRP), encontram-se, na prática, fortemente restringidos pela atuação das polícias e do Ministério Público, sem uma adequada tutela jurisdicional.

Penso mesmo que os direitos de defesa têm vindo a diminuir desde o antigo regime. Quer nos últimos anos do regime anterior, quer até aos finais dos anos 80, a investigação criminal de relevo estava confiada à Polícia Judiciária.

Concluída a investigação, a Polícia Judiciária, se considerava existir prova suficiente para acusar, passava o processo para o Ministério Público. O Ministério Público era então uma magistratura que avaliava, numa perspetiva autónoma e crítica, as provas recolhidas pela polícia e, com liberdade, podia acusar, ou arquivar, ou remeter novamente o processo à Polícia Judiciária, para realizar novas diligências de prova.

Neste sistema, havia desde logo um escrutínio independente na avaliação do trabalho realizado pelas polícias.

Por motivos que considero perversos, o Ministério Público foi-se substituindo à Polícia Judiciária na investigação; em 1988 foram criados Departamentos de Investigação e Ação Penal (“DIAP”), aliás sem cobertura legal, que passaram a proceder diretamente às investigações criminais mais relevantes, subalternizando a Polícia Judiciária. DIAPs que tiveram um crescimento exponencial: o DIAP de Lisboa, em 1988, contava com 19 magistrados; em 1989, 28; em 1990, 33; em 1993, 54; em 1994, 67.

Hoje existem quatro DIAPs distritais (Lisboa, Porto, Coimbra e Évora) e DIAPs nas comarcas com algum relevo. Só dez anos após a criação do DIAP, é que a Lei os consagrou (Lei 60/98, de 27 de Agosto), diploma que criou também o DCIAP (Departamento Central de Investigação e Ação Penal) que passou a investigar diretamente a criminalidade mais relevante e para onde passaram a tramitar os inquéritos mais mediáticos. O número de magistrados do Ministério Público por 100.000 habitantes era de 2,2 em 1960, 5 em 1974, 7,1 em 1989, 16,85 atualmente.

Enquanto o número de magistrados do Ministério Público, entre 1989 e 2023 cresceu 90%, o número de inquéritos cresceu menos de metade (44%)⁹.

Ou seja, o Ministério Público foi progressivamente assumindo a investigação dos principais casos. Deixou de ser substantivamente uma magistratura para se transformar numa polícia. A Polícia Judiciária foi subalternizada, perdendo autonomia. Inclusive, perdeu efetivos, em 1999 tinha 10,3 membros por 100.000 habitantes, hoje tem 8,9¹⁰.

É esta também a opinião do Conselheiro Noronha Nascimento:

⁹ Fonte: Pordata.

¹⁰ Dados da Pordata.

“Uma investigação criminal levada a cabo pelo M^o P^o pode desenhar-se segundo dois subsistemas diferentes: ou o M^o P^o controla a polícia que faz a verdadeira investigação porque é ela que tem meios técnicos idóneos para tanto; ou o M^o P^o faz, ele próprio, a verdadeira investigação com a polícia sob a sua alçada, orientação, direcção e execução directas.

...

No segundo caso, temos um subsistema em que o M^o P^o deixa de ser verdadeiramente uma magistratura para passar a ser um corpo policial de investigação com agentes às suas ordens: o que nos remete para perplexidades maiores porque, neste caso, este modelo aproxima-se perigosamente do modelo saxónico de investigação criminal principalmente quando o inquérito está sujeito ao segredo de justiça.” (<https://www.stj.pt/?p=5264>)

A par deste crescimento em poder e influência do Ministério Público, em especial do DCIAP, verificou-se o apagamento do juiz de instrução enquanto guardião dos direitos de defesa, de garantia de que a investigação cumpria a legalidade e o respeito pelos direitos dos suspeitos e arguidos. Durante anos, o Tribunal Central de Instrução Criminal, único competente para exercer a função que compete aos juízes de instrução nos inquéritos do DCIAP, teve apenas um juiz, o que suscitou críticas severas dos advogados e punha em causa o princípio do juiz natural. Esta situação foi recentemente alterada.

Sobre o Tribunal Central de Instrução Criminal (“TCIC”) (o chamado Ticão), o Conselheiro Noronha Nascimento considerou-o

“uma excrescência, principalmente quando integrado por um magistrado judicial monocrático; porque o juiz das liberdades só faz sentido se encabeçado em cada sede de distrito judicial de 1^a Instância e se desempenhado por um juiz-desembargador ou por um colectivo de desembargadores ...” (doc. citado).

Simultaneamente com esta mudança de paradigma do Ministério Público, foram-se retirando outros direitos de defesa.

No regime autoritário a lei previa obrigatoriamente uma instrução contraditória dirigida pelo juiz de instrução para os crimes cuja moldura penal era superior a dois anos de prisão.

Da decisão de pronúncia, o arguido tinha direito de recurso para o Tribunal da Relação.

Estas garantias de defesa foram-se retirando, deixou de haver instrução contraditória obrigatória e a instrução facultativa a requerimento do arguido passou a ser reduzida ao que o juiz de instrução considerar pertinente e pode não passar de um debate oral. Na prática, a generalidade dos advogados considera que esta instrução não permite uma defesa em igualdade de armas com a acusação, que faculte ao acusado meios de provar que não deve ser submetido a julgamento.

E, finda a instrução, deixou de haver recurso da decisão de pronúncia, enquanto o Ministério Público pode recorrer da decisão de não pronúncia do arguido.

A instrução de carácter contraditório com exíguos direitos de defesa, contrasta com o Inquérito policial que pode prolongar-se indefinidamente e organizar processos de dimensão desmedida, o que torna a instrução um exercício meramente simbólico.

É certo que a lei fixa prazos para o Inquérito (art. 276º do Código de Processo Penal).

Mas a jurisprudência considera que tais prazos não são efetivamente prazos, pois têm carácter indicativo. Por isso, na realidade, os Inquéritos podem durar até à prescrição do crime. Tem sido frequente, em casos mais mediáticos, os Inquéritos terem duração que chega aos dez anos ou mais.

A agravar a situação dos direitos de defesa, o regime do segredo de justiça e a sua frequente violação deixou o princípio da presunção de inocência e o direito a um julgamento equitativo muito debilitados. Tratando-se de casos mediáticos, ou seja, em que as pessoas objeto de investigação criminal têm notoriedade, a divulgação cirúrgica de partes da investigação a que a defesa não tem acesso criam na opinião pública uma forte e por vezes inabalável presunção de culpabilidade dos visados.

Essas pessoas passaram a ser julgadas e condenadas na opinião pública, antes de terem qualquer oportunidade de se defenderem. A pressão da opinião

pública tornou-se uma arma poderosa na mão dos acusadores que tem uma forte influência sobre o desfecho final dos processos.

3. Justiça e Opinião Pública

Esta foi outra das lições de Francisco Salgado Zenha, – a influência da opinião pública nas decisões dos tribunais. O que o levou a publicar as defesas que apresentou em vários casos em que interveio como advogado, com especial realce na defesa do empresário António Champalimaud, que elevou Salgado Zenha a uma posição cimeira na advocacia.

Sobre o tema, publicou dois livros “*Quem é Réu?*” e “*Justiça de Classe ou Injustiça de Classe?*”, que tiveram uma forte influência na mudança da opinião pública acerca do caso. Antes da sua intervenção no julgamento, a opinião pública tinha condenado o acusado, após a sua intervenção pública, a opinião mudou a favor do empresário e essa mudança teve um efeito decisivo na decisão absolutória.

Só que as coisas se agravaram desde então.

A influência da opinião pública nas decisões judiciais não é um fenómeno recente, longe disso. A diferença é de escala. As últimas décadas conheceram uma brutal aceleração dos media tradicionais, com o advento dos mass media, em especial a televisão. Hoje, em Portugal, concorrem no espaço televisivo quatro grupos, com vários canais, em que os temas criminais constituem uma fatia muito relevante.

Alguns criaram cumplicidades evidentes com setores da polícia e do Ministério Público que lhes fornecem material em segredo de justiça, conteúdos que suportam horas de programação.

Durante a fase do segredo, passam para a opinião pública devassas processuais, com ou sem relevância jurídica, que criam e fomentam convicções na opinião pública sobre os casos e os seus protagonistas. Na sua esmagadora maioria o material fornecido aponta para a condenação das pessoas visadas, os julgamentos são feitos nas televisões, antes de os arguidos terem oportunidade de se defenderem.

Para não falar das redes sociais por onde passa todo o tipo de material informativo e opinativo, sem qualquer mediação nem escrutínio.

Em contraste com a realidade, o segredo de justiça tem lugar na nossa Constituição (art. 20º nº 3), sob a epígrafe “*Acesso ao direito e tutela jurisdiccional efectiva*” e a sua violação constitui crime (art. 371º do Código Penal).

Na verdade, existe uma espécie de esquizofrenia no processo criminal: na lei, desde logo na Constituição, os direitos de defesa estão consagrados. Na prática, é o que vemos diariamente. Tal como Francisco Salgado Zenha apontava ao antigo regime; a Constituição de 1933 também prescrevia todos os direitos:

“Artigo 8º

Constituem direitos e garantias individuais dos cidadãos portugueses:

...

4.º A liberdade de expressão do pensamento sob qualquer forma;

...

6.º A inviolabilidade do domicílio e o sigilo da correspondência, nos termos que a lei determinar;

...

10.º Haver instrução contraditória, dando-se aos arguidos, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa; (...)”

Concluo com a afirmação de que os ideais por que se bateu Francisco Salgado Zenha quanto ao processo criminal, continuam a fazer sentido no Portugal democrático.

Parte II

ESTUDOS
CIENTÍFICOS

“PENSAR SEM CORRIMÃO”: SOBRE A REGULAMENTAÇÃO DE TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS E A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA UNIÃO EUROPEIA¹

Alessandra Silveira²

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.148.1>

Em meados da década de 1950, Hannah Arendt escreveu sobre a condição humana, a propósito do desenvolvimento tecnológico de então – condição aqui entendida como aquilo sem o quê a humanidade não aconteceria. O ponto de partida da obra “A condição humana”, publicada em 1958,³ é o lançamento de satélites, numa época em que o ser humano

¹ Este texto serviu de base à “Aula Aberta CitDig” lecionada presencialmente pela autora aos estudantes da Universidade de Brasília, a 28 de agosto de 2023, tendo como *discussant* Maria Buzdugan (Conselheira de Economia, Indústria e Transformação Digital da Delegação da União Europeia no Brasil) e como moderador Alexandre Veronese (CitDig *external staff member*).

² Professora Associada (com Agregação) da Escola de Direito da Universidade do Minho (EDUM). Diretora do Mestrado em Direito da União Europeia (EDUM). Titular da Cátedra Jean Monnet em Direito da União Europeia e Coordenadora do Centro de Excelência Jean Monnet em “Cidadania Digital e Sustentabilidade Tecnológica – prosseguindo a efetividade da CDFUE na década digital” (CitDig).

³ Cf. Hannah Arendt, *A condição humana*, Relógio d’Água Editores, Lisboa, 2001.

começava a desbravar o espaço, o que foi entendido na altura como “o início da libertação do homem da prisão da Terra”. Segundo Arendt, o empenho científico-tecnológico de tornar artificial a própria vida seria, porventura, um desejo de fugir à condição humana – e Arendt não tinha dúvidas de que o ser humano seria capaz de substituir a vida orgânica por algo produzido por si próprio.

Ocorre que a existência humana é sempre condicionada por aquilo que o ser humano produz, porque a criação se torna parte da condição humana. Por isso a grande inquietação de Hannah Arendt era equacionar este condicionamento: é isto mesmo que queremos?; a conquista do espaço pelo homem aumentou ou diminuiu a sua estatura? Arendt entendia que essa questão não podia ser resolvida por meios científicos: era (e é) uma questão política de primeira grandeza; por conseguinte, não podia ser decidida por cientistas profissionais, nem por políticos profissionais. A questão levantada dirigia-se ao leigo e não ao físico, pois inspirava-se na preocupação do humanista para com o homem, distintamente da preocupação do físico com a realidade do mundo físico.⁴

Qual era o ponto, qual foi o *insight* de Hannah Arendt diante daquilo a que chamou o “advento da automação”? Arendt percebeu que os humanos poderiam jamais vir a compreender – ou seja, a pensar e a falar sobre – aquilo que fossem capazes de fazer. Seria como se o nosso cérebro não pudesse acompanhar aquilo que fazemos – por isso precisaríamos de máquinas que pensassem e falassem por nós. Segundo Arendt, se realmente fosse comprovado esse divórcio definitivo entre o conhecimento (no sentido moderno de *know-how*) e o pensamento (o diálogo silencioso de cada um consigo próprio a partir da sua experiência viva), então passaríamos à condição de escravos indefesos, não só das máquinas como do nosso *know-how*; seríamos criaturas desprovidas de raciocínio ou reflexão crítica, à mercê de qualquer engenhoca tecnicamente possível, por mais mortífera que fosse.

Mas independentemente da incerteza quanto às consequências, Arendt sublinhava que a situação criada pela ciência e tecnologia tinha um grande significado político. Sempre que a relevância do discurso entra em cena, a

⁴ Cf. Hannah Arendt, *Entre o passado e o futuro*, Editora Perspectiva, São Paulo, 2022, especialmente o capítulo “A conquista do espaço e a estatura humana”.

questão torna-se política por definição, porque é o discurso que faz do ser humano um ser político. Ou seja, tudo o que os humanos fazem, sabem ou experimentam só tem sentido na medida em que pode ser discutido. E o problema, para Arendt, era que a automação habitava um mundo no qual as palavras perderam o seu poder. Ora, os humanos só podem experimentar o significado das coisas por poderem falar inteligivelmente sobre elas – consigo mesmos e entre si.

Por isso Arendt propôs uma reconsideração da condição humana, à luz das novas experiências e dos temores de então. O que ela propôs foi refletir sobre o que estavam a fazer naquele momento histórico. E é isto que vos proponho no dia de hoje: refletir sobre o que estamos a fazer quanto às tecnologias digitais. Mais do que discutir sobre a regulamentação do uso de inteligência artificial (IA), ou sobre normas relativas à prestação de serviços digitais, por exemplo, importa discutir sobre a escolha civilizacional que estamos todos a fazer. Não para retrocedermos quanto à inovação tecnológica, porque não se percebe um retorno à era pastoril (claro, tudo sempre depende do tamanho do estrago, nunca se sabe). Mas insisto, é preciso parar para pensar (como exortou Arendt). Não para retrocedermos drasticamente – pois as tecnologias digitais trazem inúmeras vantagens para a nossa vida em sociedade –, mas para minimizar as contraindicações, desvendando até onde é razoável avançar, sem comprometer a condição humana. Ou seja, aquilo sem o quê a humanidade simplesmente não existiria. Que implicações as tecnologias disruptivas teriam no trabalho (o que fazemos), na obra (o resultado do que fazemos), na ação (a nossa interação com os outros)?

Alguém poderia retorquir: pois, mas se o alerta de Arendt sobre a automação tem mais de seis décadas e isto ainda não colapsou, é porque tudo se vai acomodando gradativamente e não há o que temer. Isto de estar vivo não vai acabar bem mesmo (espero não ter dado *spoiler* a quem anda iludido quanto à finitude humana) e o ser humano não tarda a adaptar-se aos novos desenvolvimentos científico-tecnológicos. Lamento, caríssimos, mas “só que não” – como se diz no Brasil. Desta vez não é a mesma coisa – e o diabo mora na distinção, não na similitude, um ensinamento que Arendt foi buscar a Heidegger, com o qual teria aprendido a pensar, segundo a própria. E por que motivo agora se trata de algo distinto? Porque agora estamos diante de tecnologias digitais que identificam as nossas preferências, através de

marcadores de atenção, e decidem o que fazer por si próprias – é a primeira vez na história da humanidade que temos tecnologias que aprendem e decidem por si mesmas. Isto conduz a uma escala de manipulação que até agora não era possível.

Algumas tecnologias digitais atuam de uma forma que não se consegue explicar, estabelecendo laços de confiança com os humanos, com uma capacidade de persuasão infinitamente desigual, porque armazenaram informações sobre as nossas inclinações através da nossa pegada digital (compras que fazemos, *sites* que visitamos, *e-mails* que enviamos), sem que haja propriamente consentimento (esclarecido, informado) envolvido. Não é preciso fornecer a informação, pois ela é rastreada no âmbito do “capitalismo da vigilância”.⁵ E embora um algoritmo de aprendizagem seja, grosso modo, uma sequência de passos relativamente explicável, o resultado a que chega (ou seja, a inferência), isto não é explicável (ou é muito dificilmente explicável), basicamente porque trabalha sobre grandes volumes de dados cuja fonte na Internet se desconhece. O que resulta de uma rede neuronal com milhões de parâmetros – ou mesmo de um algoritmo de recomendação – é, em última análise, imprevisível. É genuinamente difícil explicar, por exemplo, por que motivo um dado conteúdo foi mostrado a uma pessoa, ou porque uma pessoa foi preterida num dado recrutamento, etc.

É claro que isto também acontece com os seres humanos – que muitas vezes não conseguem explicar por que motivo tomam certas decisões. E ainda bem que assim é, pois doutra forma escolhíamos todos a mesma coisa; por que razão eu escolhi aquele amigo ou aquele marido e não outro? (isto é imponderável). Também é certo que muitas vezes as decisões humanas têm enviesamentos até inconscientes, que nos precedem e emergem eventualmente, e dos quais não temos uma representação consciente adequada (como explicou Freud); e por isso Jacques Derrida falava não numa autonomia da vontade, mas numa heteronomia sem servidão/sem sujeição. Mas o que releva em termos jurídicos (este é o meu ponto) é que os humanos sinalizam as suas vítimas quando uma discriminação ocorre, e uma sinalização equivalente não

⁵ Cf. Shoshana Zuboff, *A era do capitalismo da vigilância – a disputa por um futuro humano na nova fronteira do poder*, Relógio d'Água Editores, Lisboa, 2020.

ocorre com a discriminação perpetrada por sistemas de IA, por exemplo, que é muito mais sutil e difícil de detetar.

Portanto, algumas tecnologias digitais não só podem decidir por si próprias, como podem gerar ideias novas. Fazem-no a partir do que já foi criado pelos humanos – é certo. Mas os humanos também desenvolvem ideias novas a partir do que já existe – e quem se julga muito original, geralmente não leu o suficiente. Não é por outra razão que Yuval Harari termina a sua obra “21 lições para o séc. XXI” exortando os humanos a descobrirem quem são, antes que os algoritmos nos digam quem somos.⁶ Hoje a disputa entre algoritmos já não é travada para captar a nossa atenção, mas sim para criar proximidade connosco. Há algum tempo o principal interesse das grandes plataformas digitais já não é o direcionamento de anúncios; na rede social *Whatsapp*, por exemplo, não há direcionamento de anúncios, o interesse é saber quem somos e criar proximidade connosco. Porquê? Porque a maneira mais fácil de fazer-nos alterar um determinado posicionamento é criando uma relação de confiança connosco. E isto pode destruir a democracia – que é, antes de tudo, a disputa pelo melhor argumento entre indivíduos que dialogam. Eis a preocupação com o discurso enunciada por Hannah Arendt, ou seja, a dimensão política do fenómeno tecnológico que a autora anteviu em 1950.

Então vamos lá atualizar as preocupações de Hannah Arendt: como será ser-se humano numa sociedade em que a IA é ubíqua – ou seja, é omnipresente, está ao mesmo tempo em toda a parte? E como será que o constitucionalismo contemporâneo vai lidar com esta ubiquidade – estará bem apetrechado para o efeito? Como é que a IA pode ser conciliada com os conceitos de dignidade humana e autonomia pessoal nos quais assentam as nossas democracias e ordens jurídicas?

Eu diria que importa equacionar se o confronto com o ineditismo, com aquilo que nunca vivemos, requer (ou não) uma linguagem nova, ou pelo menos a reorientação dos termos que nos são familiares. Aquilo que é inédito é habitualmente irreconhecível – porque apreciado através das lentes ou categorias que nos são familiares, o que tendencialmente invisibiliza o ineditismo, pois é assimilado como continuidade. Ocorre que estamos porventura confrontados com a necessidade de edificação de conceitos

⁶ Cf. Yuval Noah Harari, *21 lições para o século XXI*, Elsinore, Amadora, 2018.

jurídicos novos – ou, pelo menos, a adaptação de conceitos existentes –, a fim de abordar os problemas emergentes das tecnologias disruptivas, sobretudo os sistemas de IA e a neurotecnologia.

Do que estamos a falar? O conceito de IA aplica-se a sistemas que são capazes de analisar o seu ambiente e tomar medidas com um determinado nível de autonomia, a fim de atingir objetivos específicos. Os sistemas baseados em IA podem ser puramente confinados ao *software*, atuando no mundo virtual (por exemplo, assistentes de voz, programas de análise de imagens, motores de busca, sistemas de reconhecimento facial e de discurso, etc.); ou então podem ser integrados em dispositivos físicos (por exemplo, robôs avançados, automóveis autónomos, veículos aéreos não tripulados, ou aplicações da Internet das coisas).

Enquanto disciplina científica, a IA inclui diversas abordagens e técnicas – a robótica é porventura a mais conhecida. Mas aquela que suscita mais preocupações, na medida em que se programa a si própria, é a aprendizagem automática (*machine learning*) – uma tecnologia que se constrói a si mesma, e requer dados para melhorar o seu desempenho. Seria um método de transformação de dados em conhecimento, através do qual os algoritmos aprendem simulando o raciocínio por analogia. A aprendizagem automática assume muitas formas e é conhecida por vários nomes: reconhecimento de padrões, modelação estatística, exploração de dados, análise preditiva, sistemas adaptativos, etc.⁷

De todo modo, as tecnologias digitais de hoje (sobretudo a IA) afastam as restrições que foram historicamente impostas aos humanos – seja por razões de distância, tempo ou linguagem –, e vão gerando fenómenos que são genuinamente novos, não meras versões mais potentes ou eficazes de coisas passadas. Não é por outra razão que Ulrich Beck defendia que estamos a viver uma metamorfose digital – e não simplesmente uma revolução digital. Não se trata apenas de uma mudança social marcada pela crescente interconectividade e intercâmbio global – é algo mais. E porquê? Porque enquanto a revolução digital ainda implica a distinção clara entre o *online* e o *offline*, a metamorfose digital tem que ver com o enredamento essencial do *online*

⁷ Cf. Pedro Domingos, *A revolução do algoritmo mestre. Como a aprendizagem automática está a mudar o mundo*, Letras & Diálogos, Lisboa, 2017.

e do *offline*. Ou seja, a metamorfose digital prende-se com uma existência humana metamorfoseada, que põe em causa algumas categorias tradicionais das ciências humanas – como identidade, coletividade, subjetividade, etc.⁸

Isto certamente impacta o constitucionalismo contemporâneo assente na trilogia “Estado de direito, democracia, direitos fundamentais” – pois o constitucionalismo moderno do séc. XVIII surge precisamente para moderar o exercício do poder público em nome da liberdade individual. Contudo, já no decorrer do séc. XX o poder foi-se desterritorializando – como o demonstrou o jurista Gustavo Zagrebelsky, bem como os sociólogos Ulrich Beck e Zygmunt Bauman. Vivemos crescentemente com inúmeros poderes de facto de carácter transversal, sem qualquer elemento de conexão com o tradicional poder do Estado – com a sua soberania, o seu território, a sua jurisdição.

Assim, nas sociedades algorítmicas nas quais nos foi dado viver, o poder público já não é o único “vilão” da restrição das liberdades, pois a Internet também já não é o espaço idílico da liberdade dos primeiros tempos. As plataformas digitais (sobretudo os “gigantes da Internet”, empresas conhecidas por *BigTech*) exercem atualmente um poder quase público – regulam, executam, dirimem conflitos de interesses. Isto exige que se repense se, e em que medida, o constitucionalismo que temos atende aos desafios da era digital.

Em junho de 2023 o Parlamento Europeu (PE) adotou a sua posição sobre a negociação do Regulamento da IA – que, por sua vez, visa regular o desenvolvimento e a utilização da IA na União Europeia (UE). À tomada de posição do PE seguem-se as negociações em trólogos (nos quais intervêm o PE, o Conselho da União e a Comissão Europeia), tendo o Conselho deliberado sobre a sua posição em dezembro de 2022. O Regulamento da IA só será aplicado em toda a UE se os legisladores (PE e Conselho) chegarem a acordo sobre uma redação final.

O Regulamento da IA segue uma abordagem baseada no risco, ou seja, estabelece obrigações para quem fornece e para quem utiliza sistemas de IA, de acordo com o nível de risco que a aplicação do sistema de IA implica: o risco é elevado, é baixo, é mínimo? Risco para quê ou para quem? Auguramos que seja para os direitos fundamentais dos indivíduos. De todo modo, há uma hierarquização dos riscos, e aos diferentes níveis de risco

⁸ Cf. Ulrich Beck, *A metamorfose do mundo*, Edições 70, Lisboa, 2017.

corresponderá mais ou menos regulamentação, mais ou menos imposições, mais ou menos restrições. A posição do PE, mesmo introduzindo mais salvaguardas (por exemplo, quanto à IA generativa, atualmente vulgarizada por conta do *ChatGPT*), não se afasta da ideia de que o Regulamento deve proteger os cidadãos sem pôr em causa a inovação tecnológica. Para tanto, os sistemas com um nível inaceitável de risco para a segurança das pessoas devem ser proibidos – e o PE alargou a lista de utilizações de IA proibidas a partir da proposta original da Comissão.

É o caso, por exemplo, dos sistemas utilizados para classificar as pessoas com base no seu comportamento social ou nas suas características pessoais (como os sistemas de controlo social ao estilo chinês); dos sistemas de reconhecimento de emoções no local de trabalho e nos estabelecimentos de ensino; dos sistemas de policiamento preditivo baseados na definição de perfis ou em comportamentos criminais anteriores; dos sistemas de identificação biométrica à distância e em tempo real (como o reconhecimento facial) em espaços acessíveis ao público.

Mas é importante questionar se estas normas são efetivamente suficientes para garantir que a IA desenvolvida e utilizada na UE respeita plenamente os direitos e princípios europeus – incluindo a segurança, a privacidade, a transparência e a não discriminação. Além disso, há que ponderar até que ponto essas normas garantem um controlo humano adequado dos processos relacionados com a IA (pelo menos dos sistemas que têm um impacto significativo nos direitos fundamentais), tal como proposto pelos cidadãos na Conferência sobre o Futuro da Europa. Essas matérias suscitam-nos muitas dúvidas...

De facto, este Regulamento sobre a IA está a ser negociado há dois anos e, quando for implementado, existirão realidades digitais para as quais não foi originalmente concebido, à semelhança do que aconteceu com o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD), ou do que acabará por acontecer com o Regulamento sobre os Serviços Digitais, já em vigor e a ser aplicado a partir de fevereiro de 2024. E porquê? Porque as normas que regulam a utilização de tecnologias digitais nascem tendencialmente obsoletas, na medida em que o Direito não consegue acompanhar o ritmo frenético do atual desenvolvimento tecnológico. O Direito sempre atuou em tempo diferido e não em tempo real, tendo revelado alguma impotência na regulamentação do porvir.

A grande dificuldade da regulamentação das tecnologias disruptivas é definir o que é regulável ou não neste domínio – e depois garantir a sua implementação. Ou seja, é possível regular o desenvolvimento da tecnologia ou apenas a sua utilização? E tudo se complica porque os quadros jurídicos tradicionais nem sempre funcionam para tanto. É louvável, mas porventura ingénua, a pretensão de que tudo o que seja protegido *offline* também o seja *online*, pois há desenvolvimentos que só fazem sentido no ecossistema digital. Por exemplo, um dado neural relacionado com o pensamento humano, resultante da aplicação de neurotecnologias não invasivas ao cérebro do titular, estaria suficientemente protegido pelo RGPD? De facto, aqui será necessária a cooperação entre as várias áreas do conhecimento, devendo os juristas interpretar as soluções jurídicas disponíveis de forma adequada aos novos desenvolvimentos tecnológicos – e, sobretudo, será necessário um esforço concertado dos próprios cientistas e engenheiros informáticos, a fim de desenvolverem tecnologias disruptivas de forma alinhada com os valores aceites na UE.

No entanto, vale a pena sublinhar que é certamente melhor ter alguma regulamentação neste domínio do que nenhuma – pelo menos é uma tentativa. Ou seja, é preferível que os sistemas de IA generativa tenham de revelar que o conteúdo foi gerado por IA – uma obrigação introduzida pelo PE no regulamento sobre IA –, a fim de ajudar-nos a distinguir as técnicas de manipulação de imagem, ou seja, a discernir o que é “real” do que não é. É certamente preferível regulamentar a qualidade dos dados de treino utilizados por algoritmos de aprendizagem, a fim de exigir-se um padrão de governação de dados à altura do risco em causa. É certamente preferível prever um direito de explicação sobre as decisões tomadas com base em sistemas de IA – pelo menos os sistemas que têm um impacto significativo no exercício dos direitos fundamentais –, pese embora as reconhecidas dificuldades da sua concretização.

De todo modo, os indivíduos precisam ser informados sobre as limitações do Direito nesta matéria – e ser alertados para a escolha civilizacional que estamos todos efetivamente a fazer. A IA é uma tecnologia disruptiva que contraria os modelos estabelecidos de ordenação e explicação do mundo, na medida em que apresenta padrões e previsões que os seres humanos são incapazes de discernir e de conceptualizar; a IA não opera no domínio da

razão humana, para a qual conceitos como causalidade e intenção são relevantes; os padrões que emergem dos sistemas de IA são inacessíveis à consciência humana e frequentemente inexprimíveis em linguagem humana – e os engenheiros informáticos nem sempre conseguem explicar como é que alguns sistemas de IA chegaram a um determinado resultado.

É verdade que todos os dias utilizamos tecnologias que não explicamos nem controlamos individualmente – eu não sei explicar como funciona o avião que me trouxe até aqui nem o microondas que aqueceu o meu leite pela manhã –, e fazemo-lo por uma questão de comodidade. No entanto, com a aprendizagem automática nós estamos perante um fenómeno distinto, pois aqui a razão humana deixa de ser a única forma de inteligência aplicada à compreensão da realidade. Há quem defenda que a IA não é propriamente inteligente nem artificial.⁹ Mas isto não altera o facto de que a razão humana não lhe consegue captar, é uma espécie de “mágica”, como referem alguns engenheiros informáticos.¹⁰ Eis a razão pela qual a explicabilidade dos sistemas de IA revela-se fundamental – ou, mais concretamente, a razoabilidade dos processos dos quais resultam inferências produzidas por algoritmos de aprendizagem.

Há milhares de anos que a humanidade se vem ocupando com a exploração da realidade e busca do conhecimento, procurando desvendar se os seres humanos seriam capazes de perceber a realidade em si mesma – e não os seus meros reflexos, como explicava Platão com a sua “Alegoria da Caverna”. Apesar da advertência de Kant sobre as limitações da razão humana quanto àquilo a que chamava “a coisa em si” (pois a cognição e a experiência humanas a filtram e por vezes distorcem), o certo é que desde o Iluminismo parecia ser possível descobrir, conhecer e catalogar vastos domínios de fenómenos mediante a aplicação da razão.¹¹

⁹ Sobre o tema ver Markus Gabriel, *O sentido do pensar: a filosofia desafia a inteligência artificial*, Editora Vozes, Petrópolis, 2021.

¹⁰ Sobre o tema ver #Juniors2Seniors, Espaço UNIO (edição intitulada “Tecnologias cognitivas e fenómenos comportamentais na era digital”, com Manuel Protásio, Alexandre Veronese e Paulo Novais), sessão organizada por Centro de Excelência Jean Monnet CitDig na Casa do Conhecimento da Reitoria da UMinho, disponível em <https://citdig.direito.uminho.pt/pt/unio-space/>.

¹¹ Cf. Henry Kissinger/Eric Schmidt/Daniel Huttenlocher, *A era da inteligência artificial – e o nosso futuro humano*, Dom Quixote, Alfragide, 2021.

Ora, quando a razão humana deixar de ter o papel exclusivo na exploração e configuração da realidade, quando aceitarmos a IA como um adjunto das nossas próprias percepções e pensamentos, como nos veremos a nós próprios e ao nosso papel no mundo? Isto releva sobremaneira para os juristas porque, quando não é evidente a razão pela qual se chegou a um dado resultado (ou seja, não é clara a razoabilidade do processo que produziu um resultado), não é possível avaliar as mudanças necessárias para chegar-se a uma solução distinta, nem é possível contestar de forma adequada e coerente um resultado desfavorável. O Estado de direito democrático é procedimentalizado – e isto é uma conquista civilizacional, precisamente para que os indivíduos possam acompanhar (e porventura contestar) a razoabilidade de todas as fases de um processo decisório.

Então qual é o meu ponto? Quando refletimos sobre tecnologias digitais e os seus inegáveis benefícios em vários domínios – saúde, transportes, energia, educação, etc. –, somos rapidamente confrontados com uma miríade de desafios que este novo paradigma levanta, especialmente i) quanto à forma como pensamos os seres humanos e ii) como moldamos as sociedades nas quais desejamos viver. De facto, a aprendizagem automática desafia as noções existentes de segurança, direitos humanos e governação, e há uma necessidade crescente de os governos e as sociedades aprenderem a gerir este avanço tecnológico. É fundamental discutir até que ponto dispomos de modelos suficientes para enveredar por este novo caminho sem colapsar – porque a IA pode vir a iludir-nos.

Recentemente, Geoffrey Hinton, psicólogo cognitivo e engenheiro informático – e um dos maiores especialistas em IA –, explicou tal preocupação numa entrevista a Fareed Zakaria.¹² Desde que começou a trabalhar em IA, Hinton pretendia desenvolver uma tecnologia que imitasse o cérebro humano, mas partindo sempre do princípio de que o cérebro seria muito superior. No entanto, há poucos meses teve uma espécie de epifania, pois apercebeu-se de que o algoritmo que estava a desenvolver já podia ser melhor do que o cérebro humano – e que, se fosse aumentado, seria mais inteligente do que os seres humanos, porque os computadores em rede aprendem instantaneamente.

¹² Cf. *On GPS: does AI already threaten humanity?*, CNN, disponível em <https://edition.cnn.com/videos/tv/2023/06/11/exp-gps-0611-hinton-on-ai-threat-to-mankind.cnn>.

Ou seja, quando um computador aprende algo, todos aprendem – e cada um aprende coisas diferentes e transmite essas mesmas informações aos outros simultaneamente. Pelo contrário, a transmissão de conhecimentos entre humanos não funciona assim, é muito mais lenta e trabalhosa. Isto é preocupante porque não existem exemplos prévios de uma inteligência superior que seja controlada por uma inteligência inferior. Continuará a trabalhar para os humanos quando porventura adquirir consciência? E por que motivo não os enganaria quanto ao funcionamento de infraestruturas críticas, por exemplo?

Alguns neurocientistas rejeitam a ideia de que o cérebro humano possa vir a ser ultrapassado por máquinas. Miguel Nicolelis, por exemplo, defende que o ecossistema digital não é capaz de reproduzir fielmente os processos mentais, nem de emular o poder humano de criação e invenção. O autor de “O verdadeiro criador de tudo” explica como o cérebro humano evoluiu para se tornar um computador orgânico sem rival no universo conhecido, principalmente devido a três propriedades fundamentais: i) a sua maleabilidade para se adaptar e aprender; ii) a sua capacidade para permitir que vários indivíduos sincronizem as suas mentes em torno de uma tarefa, objetivo ou crença; e iii) a sua incomparável capacidade de abstração. Nicolelis admite, no entanto, que a inteligência corre o risco de ser moldada por algoritmos e empobrecida, numa espécie de distrofia das capacidades potenciais do cérebro humano.¹³

Por outro lado, o neurocientista António Damásio já reconheceu a possibilidade de “máquinas que sentem”. Isto poderia abrir novos caminhos na história da IA, especialmente da robótica, uma vez que o universo dos afetos é a base da inteligência superior que as mentes conscientes têm vindo a desenvolver. Segundo Damásio, as máquinas com sentimentos desenvolveriam elementos funcionais relacionados com a consciência, uma vez que os sentimentos fazem parte do caminho para a consciência – mas esses sentimentos não seriam iguais aos dos seres vivos, não se conseguindo prever exatamente como seriam.¹⁴

De resto, as novas tecnologias digitais têm ajudado a desvendar como o cérebro humano funciona, como armazena e aciona memórias, como toma

¹³ Cf. Miguel Nicolelis, *O verdadeiro criador de tudo – como o cérebro humano moldou o universo tal como o conhecemos*, Elsinore, Amadora, 2021.

¹⁴ Cf. António Damásio, *Sentir e saber – a caminho da consciência*, Temas & Debates, Círculo de Leitores, Lisboa, 2020.

decisões – e assim têm ajudado a desvendar como a Evolução esculpiu quem nós somos. Esta descodificação do cérebro tornou-se uma prioridade mundial (assim como foi em tempos o mapeamento do genoma humano), tanto que a UE lançou o projeto “Cérebro Humano” para a compreensão do funcionamento da cognição e da consciência. Já é possível, por exemplo, gravar memórias – e há pouco tempo nem se sabia onde estavam armazenadas, quanto mais gravá-las e até enviá-las pela Internet. Michio Kaku, físico teórico do City College New York, explica sucintamente o procedimento: no centro do cérebro está o hipocampo, onde as memórias de curto prazo estão armazenadas. É possível colocar dois elétrodos em cada lado do hipocampo, medir os impulsos a viajar para trás e para frente, e registá-los num gravador. Meses mais tarde, é possível pegar neste registo e colocá-lo de volta no cérebro de um animal, que se vai lembrar do que lhe aconteceu. A ideia é aplicar tal tecnologia a doentes de Alzheimer, por forma a que disponham de um *chip* de memória, que acionam simplesmente carregando num botão, a fim de que as memórias inundem o hipocampo.¹⁵

Ademais, com neurotecnologia portátil (não implantada no cérebro, mas com uso de capacetes, óculos, pulseiras), já é possível começar a descodificar a atividade cerebral, descodificar a fala das pessoas e as imagens que têm na mente. Isto aponta para um futuro em que os seres humanos poderão utilizar neurotecnologias para comunicarem telepaticamente uns com os outros, para transferir as ideias que têm em vários idiomas, para controlar equipamentos externos ao cérebro, para comunicar através da Internet conectando o cérebro às redes digitais, tudo o que fazemos hoje com os nossos telefones poderemos fazer através de interfaces cérebro-computador. Mas então, sendo possível medir/sequenciar a atividade cerebral, e analisar o pensamento de alguém em tempo real, etc., como proteger pensamentos e emoções dos seres humanos contra a eventual manipulação cerebral?

Por isso hoje se fala em “neuro-direitos” – novos direitos humanos para proteger o cérebro contra o uso indevido de neurotecnologias – a fim de “resguardar a atividade cerebral e a informação dela proveniente” (como consta atualmente da Constituição chilena), como sejam os i) direito à privacidade mental (de modo que o conteúdo da mente não possa ser descodificado sem

¹⁵ Sobre o tema ver Michio Kaku, *O futuro da humanidade*, Bizâncio, Lisboa, 2018.

consentimento); ii) direito à identidade mental [de modo que a consciência, o Eu, a personalidade que é gerada pelo cérebro, não seja alterada através da manipulação de neurónios – pois já se demonstrou que em pacientes de Parkinson com neurotecnologia implantada, a estimulação cerebral faz desaparecer os sintomas da doença, mas pode converter os pacientes noutras pessoas, mudando-lhes a personalidade)]; iii) direito ao livre-arbítrio (de modo a proteger a agência, a autonomia da vontade, para que as decisões não sejam pré-programadas, induzidas como se faz com cobaias em laboratório); iv) direito de acesso equitativo às tecnologias de potenciação cognitiva (para evitar a diferenciação entre seres humanos melhorados por neurotecnologias); v) direito à proteção contra a manipulação de preconceitos e discriminações (para evitar que os preconceitos sejam induzidos por neurotecnologias).¹⁶

É provável que algumas dessas dimensões já sejam tuteláveis pelo ordenamento jurídico das sociedades ocidentais – só o saberemos num diálogo leal (nem sempre fácil de atingir) com técnicos e empreendedores. O certo é que este debate está atrasado, porque as tecnologias disruptivas não estão apenas a mudar as nossas vidas, estão a mudar o que é a humanidade, estão a desafiar a noção do que significa ser humano. Alguém poderia ripostar, dizendo: mas o ser humano não está em permanente processo de evolução?; que mal há na superação do animal que habita o humano em direção ao super-homem de Nietzsche? (aquele que se supera permanentemente a si mesmo, aquele que deseja perecer como espécie para que outro mais forte possa surgir)?¹⁷ O problema não é a travessia, o estar-a-caminho, o processo de superação como característica da vida, tal como descrito por Nietzsche – “o homem é uma corda estendida entre o animal e o super-homem, uma corda sobre um abismo”.¹⁸ A questão crucial é outra: como é que a evolução da IA vai afetar a perceção, a cognição, a interação humanas?

De facto, a questão é mais complexa e não se esgota num modelo (o europeu) de regulamentação do desenvolvimento e utilização da IA, porque

¹⁶ Para maiores desenvolvimentos ver o trabalho desenvolvido por investigadores do chamado “Morningside Group”, da Columbia University, New York, capitaneados pelo neurocientista Rafael Yuste, especialmente o texto intitulado “Four ethical priorities for neurotechnologies and AI”, publicado na revista *Nature* em 2017.

¹⁷ Sobre o tema ver Viviane Mosé, *Nietzsche hoje – sobre os desafios da vida contemporânea*, Editora Vozes, Petrópolis, 2018.

¹⁸ Cf. Friedrich Nietzsche, *Assim falou Zaratustra*, Edições 70, Coimbra, 2022.

a IA coloca problemas sobre a compreensão da realidade e o papel do ser humano nessa realidade – e isto diz respeito à própria humanidade. Como alertou Geoffrey Hinton, não é tão simples como controlar as alterações climáticas: para isso temos uma receita, que passa pela redução das emissões de carbono e dos gases com efeito de estufa. É um projeto dispendioso, mas sabemos o que fazer para alcançar a transição ecológica. No entanto, no que se refere à IA, ainda não temos clareza sobre os passos a dar.

De todo modo, voltando a Ulrich Beck e ao entendimento de “metamorfose do mundo”, as preocupações da sociedade atual não se reduzem a tornar a natureza adaptável à sobrevivência humana, mas envolvem também e essencialmente questões que resultam do próprio desenvolvimento técnico-económico – e, nessa medida, tal desenvolvimento se converte no seu próprio objeto de discussão. Por isso é urgente a procura de teorias que nos permitam conceber a novidade, viver e agir dentro dela.

Nesta senda, temos defendido a necessidade de um conceito integrativo de sustentabilidade que contemple também a componente tecnológica – para além das clássicas componentes ambiental, económica e social. Ou seja, importa deslindar de que forma as tecnologias digitais podem ser colocadas ao serviço da sustentabilidade, como paradigma de vivência comunitária global no século XXI, transformando a natureza do desenvolvimento económico, o sentido da inclusão social e o desafio da proteção ambiental.

De resto, há quem considere a sustentabilidade como o princípio de um novo paradigma secular, do género daqueles que se sucederam no desenvolvimento do constitucionalismo moderno: o humanismo no século XIX, a socialidade no século XX, a sustentabilidade no século XXI. Há anos Peter Häberle tem vindo a afirmar que é tempo de considerarmos a sustentabilidade como um elemento estrutural da comunidade política que designamos por Estado constitucional. E assim o é por forma a que a sociedade global possa perpetuar-se indefinidamente no tempo em condições que assegurem a dignidade humana.¹⁹

¹⁹ Sobre o tema ver a obra coletiva formato e-book “Sustentabilidade tecnológica: o papel das tecnologias digitais na promoção do desenvolvimento sustentável (edição comemorativa de uma década do Mestrado em Direito da União europeia da UMinho)”, Alessandra Silveira/Joana Covelo Abreu/Larissa Coelho (coords.), Pensamento Sábio – Associação para o conhecimento e inovação e EDUM, Braga, 2020 disponível em https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/66584/3/Sustentabilidade%20Tecnologica_Edicao%20Comemorativa%20MDUE.pdf.

Com efeito, o conceito de sustentabilidade – quer na sua dimensão analítica (descritiva), como na sua dimensão normativa (prescritiva) – deve igualmente compreender a forma como os contínuos desenvolvimentos tecnológicos impactam e interagem na economia (mundial), na sociedade (global) e no ambiente (sem fronteiras) do planeta. E, assim, orientar o caminho tendente a um crescimento económico socialmente inclusivo, ambientalmente sustentável e tecnologicamente equitativo. Enquanto fórmula sinérgica da complexidade das dinâmicas económicas, sociais, ambientais e tecnológicas que interagem no processo de desenvolvimento, a sustentabilidade perfila-se como conceito matricial da chamada era digital, definindo as condições e os pressupostos para a regulamentação jurídica em contexto de evolução permanente.²⁰

Nesta medida, a tecnologia não é apenas um fator determinante para o tratamento das outras dimensões tradicionais da sustentabilidade – mas sim uma dimensão autónoma da sustentabilidade. Isto porque isoladamente considerada, a tecnologia pode inviabilizar uma evolução sustentável e pôr fim à humanidade. Importa, pois, assegurar que a tecnologia está ao serviço das outras dimensões da sustentabilidade, mas também que não seja ela própria a geradora do colapso civilizacional que importa evitar.

Por esse motivo o debate sobre sustentabilidade entronca naquele sobre direitos humanos. É defensável que as ferramentas de IA podem conduzir à vaporização dos percursos mentais inerentes ao raciocínio humano – o que se prende com a forma como rapidamente se deu poder à IA para enfrentar e resolver problemas essencialmente sociais. O risco aqui é o da habituação, ou seja, a lenta delegação de tarefas na IA pode levar os seres humanos a confiar demasiadamente e a não identificar fragilidades nas soluções facultadas – e, em última análise, reconhecer a violação de direitos.

Ora, os sistemas de aprendizagem automática, como o próprio nome sugere, aprendem sozinhos – e podem chegar a resultados não desejados por quem originalmente os programou. Não é propriamente simples evitar

²⁰ Sobre o tema ver Alessandra Silveira, *Estado de direito e metamorfose do mundo (a propósito do Pacto Ecológico Europeu)*, Rogério Gesta Leal/Carlos Aymerich Cano/Alessandra Silveira (coords.), E-book do “VI Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas”, Editora Dialética, São Paulo, 2022, disponível em https://www.unisc.br/images/cursos/stricto/ppgd/livros/2022/VI_Seminrio_Internacional_Hispano-Luso-Brasileiro.pdf.

o chamado viés algorítmico – seja acidental ou deliberado; os resultados facultados pelo sistema de IA podem estar viciados e o supervisor não consegue identificar o vício. Nesta medida, o problema de fundo não se resolve acautelando a intervenção humana sempre que se utilizem sistemas de IA. De que vale a intervenção humana se o supervisor não consegue compreender como foi que a IA chegou a um dado resultado? Como é que o ser humano vai validar o resultado que está a receber se não o compreende?²¹

Diante de tal autonomia dos sistemas automatizados, vários problemas jusfundamentais se levantam. Por exemplo, como evitar que os algoritmos de aprendizagem perpetuem a discriminação subjacente aos dados a partir dos quais aprendem e se desenvolvem – seja em função do sexo, idade, origem étnica, orientação sexual, convicções religiosas/filosóficas/políticas, etc.? Certamente, os processos decisórios humanos não estão imunes a erros e preconceitos. No entanto, o mesmo preconceito no âmbito de um sistema de IA pode ter um efeito em escala muito maior, afetando e discriminando muitas pessoas sem os mecanismos de controlo social que regem o comportamento humano.²²

A proteção jurídica oferecida pela legislação antidiscriminação é desafiada quando os sistemas de IA, não seres humanos, discriminam. Humanos discriminam em função de atitudes negativas (preconceitos) por vezes não intencionais (estereótipos) que sinalizam as vítimas quando uma discriminação ocorre. Contudo, uma sinalização equivalente não ocorre com a discriminação perpetrada por sistemas de IA. Comparada com as tradicionais formas de discriminação, aquela automatizada é mais abstrata, sutil, intangível e não intuitiva – ou seja, mais difícil de detetar. Assim, o crescente uso de algoritmos de aprendizagem perturba a efetividade dos procedimentos e remédios jurídicos tradicionais, concebidos para discriminações predominantemente

²¹ Sobre o tema ver Alessandra Silveira/Maria Inês Costa, “Regulating Artificial Intelligence (AI): on the civilisational choice we are all making”, *Thinking & Debating Europe (oficial blog of UNIO – EU Law Journal)*, editorial, 17 July 2023, disponível em <https://officialblogofunio.com/category/editorials/>.

²² Sobre o tema ver Mônia Clarissa Hennig Leal/Dérique Soares Crestane, “Algorithmic discrimination as a form of structural discrimination: standards of the Inter-American Court of Human Rights related to vulnerable groups and the challenges to judicial review related to structural injunctions”, *UNIO – EU Law Journal*, Vol. 9 No. 1 (2023), disponível em <https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/issue/view/347>.

baseadas na intuição – e para as quais releva o impacto produzido na esfera jurídica do discriminado.²³

De todo modo, os problemas jusfundamentais excedem à chamada discriminação algorítmica, porque os fenómenos de segmentação e de definição de perfis, por exemplo, recorrem cada vez mais à utilização de ferramentas de IA, sendo destinados à análise e/ou previsão de aspetos associados ao desempenho pessoal no trabalho, à situação económica, ao estado de saúde, às preferências pessoais, aos interesses, à credibilidade, ao comportamento, à localização e aos movimentos, etc. Não existe um acesso explícito e claro à forma como as categorizações e inferências são realizadas, sobretudo quando são utilizadas aplicações de IA – o que impede os indivíduos de contestarem adequadamente tais práticas, isto *quando e se* delas tiverem conhecimento. Em que medida seria juridicamente justificável a integração de um indivíduo num dado grupo – ou seja, a sua compartimentação – para daí extrair conclusões que lhe são porventura desfavoráveis e baseadas em características/comportamentos de outrem? Em que medida isto afeta o exercício das suas escolhas pessoais ou as condições da sua autonomia individual?²⁴

Por tudo isso, tem razão Francisco Balaguer quando afirma que o âmbito de proteção de alguns direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos assemelha-se hoje a uma espécie de relicário. É assim porque, na era digital, o poder estatal que as constituições democráticas regulam é hoje incapaz de os preservar e garantir com eficácia.²⁵ Diante dos desafios com que o constitucionalismo contemporâneo se vê confrontado, talvez seja útil voltar às origens para equacionar uma possível solução. E, como sabemos, na origem da trilogia “Estado de direito, democracia, direitos fundamentais” – isto é, o maior legado da cultura jurídico-política ocidental – está a dignidade humana.

O entendimento de dignidade humana anda associado à ideia de indivíduos enquanto sujeitos livres e responsáveis, capazes de se autodeterminarem

²³ Sobre o tema ver Maria Inês Costa, “The legal concept of discrimination by association: where does it fit into the digital era?”, *UNIO – EU Law Journal*, Vol. 9 No. 1 (2023), disponível em <https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/issue/view/347>.

²⁴ Sobre o tema ver Alessandra Silveira, “Automated individual decision-making and profiling [on case C-634/21 - SCHUFA (Scoring)]”, *UNIO – EU Law Journal*, Vol. 8 No. 2 (2023), disponível em <https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/issue/view/318>.

²⁵ Cf. Francisco Balaguer Callejón, *La Constitución del algoritmo*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2022.

com base em juízos racionais, insuscetíveis de instrumentalização ou coisificação – e isto implica, no seu nível mínimo, o reconhecimento da igualdade de valor de todos os indivíduos. E implica ainda o reconhecimento da autonomia pessoal, pois dela decorre que os indivíduos devem poder traçar e conduzir o curso das suas vidas, através de uma sucessão de escolhas entre diversas opções válidas.²⁶

Diante dos desafios com que estamos confrontados, eu gostaria de concluir com uma metáfora de Hannah Arendt, exortando à vossa capacidade de “pensar sem corrimão”.²⁷ Arendt explicava que à medida que subimos e descemos degraus, sempre podemos segurar num corrimão para não cair. Mas na sequência do totalitarismo (ou seja, o colapso político) e do holocausto (ou seja, o colapso moral), os europeus haviam perdido esse corrimão. Por isso, diante da ausência de referências que pudessem servir de apoio, diante da barbárie e do inusitado daquelas circunstâncias, importava pensar sem corrimão – e foi isto que marcou a produção académica de Hannah Arendt na teoria política.

Por que esta metáfora releva? Porque é a capacidade de pensar que nos ajuda a responder às questões da experiência, às questões da nossa circunstância na era digital, as questões da nossa vida no fluxo da história neste séc. XXI. A faculdade de pensar (este diálogo silencioso de cada um consigo próprio) vai servir à faculdade de julgar (que é a capacidade de tornar o pensamento visível no confronto com a perspectiva alheia). E para quê? Para distinguir o que está certo do que está errado, para fazer escolhas e começar coisas novas.

Mas sobretudo: é preciso reflexão crítica, porque a banalidade do mal, que permitiu o totalitarismo e o holocausto, é precisamente a consequência da incapacidade de pensar. Com tal categoria, “banalidade do mal”, Arendt pretendia explicar que alguém não tem de ser propriamente um monstro para cometer o mal; e que as pessoas podem cometer o mal por razões banais, sem jamais se terem decidido entre ser boas ou más, mas pela simples incapacidade para pensar. Ou seja, por uma despreocupação negligente,

²⁶ Cf. Conclusões do Advogado-Geral Miguel Poiares Maduro, apresentadas em 31 de janeiro de 2008 no âmbito do processo *Coleman*, C-303/06, ECLI:EU:C:2008:61, considerando 9.

²⁷ Hannah Arendt, *Pensar sem corrimão*, Relógio d'Água Editores, Lisboa, 2019.

um não envolvimento com os factos, uma incapacidade de pôr-se no lugar do outro.²⁸

No confronto com o ineditismo, com aquilo que nunca vivemos, deixemos o vento do pensamento tirar tudo do lugar (na metáfora de Kant), à procura de uma linguagem nova e da edificação de conceitos jurídicos novos, mas sem comprometer aquilo que faz de nós humanos, demasiadamente humanos (como dizia Nietzsche), enquanto espíritos livres capazes de pensar sem corrimão (como dizia Arendt), para que não sejamos cúmplices da nossa própria sujeição ou servidão voluntária (como dizia Étienne de La Boétie). Por que e em que condições desejaríamos a nossa própria sujeição? Quem afinal queremos ser, em termos civilizatórios, na era digital?

²⁸ Sobre o tema ver Alessandra Silveira/Maria Inês Costa, “Os direitos humanos numa Europa à procura de antídotos culturais contra a barbárie”, Sofia Pinto Oliveira/Patrícia Jerónimo (coords.), *Liber Amicorum Benedita MacCrorie*, vol. I, UMinho Editora, Braga, 2022.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES
SOBRE A ACTIVAÇÃO DA DIRECTIVA
PROTECÇÃO TEMPORÁRIA NA RES-
POSTA À INVASÃO DA UCRÂNIA:
SUA EXCEPCIONALIDADE,
CRITÉRIOS DIFERENCIADOS
E RESPECTIVOS EFEITOS
A NÍVEL NACIONAL

Ana Rodrigues¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.148.2>

"These are not the refugees we are used to...These people are Europeans...These people are intelligent, they are educated people...This is not the refugee wave we have been used to, people we were not sure about their identity, people with unclear pasts, who could have been even terrorists."

(Kiril Petkov, Primeiro-ministro da Bulgária, em declarações à Associated Press)

"[Ukraine] isn't a place, with all due respect, like Iraq or Afghanistan, that has seen conflict raging for decades. This is a relatively civilized, relatively European — I have to choose those words carefully, too — city, where you wouldn't expect that or hope that it's going to happen."

(Charlie D'Agata, jornalista, em reportagem para a CBS News)

¹ Escola de Direito da Universidade do Minho; Centro de Investigação em Justiça e Governação da Universidade do Minho (arodrigues@direito.uminho.pt).

Nota introdutória

Quando, em Fevereiro de 2022, deflagrou o conflito na Ucrânia, em consequência da invasão russa do seu território, a União Europeia (UE) apresentou uma frente unida em diversas dimensões, uma das quais a excepcional recepção «de braços abertos» das pessoas deslocadas pelo conflito. Esta excepcionalidade beneficiou de forma patente os deslocados deste conflito por confronto com outros conflitos, noutras latitudes, e beneficiou também de forma patente uns deslocados deste conflito por confronto com outros deslocados, na mesma latitude. Os critérios que determinaram esta diferenciação não deixaram também de se reproduzir ao nível do tratamento nacional dado a uma parte significativa das pessoas provenientes deste conflito, por oposição a todas as demais (deste e de outros conflitos).

Assim, apesar de não se poder deixar de louvar a generosidade que conforma esta decisão e a sua consequente operacionalização, a excepcionalidade das mesmas não pode deixar de nos interpelar quanto aos critérios de diferenciação que lhes estão subjacentes e aos efeitos que se produziram a nível nacional. Interessa-nos, portanto, reflectir em primeiro lugar sobre a possibilidade de a situação em análise ser (mais) uma manifestação de uma tendência que de várias formas perpassa a política da UE em matéria de protecção internacional. Mas pretendemos igualmente avaliar se essa manifestação constitui, em si mesma, uma situação de discriminação racial e étnica e de discriminação com base na nacionalidade – e portanto sindicável – ou se pelo contrário haverá fundamentos objectivos razoáveis que possam justificar o tratamento diferenciado e como tal o legítimem, numa perspectiva jurídico-normativa mas também moral.

A excepcionalidade

O Sistema Europeu Comum de Asilo – ao contrário de outros sistemas de protecção de âmbito regional, desenhados para desenvolverem os princípios da Convenção de Genebra de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados – sofreu sempre de um pecado original: ter sido desde os seus primórdios concebido como forma de compensar ou mitigar a abolição de fronteiras

internas, o que sempre constituiu a sua verdadeira força motriz². Este peccado original é patente na evolução da política de asilo, que com avanços e recuos tem mantido algumas linhas de constância, designadamente ao nível da externalização do controlo, da dissuasão da entrada e da contenção nas fronteiras externas³.

E se a UE, ao longo das duas últimas décadas, pautou a sua actuação em termos de política migratória e concessão de protecção internacional por hesitações e tergiversações, mas com uma tendencial resistência em franquear o acesso ao seu território⁴, as pessoas deslocadas por força da invasão russa da Ucrânia foram, inversa e consensualmente, recebidas «de braços abertos»⁵. A protecção internacional que foi conferida às pessoas provenientes deste conflito assentou, no quadro da UE, na tomada de uma medida extraordinária, excepcional, pode dizer-se mesmo que inédita, que foi a activação da Directiva Protecção Temporária (DPT)⁶, a qual, numa situação de deslocamentos em grande escala por conflito armado ou violações generalizadas de direitos humanos, permite conceder às pessoas deslocadas uma protecção colectiva imediata, que inclui autorizações de residência, bem como o acesso a um rol de direitos a aceder no Estado-membro de acolhimento.

A DPT, que existe desde 2001, tendo sido criada em resposta às deslocamentos resultantes do conflito no Kosovo, nunca tinha sido activada até

² VINCENT CHETAU, «The Common European Asylum System: bric-à-brac or system?», in VINCENT CHETAU et al. (eds), *Reforming the Common European Asylum System: the new European refugee law*, Boston, Brill Nijhoff, 2016, p. 4. Ver também, em favor deste argumento, CHIARA FAVILLI, «Overview and summary of the obligations of the EU institutions and state authorities with regard to the Charter in the field of asylum. Proposals for possible improvements in EU legislation and policies», in ANDREA CRESCENZI et al. (eds.), *Asylum and the EU Charter of Fundamental Rights*, Editoriale Scientifica Napoli, Nápoles, 2018, p. 91, quando reversamente sustenta, a propósito da crise de 2015/2016, que os Estados-membros não teriam muitas dificuldades em renunciar à liberdade de circulação interna na UE em troca da não admissão de mais migrantes, designadamente requerentes de protecção internacional.

³ Sobre esta tríade de estratégias na área das migrações e asilo na UE, ver, por todos, VIOLETA MORENO-LAX et al., *The EU Approach on Migration in the Mediterranean*, Parlamento Europeu, 2021, estudo disponível em https://www.europarl.europa.eu/thinktank/et/document.html?reference=IPOL_STU%282021%29694413, *passim* [consultado a 24/07/2023].

⁴ Nesse sentido, ver por exemplo VINCENT CHETAU, «The Common European Asylum System...» cit., p. 37, ou MAARTEN DEN HEIJER et al., «Coercion, Prohibition, and Great Expectations: The Continuing Failure of the Common Asylum System», *Common Market Law Review*, 53, 2016, p. 7 e ss., ou, entre nós, A. SOFIA PINTO OLIVEIRA, «A Ativação da Diretiva da Protecção Temporária em 2022 – Possíveis Implicações para o Sistema Europeu Comum de Asilo», *e-Publica*, v. 10 (1), Maio de 2023, p. 120.

⁵ Expressão utilizada pela Presidente da Comissão Europeia Ursula von der Leyen.

⁶ Directiva 2001/55/CE do Conselho, de 20 de Julho. A Directiva foi activada pela Decisão de Execução (UE) 2022/382 do Conselho, de 4 de Março.

Março de 2022, sendo considerada pouco realista do ponto de vista político e tendo inclusivamente sido proposta a sua revogação aquando das propostas da Comissão Europeia para o novo Pacto Europeu para a Migração e Asilo, em 2020, por não corresponder à realidade e necessidades actuais. Pela sua indefinição quanto ao que constitui «afluxo maciço»⁷, a Directiva fica na dependência da vontade política dos Estados-membros para ser activada, na medida em que implica uma proposta inicial formulada pela Comissão, que depois terá de ser adoptada por maioria qualificada dos Estados-membros, no Conselho. Não há muitos anos, na crise de 2015/2016, perto de um milhão de pessoas procuraram protecção na Europa, em fuga de zonas de conflito como a Síria ou a Líbia. No entanto, nessa altura a tal vontade política não existiu e a Directiva não foi activada, como já não o tinha sido em consequência da Primavera Árabe, anos antes⁸.

Foi-o agora, pela primeira vez, na resposta à invasão da Ucrânia pela Rússia, que teve a virtualidade de dar o impulso político que permitiu consenso⁹ para a sua activação.

Genericamente, a activação da DPT é um passo importante de modo a facilitar a procura de protecção internacional por quem foge de um conflito e é também uma forma de melhorar a partilha de responsabilidades entre os Estados-membros com fronteiras externas e aqueles que não as têm. É, por um lado, um passo importante para facilitar a procura de protecção internacional porque dispensa a necessidade de exame individual dos pedidos, garantindo alguma automaticidade. As pessoas deslocadas da Ucrânia, por exemplo, puderam aceder por um período inicial de um ano (que se poderá

⁷ Este factor era genericamente tido como um obstáculo à aplicação da Directiva, mas na reacção à invasão da Ucrânia pela Rússia, em Fevereiro de 2022, esta indefinição não se mostrou problemática. Sobre a questão, ver MELTEM INELI-CIGER «Reasons for the Activation of the Temporary Protection Directive in 2022: A Tale of Double Standards», in SERGIO CARRERA e MELTEM INELI-CIGER, *EU Responses to the Large-Scale Refugee Displacement from Ukraine: An Analysis on the Temporary Protection Directive and Its Implications for the Future EU Asylum Policy*, European University Institute, San Domenico di Fiesole, 2023, p. 61.

⁸ Ver, sobre a oportunidade na activação da Directiva Temporária em reacção à Primavera Árabe e, posteriormente, em reacção à crise de 2015/2016, MELTEM INELI-CIGER «Reasons for the Activation...» cit., p. 67 e ss..

⁹ Apesar de a tomada de decisão requerer apenas, de acordo com a própria DPT, maioria qualificada, o Conselho alcançou a unanimidade, o que se revelou fulcral para a activação da Directiva – bem como para a sua conformação final – um vez que a Comissão tradicionalmente procura sempre um consenso para a tomada de medidas em matéria de asilo. Cf. SERGIO CARRERA *et al.*, «The EU Grants Temporary Protection for People Fleeing War in Ukraine: Time to Rethink Unequal Solidarity in EU Asylum Policy», in SERGIO CARRERA e MELTEM INELI-CIGER, *EU Responses... cit.*, p. 19.

estender, no limite, até aos três anos) a uma panóplia de direitos que incluem residência, alojamento, acesso à saúde, educação e mercado de trabalho. A protecção assim concedida não é necessariamente alternativa à protecção conferida pelo estatuto de refugiado ou de protecção subsidiária, podendo beneficiar-se da protecção temporária e ainda assim requerer-se, nos termos gerais, um exame individual da necessidade de protecção internacional. É, por outro lado, uma forma de melhorar a partilha de responsabilidades entre os Estados-membros porque foge às famosas regras de Dublin¹⁰, que estabelecem como critério subsidiário (e na prática preponderante) que a responsabilidade pela análise de um pedido de protecção internacional incumbe ao Estado-membro em que se deu a primeira entrada. Deste modo, os seus beneficiários podem, uma vez admitidos no território da União, circular livremente e escolher em que Estado-membro fixar residência e gozar dos direitos inerentes à protecção temporária¹¹.

Ora, a pronta e inédita activação da Directiva em resultado da invasão da Ucrânia trouxe algumas perplexidades. Desde logo, pela sua absoluta excepcionalidade, que se contrapôs aos bloqueios e tensões sentidos na gestão dos movimentos forçados em larga escala que se deram em 2015-2016, provenientes de países não-europeus como a Líbia, o Afeganistão ou a Síria. Mas também pelo facto de dar algum respaldo à política que já tinha sido assumida por alguns Estados-membros (como a Hungria, a Polónia ou a Eslováquia), de se furtarem à respectivas obrigações legais em matéria de protecção internacional para aqueles requerentes que proviessem de países africanos, asiáticos ou do Médio Oriente¹².

¹⁰ Regulamento 604/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho, ou mais simplesmente Regulamento Dublin III.

¹¹ No que constitui um ponto de contraste notável em relação aos restantes requerentes e prospectivos requerentes de protecção internacional. De facto, estes últimos, para além de terem de entrar de forma irregular, porque maioritariamente não gozam de isenção de visto, também não podem pedir asilo num Estado-membro da sua escolha, tendo ao invés de respeitar as regras de Dublin para a determinação do Estado-membro responsável pela análise do pedido, nem gozam de liberdade de circulação, mesmo após a concessão do estatuto, incluindo a possibilidade de visitar o país de origem sem o perder. Sobre o contexto histórico de aprovação da Directiva, que permitiu à época conceder uma «certa margem de escolha», ver NUNO PIÇARRA, «A União Europeia e “a crise migratória sem precedentes”»: crónica breve de uma ruptura do Sistema Europeu Comum de Asilo», *e-Publica: Revista Electrónica de Direito Público*, v. 3 (2), Novembro de 2016., pp. 19 e 38 e ss..

¹² Deve, a este propósito, lembrar-se que a oposição que a Hungria e a Polónia exerceram em relação às Decisões do Conselho que estabeleceram o mecanismo excepcional de recolocação, em 2015, já tinha por base um argumentário discriminatório, por apelo a uma suposta «homogeneidade étnica». Cf. SERGIO CARRERA *et al.*, «The EU Grants Temporary Protection...» cit., p. 3 e ss. e p. 44.

Os critérios diferenciados

Efectivamente, a União e os Estados-membros trataram as chegadas da Ucrânia de um modo significativamente diferente de vagas migratórias anteriores, com proveniências também elas diferentes.

Se olharmos, por exemplo, para a gestão da crise de 2015-2016 que se viveu nas fronteiras externas da União, com enormes fluxos de chegadas de pessoas maioritariamente com necessidade de protecção internacional, proveniente de contextos de conflito ou pós-conflito como a Síria, a Eritreia, o Afeganistão ou o Iraque, e que se tornou realmente sem precedentes a partir de meados de 2015, a estratégia gizada foi de uma natureza muito diferente. Mantendo-se a aposta na tríade contenção, dissuasão e externalização¹³, apostou-se em três mecanismos novos: a criação de *hotspots* (zonas de contenção na primeira linha de entrada), a adopção de um programa *ex novo* de recolocação de requerentes de protecção da Grécia e Itália para outros Estados-Membros¹⁴, e ainda a celebração de acordos de readmissão enfatizando a dimensão externa da gestão da crise, de que se destaca a Declaração UE-Turquia de 7 de Março de 2016. Todas as medidas foram consideradas conjunturais e ineficazes, suscitando ainda extensas dúvidas quanto à sua legalidade, e foram acompanhadas de medidas unilaterais como a reposição das fronteiras internas, proclamações de incumprimento e recurso a redes e muros fronteiriços¹⁵.

Pode então perguntar-se se a diferenciação de tratamento identificada entre esta situação de crise e crises anteriores pode ou não, à luz do direito internacional dos direitos humanos, do direito da UE e do próprio direito interno dos Estados-membros, considerar-se directamente discriminatória em função da nacionalidade e indirectamente discriminatória em função da raça ou etnia. Mas não só. O que dizer ainda das restrições no acesso ao território e disponibilização de assistência humanitária com base em marcadores raciais e de nacionalidade? E do tratamento preferencial dos beneficiários da DPT em comparação com outros grupos de migrantes forçados? O que dizer, por

¹³ Cf. *supra*, p. 2.

¹⁴ Decisões (UE) 2015/1523, de 14 de Setembro, e 2015/1601, de 22 de Setembro, ambas do Conselho.

¹⁵ Para uma visão panorâmica desta reacção, ver, por todos, NUNO PIÇARRA, «A União Europeia...» cit., pp. 30 e ss.

último, da aplicação prática a nível nacional do regime da Directiva, no jogo entre as disposições preceptivas e as permissivas¹⁶?

É um facto que as respostas públicas, na medida em que são sempre, pelo menos em alguma medida, conformadas por factores políticos, tendem inevitavelmente a estabelecer diferenciações no tratamento a diferentes grupos de pessoas, seja em virtude de afinidades históricas, étnicas, culturais ou religiosas, seja pela relação geopolítica¹⁷ entre o Estado que confere a protecção e aquele do qual fogem as pessoas que dela necessitam¹⁸. Importará, não obstante, a este propósito, ressaltar que as considerações geopolíticas, como quaisquer prioridades de política externa da União, não constituem, ao abrigo do direito originário ou derivado, um factor de ponderação relevante para efeitos de concessão de protecção internacional, podendo mesmo sustentar-se¹⁹ que condicionar as medidas tomadas ao abrigo do artigo 78º do Tratado de Funcionamento da UE a requisitos referentes às disposições do Tratado da UE sobre acção externa e sobre Política Externa e de Segurança Comum seria ilegal, à luz dos próprios tratados e da Carta dos Direitos Fundamentais da UE.

Assim, a destrinça passará desde logo por verificar se a diferenciação de tratamento é reflexo de uma avaliação das condições do país de origem (no sentido de avaliar a própria necessidade de protecção internacional), se é um tratamento diferenciado em razão da nacionalidade sem que exista justificação bastante (o que corresponde a tratamento discriminatório), ou se se trata efectivamente de discriminação racial (proibida em termos absolutos ou quase absolutos)²⁰. Vejamos.

¹⁶ JANINE PRANTL e IAN MATTHEW KYSEL, «Generous, but Equal Treatment? Anti-Discrimination Duties of States Hosting Refugees Fleeing Ukraine» *EJIL:Talk!* Blog of the European Journal of International Law, publicação de 2 de Maio de 2022, disponível em <https://www.ejiltalk.org/generous-but-equal-treatment-anti-discrimination-duties-of-states-hosting-refugees-fleeing-ukraine/> [consultado a 24/07/2023].

¹⁷ Razão expressamente contida no preâmbulo da Decisão, com a referência à ameaça que a agressão russa constitui para a segurança e estabilidade europeia e mundial.

¹⁸ Nesse sentido, CATHRYN COSTELLO e MICHELLE FOSTER, «(Some) refugees welcome: When is differentiating between refugees unlawful discrimination?», *International Journal of Discrimination and the Law*, v. 22(3), 2022, p. 246.

¹⁹ Com DORA KOSTAKOPOULOU, «Temporary Protection and EU Solidarity: Reflecting on European Racism», in SERGIO CARRERA e MELTEM INELI-CIGER, *EU Responses ...* cit., pp. 440 e ss.

²⁰ Seguiremos aqui de perto o argumento de CATHRYN COSTELLO e MICHELLE FOSTER, «(Some) refugees welcome...» cit., p. 246 e ss.

As políticas migratórias, quer estejamos a falar das prosseguidas por cada Estado-membro quer da política prosseguida pela própria UE, são por natureza discriminatórias. Bastará pensar em questões como as relativas às nacionalidades isentas de visto Schengen, por exemplo²¹. Aliás, o próprio sistema de protecção internacional se aplica de modo diferenciado, tanto no acesso à protecção como até no gozo dos direitos que lhe estão subjacentes. Assim acontece, por exemplo, quando as pessoas refugiadas se deparam com sistemas de controlo de fronteiras racializados, como a utilização de perfis raciais pelas autoridades policiais e de controlo de fronteiras, sem justificação objectiva e razoável, para actividades de controlo, vigilância ou investigação de irregularidade migratória²². Apesar da proibição de discriminação²³ consagrada da Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CIEDR), da qual se pode inferir uma proibição da discriminação directa, mas também de discriminação indirecta²⁴, bem como da proibição resultante da Convenção de Genebra²⁵, que constitui o parâmetro mínimo aplicável à protecção internacional concedida nos seus termos, nem por isso deixa a sua aplicação de, em alguns casos, institucionalizar formas de exclusão em que o factor raça é determinante²⁶ e que portanto

²¹ Para uma análise mais aprofundada do argumento moral e político no modo como o sistema de vistos é inerente e deliberadamente discriminatório, ver RODRIGO BUENO LACY e HENK VAN HOUTUM, «EUrope's Selective Dehumanisation: The Revival of Geographical Determinism as Rationalisation to Justify the Preferential Protection of Ukrainian Refugees in the EU», in SERGIO CARRERA e MELTEM INELI-CIGER, *EU Responses ... cit.*, pp. 462 e ss..

²² Neste sentido, ver TENDAYI ACHIUME, «Race, Refugees, and International Law», in CATHRYN COSTELLO *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021.

²³ Segundo a qual discriminação racial se refere a qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica que tenha como objectivo ou como efeito destruir ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em condições de igualdade, de direitos humanos e liberdades fundamentais (itálico nosso).

²⁴ A discriminação indirecta implica que sejam comportadas na proibição de discriminação as situações em que à partida a medida tomada é aparentemente neutra ou o critério utilizado é aparentemente objectivo (TEDH, *Hoogendijk c. Países Baixos*, queixa nº 58641/00, acórdão de 06/01/2005), em que não existe qualquer direccionamento para uma categoria suspeita e em que mesmo a intenção discriminatória não é relevante (TEDH, *Biao c. Dinamarca*, queixa nº 38590/10, acórdão de 24/05/2016). Regras formuladas de forma aparentemente neutra ou situações de facto indistintamente aplicáveis a quaisquer destinatários podem ter um impacto desproporcionado em determinados grupos, produzindo na prática um efeito desvantajoso contra eles equivalente a uma discriminação directa. Quanto ao consenso consolidado em torno da proibição de discriminação indirecta no direito internacional dos direitos humanos, cf. CATHRYN COSTELLO e MICHELLE FOSTER, «(Some) refugees welcome...» *cit.*, p. 251.

²⁵ Quando dispõe que os Estados Contratantes aplicarão as disposições desta Convenção aos refugiados *sem discriminação quanto à raça, religião ou país de origem* (itálico nosso).

²⁶ TENDAYI ACHIUME, «Race, Refugees, and International Law»... *cit.*, p. 8, chama a este propósito a atenção para o facto de que os Estados que distam geograficamente de um conflito exercem total discricionariedade na determinação, não só do número, mas também do tipo de refugiados a admitir, notando que a própria figura da reinstalação – que

podem eventualmente ser sindicáveis na perspectiva do direito internacional dos direitos humanos.

Tratar-se-á, então, de perceber se as razões subjacentes à necessidade de protecção internacional podem ou não representar situações comparáveis, o que permitiria lançar mão das normas aplicáveis de direito internacional dos direitos humanos, e muito particularmente a proibição de discriminação²⁷, cabendo aqui à UE²⁸ demonstrar que há razões objectivas que justifiquem a diferenciação, e que, ainda que o tratamento possa produzir um efeito diferenciado, se funda numa condição necessária e adequada para atingir um fim que é em si mesmo legítimo no quadro do Estado de Direito.

O direito internacional dos direitos humanos consagra proibições de discriminação em cláusulas abertas, nas quais podemos encontrar consistentemente, entre o rol de categorias suspeitas identificadas, o factor racial, constituindo a proibição de discriminação racial, consensualmente, *ius cogens*.

Tratando-se de uma diferenciação de tratamento que tem como base esse factor, será em princípio difícil de justificar. A possibilidade de oferecer uma justificação objectiva e razoável para diferenciações de tratamento com base em critérios raciais ou étnicos deve ser encarada tão estritamente quanto possível, de acordo com o entendimento de instâncias como o Tribunal

é afinal o único meio seguro e totalmente institucional pelo qual os Estados, designadamente europeus, admitem refugiados no seu território – está longe de ser neutra, determinando, pelo menos implicitamente, condições raciais, religiosas e de género para escolher quem admitir. No mesmo sentido, cf. CATHRYN COSTELLO E MICHELLE FOSTER, «(Some) refugees welcome...» cit., p. 266. O que representará relativa novidade no tratamento a dar à crise de deslocados ucranianos pode ser exactamente o facto de o afrouxamento das condições de admissão e do estatuto a conceder constituírem uma abertura de possibilidades de acção por parte dos Estados – e, por conseguinte, de selecção. Dito de outra forma: quando os Estados se mantêm nos limites da obrigação de *non-refoulement*, resta-lhes menos margem para seleccionar, eventualmente discriminando, do que quando decidem aceitar adicionalmente pessoas com necessidade de protecção, como nos processos de reinstalação ou na facilitação das admissões ao território. Assim, no confronto entre admissões voluntárias e admissões obrigatórias, KIERAN OBERMAN sustenta que parece mais fácil aceitar uma discriminação quando a decisão é discricionária, mas do ponto de vista moral conclui que não haverá diferença de monta entre ambas. Ver KIERAN OBERMAN, «Refugee Discrimination – The Good, the Bad, and the Pragmatic», *Journal of Applied Philosophy*, v. 37 (5), 2020, p. 703.

²⁷ LISA HESCHL, «A Refugee is a Refugee is ... a Refugee? Differential Treatment of Persons in Need of Protection and Non-discrimination Law», *Peace Human Rights Governance*, v. 7(1), 2023, p. 110.

²⁸ Especificamente à Comissão Europeia, que detém o impulso, e ao Conselho, sobre quem recai a competência decisória para a aplicação da Directiva.

Europeu dos Direitos Humanos (TEDH)²⁹ ou o Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas³⁰.

No entanto, parece que aqui a diferenciação se fará com base noutra factor de pertença determinante – a nacionalidade –, o que dilata a margem de abertura para a justificação³¹. No entanto, continuam a ser exigidas razões muito ponderosas para justificar a diferenciação de tratamento com essa base, e a articulação entre discriminação por nacionalidade e discriminação por motivos étnicos ou raciais, embora controversa³², não ficará necessariamente afastada.

Particularmente no contexto da concessão de protecção internacional, é ainda fundamental, não apenas convocar a proibição de discriminação da CIEDR, mas conjugá-la com a proibição de discriminação da Convenção de Genebra. Esta, conjuntamente com o Protocolo de 1967, tem uma vocação de universalidade que é explícita e inequívoca. Importa, não obstante, notar³³ que a doutrina na área do direito internacional em matéria de asilo não está particularmente desenvolvida na forma como a igualdade racial intersecta os direitos dos refugiados. Poderá ser essa, porventura, a razão que leva a que a externalização do controlo migratório³⁴ seja analisada e sindicada mais por recurso às questões jurídico-formais – como a tutela jurisdicional efectiva, o princípio do Estado de direito, entre outras – do que por referência directa ao princípio da igualdade e à não-discriminação em função da raça. Por outro lado, embora a Convenção de Genebra consagre uma proibição de

²⁹ TEDH, *D.H. e Outros c. República Checa*, queixa nº 57325/00, acórdão de 13/11/2007. Diz mesmo o Tribunal de Estrasburgo neste acórdão (§ 176) que nenhuma diferença de tratamento baseada exclusivamente ou de forma decisiva na origem étnica de uma pessoa poderá justificar-se objectivamente numa sociedade democrática contemporânea assente nos princípios do pluralismo e do respeito pelas diferentes culturas.

³⁰ Comité dos Direitos Humanos, *Lecraft c. Espanha*, Comunicação nº 1493/2006, 96.ª sessão, 13-31 Julho de 2009.

³¹ Continuando a seguir CATHRYN COSTELLO e MICHELLE FOSTER, «(Some) refugees welcome...» cit., p. 255, se o nº 2 do artigo 1.º da Convenção («A presente Convenção não se aplica às diferenciações, exclusões, restrições ou preferências estabelecidas por um Estado Parte na Convenção entre cidadãos e não cidadãos») isenta de escrutínio quaisquer normas que estabeleçam um tratamento para cidadãos e outro para não cidadãos, até porque aí o factor para a diferenciação é a própria cidadania, não o factor racial ou étnico, já nada nos autoriza a fazê-lo, numa interpretação quer literal quer sistemática, se o tratamento diferenciado for direccionado a um específico grupo, dentro da categoria mais ampla de não cidadãos.

³² Ver, sobre as dimensões quer doutrinal quer (quase-) jurisprudencial, DAVID FENNELLY and CLÍODHNA MURPHY, «Racial Discrimination and Nationality and Migration Exceptions: Reconciling CERD and the Race Equality Directive», *Netherlands Quarterly of Human Rights* v. 39(4), 2021, pp. 310 e ss.

³³ Com TENDAYI ACHIUME, «Race, Refugees, and International Law»... cit., p. 14.

³⁴ Uma das três dimensões da tríade de estratégias na política de asilo da UE, como referido *supra*.

discriminação na sua aplicação, não oferece uma definição ou circunscrição do que constituiria tal discriminação. É, portanto, essencial a mobilização das diferentes esferas da protecção contra a discriminação do direito internacional dos direitos humanos, nomeadamente as disposições da CIEDR. Também nessa óptica, portanto, quaisquer diferenciações de tratamento terão necessariamente de ter um fundamento objectivo razoável que as justifique, sob pena de serem arbitrárias e, como tal, discriminatórias³⁵. Decompondo: terá de haver uma finalidade legítima na diferenciação no acesso à protecção, por um lado, e a relação entre essa finalidade e o tratamento diferenciado terão de ser avaliados à luz de critérios de proporcionalidade, por outro. E aqui a questão, na expressiva formulação de Meltem Ineli-Ciger³⁶, não é avaliar por que razão terá sido a Directiva activada agora, é avaliar por que razão não o foi anteriormente.

A concessão automática ou facilitada de protecção, através do instituto da protecção temporária, pode apresentar-se como um mecanismo essencial para que os Estados possam garantir o funcionamento do seu sistema de asilo³⁷. Assim, dada a dimensão e escala absolutamente sem precedentes de pessoas deslocadas da Ucrânia, seria em tese admissível uma activação de tal modo excepcional da Directiva, em confronto com vagas anteriores, havendo argumentos em favor de uma diferenciação de tratamento com justificação objectiva e razoável bastante³⁸.

No entanto, parece-nos que há um argumento preponderante nesta análise, que tem que ver com o facto de nem todas as pessoas deslocadas da Ucrânia terem sido recebidas do mesmo modo entre si, também aí se jogando

³⁵ Sobre o tratamento da questão numa perspectiva quer de direito internacional, particularmente à luz da CIEDR, quer de direito da UE, ver SERGIO CARRERA *et al.*, «The EU Grants Temporary Protection...» cit., p. 41 e ss.

³⁶ MELTEM INELI-CIGER «Reasons for the Activation...» cit., p. 68.

³⁷ A Directiva refere-se à protecção temporária como «um procedimento de carácter excepcional que assegure, no caso ou perante iminência de afluxo maciço de pessoas deslocadas de países terceiros, impossibilitadas de regressar ao seu país de origem, uma protecção temporária imediata a estas pessoas, sobretudo se o sistema de asilo também não puder responder a este afluxo sem provocar efeitos contrários ao seu correcto funcionamento, no interesse das pessoas em causa e no de outras pessoas que solicitem protecção».

³⁸ Ver, nesse sentido, ACHILLES SKORDAS, «Temporary Protection and European Racism», in SERGIO CARRERA e MELTEM INELI-CIGER, *EU Responses ... cit., passim*. Já sobre a impropriedade de outros possíveis argumentos que afastassem a comparabilidade de situações, desde o factor geográfico à isenção de vistos, cf. LISA HESCHL, «A Refugee is...» cit., pp. 127 e ss.

o factor da nacionalidade e, principalmente, o factor racial e étnico³⁹. É que pessoas deslocadas genericamente consideradas como não-brancas, e muito particularmente aquelas provenientes ou com ascendência africana, mesmo que residindo regularmente em território ucraniano aquando da invasão, ou população Roma, ainda que de nacionalidade ucraniana, enfrentaram igualmente um tratamento diferenciado.

De acordo com o Grupo de Trabalho de Peritos/as das Nações Unidas sobre Pessoas de Ascendência Africana, o Relator Especial das Nações Unidas sobre Formas Contemporâneas de Racismo e Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Relacionada, e o Relator Especial das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos dos Migrantes⁴⁰, este tratamento diferenciado existiu no acesso ao território da UE, fosse na gestão dos comboios, autocarros, ou genericamente nos controlos fronteiriços, de modo a impedir ou pelo menos retardar a liberdade de movimentos das pessoas não-brancas em prol da precedência das pessoas brancas. Há também outros relatos sobre retenções na fronteira, medidas de encaminhamento daquelas pessoas para o final das filas de deslocados ultrapassados por todos aqueles que evidenciavam um perfil ucraniano típico, a recusa de entrada nos países vizinhos, a emissão de vistos com prazos mais curtos, condições de acolhimento substancialmente diferentes da restante população proveniente do conflito, etc.⁴¹. Tais situações configuram um tratamento discriminatório directo e são – agora já sem outras ponderações – proibidas, à luz da proibição de discriminação racial.

Voltando à DPT, também aí pode verificar-se, institucionalizada, a relevância do argumento etno-racial. A versão final da Decisão do Conselho que procede à sua activação não seguiu a proposta da Comissão Europeia, que incluía requerentes de asilo no âmbito pessoal de protecção, e menos ainda o apelo da Comissão das Liberdades Civas (LIBE) do Parlamento Europeu

³⁹ Parecendo também usar este tratamento nas fronteiras, enquanto argumento de maioria de razão, em favor da tese de racismo na gestão da protecção internacional na UE, ver CÉLINE PARÉ, «Selective Solidarity? Racialized Othering in European Migration Politics.», *Amsterdam Review of European Affairs*, v. 1 (1), 2022, p. 51.

⁴⁰ Declaração conjunta de 3 de Março de 2022, disponível em <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/03/ukraine-un-experts-concerned-reports-discrimination-against-people-african> [consultado a 24/07/2023].

⁴¹ A título de exemplo, ver IVANA KOTTASOVÁ, ‘You are not a refugee.’ *Roma refugees fleeing war in Ukraine say they are suffering discrimination and prejudice*, notícia CNN de 7 de Agosto de 2022, disponível em <https://edition.cnn.com/2022/08/07/europe/ukraine-roma-refugees-intl-cmd/index.html> [consultado a 24/07/2023].

para que ficasse assegurado um âmbito pessoal alargado de protecção e um tratamento não-discriminatório dirigido a todas as pessoas em fuga da Ucrânia⁴². A premência da Decisão no sentido de acudir à escalada de gravidade da situação humanitária nas fronteiras externas da UE terá acabado por atender inevitavelmente às pressões políticas domésticas (de alguns) dos Estados-membros, protegendo-se dessa forma de narrativas nacionalistas e nativistas⁴³.

Assim, a redacção final da Decisão, da responsabilidade do Conselho, concede margem de manobra aos Estados-membros quanto ao âmbito pessoal de aplicação, no sentido de aqueles poderem optar por aplicar ou não aplicar a apátridas e a nacionais de Estados terceiros provenientes da Ucrânia mas que não sejam seus nacionais ou aí beneficiários de protecção internacional, designadamente pessoas com autorização de residência permanente e requerentes de asilo residentes na Ucrânia. Mas esta margem de manobra implica um potencial de inconsistência e mesmo discriminação na sua actuação em relação a não-nacionais ucranianos⁴⁴, como se veio a verificar na execução da Decisão por parte dos Estados-membros.

De qualquer das formas, e ainda que pessoas com necessidade de protecção não estivessem ou viessem a estar, na prática, por decisão de cada Estado-membro, abrangidas pela Directiva, manter-se-iam intocados os direitos relacionados com a possibilidade de pedir asilo / protecção subsidiária, como o direito ao exame individual do pedido, ou genericamente com os direitos humanos das pessoas em causa, como o direito a não sofrer tratamentos desumanos ou degradantes⁴⁵. Dos diversos relatos que vieram a público no rescaldo da invasão e das primeiras transposições das fronteiras externas da União, parece poder inferir-se que estes direitos não foram integralmente respeitados.

A inevitabilidade da diversidade étnica e cultural tem vindo a despertar nativismos um pouco por toda a Europa. A UE como um todo e os

⁴² Resolução do Parlamento Europeu, de 1 de Março de 2022, sobre a agressão russa contra a Ucrânia, em especial pontos 13 e 14.

⁴³ Nesse sentido, ver DORA KOSTAKOPOULOU, «Temporary Protection...» cit., p. 443.

⁴⁴ SERGIO CARRERA *et al.*, «The EU Grants Temporary Protection...» cit., p. 20 e ss.. No mesmo sentido, ver também JANINE PRANTL e IAN MATTHEW KYSEL, «Generous, but Equal Treatment?...» cit.

⁴⁵ Nesse sentido, MARIANA GKLIATI, «Frontex Assisting in the Ukrainian Displacement – A Welcoming Committee at Racialised Passage?», in SERGIO CARRERA e MELTEM INELI-CIGER, *EU Responses ...* cit., p. 292.

Estados que a constituem são, cada vez mais, palco de inquietações difusas sobre identidades nacionais, coesão social e valores comuns, e os imigrantes vistos como uma ameaça ao seu modo de vida. A vergonha que, historicamente, havia na assunção da etnicidade como peça-chave no discurso das seguranças nacionais, a partir do dealbar do século XXI foi ultrapassada através da estigmatização dos imigrantes, que de conceito sociologicamente neutro passou a comportar uma carga securitária cada vez maior⁴⁶, a que não é alheia, por exemplo, a referência a *imigrante ilegal* por oposição a *estrangeiro indocumentado*⁴⁷.

A importância da componente étnica – e mesmo do racismo⁴⁸ – no processo de securitização das migrações tem sido amplamente discutido, assim como as variáveis que vai assumindo, desde a xenofobia à intolerância religiosa e ao racismo cultural⁴⁹. O tom culturalista é hoje dominante nos discursos e práticas de exclusão de estrangeiros na Europa, e os nativismos crescentes induzem enormes dificuldades ao jogo político ao nível da protecção internacional, como se vê com clareza também a propósito da aplicação prática da Directiva. Repare-se, que, numa perspectiva nacional, há alguns aspectos que também podemos destacar, e que se prendem exactamente com isto.

Os efeitos a nível nacional

A própria sucessão de posições sobre a abrangência pessoal da protecção temporária em Portugal, designadamente através da revisão dos critérios para a concessão de protecção, pode entender-se como sintomática disso mesmo, indiciando um intuito político de acalmar uma vaga recente de discussão política sobre gestão das migrações em Portugal, a qual alcançou igualmente

⁴⁶ Cf. CÉLINE PARÉ, «Selective Solidarity?...» cit., p. 46 e ss.

⁴⁷ ELSPEETH GUILD, *Security and Migration in the 21st Century*, Polity Press, Boston, 2009, p. 14 ss.

⁴⁸ Não podendo aqui deixar de se fazer referência ao conceito de neo-racismo, de ÉTIENNE BALIBAR. BALIBAR refere-se-lhe como um «racismo sem raça», pós-colonial, que se foca nas diferenças culturais e que aflora inevitavelmente nos debates sobre imigração. Os argumentos já não são biológicos, são antes relacionados com os perigos da abolição ou relaxamento de fronteiras, com a incompatibilidade de tradições e estilos de vida, com a perda ou diluição cultural. ÉTIENNE BALIBAR, «Is there a neo-racism?», in ÉTIENNE BALIBAR e IMMANUEL WALLERSTEIN, *Race, Nation, Class: Ambiguous Identities*, Verso, Londres, 1991.

⁴⁹ Ver, a este propósito, CÉLINE PARÉ, «Selective Solidarity?...» cit., p. 48.

uma dimensão inédita⁵⁰. Pessoas deslocadas não-ucranianas, como migrantes em situação temporária na Ucrânia, foram inicialmente consideradas no âmbito da protecção temporária⁵¹, com base na margem de manobra de que gozam os Estados-membros pela decisão de activação da Directiva, referida *supra*. Portugal e os Países Baixos⁵² foram, aliás, os Estados-membros mais flexíveis na concessão de protecção temporária a nacionais de países terceiros não-ucranianos deslocados da Ucrânia que não eram titulares de protecção internacional nem tinham residência permanente na Ucrânia antes da guerra, o que constituiu um sinal importante de solidariedade em confronto com outros Estados-membros e que é de louvar. No entanto, esses critérios foram revistos⁵³, identificando-se um alinhamento com os restantes Estados-membros quanto ao âmbito da concessão de protecção temporária a nacionais de países terceiros não-ucranianos.

Por outro lado, verificaram-se algumas variações quanto ao conteúdo de protecção, por confronto com os restantes requerentes e beneficiários de protecção internacional em Portugal⁵⁴. Uma parte significativa dessas variações diz respeito a simplificações ditadas pela própria natureza da protecção temporária, no sentido de aliviar os sistemas nacionais em períodos de afluxo maciço. É o caso da simplificação documental, da previsão de uma melhor articulação inter-institucional, ou outras medidas de natureza procedimental.

Em contrapartida, há algumas alterações que correspondem a opções de natureza substancial. É o caso da possibilidade de cumprir a escolaridade

⁵⁰ A referida discussão política constitui uma reacção a recentes opções de gestão das migrações a nível nacional, designadamente as alterações à Lei de Estrangeiros operadas pela Lei nº 18/2022, de 25 de Agosto, que criaram um novo tipo de visto para procura de trabalho; simplificaram e facilitaram a emissão de vistos para cidadãos da Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP); e eliminaram formalmente a existência de um contingente global indicativo de oportunidades de emprego para efeitos de concessão de visto para actividade profissional subordinada (contingente sem expressão prática desde 2010).

⁵¹ Resolução do Conselho de Ministros nº 29-D/2022, de 11 de Março.

⁵² Dados disponibilizados por CATARINA REIS OLIVEIRA, *Requerentes e Beneficiários de Protecção Internacional em Portugal: Relatório Estatístico do Asilo 2023*, Observatório das Migrações, Lisboa, 2023, disponível em <https://www.om.acm.gov.pt/publicacoes-om/colecao-imigracao-em-numeros/relatorios-asilo> [consultado a 24/07/2023].

⁵³ Resolução do Conselho de Ministros nº 135/2022, de 28 de Dezembro.

⁵⁴ Sobre o facto de a protecção temporária corporizar, a nível nacional, um meio caminho entre o conteúdo da protecção conferida a requerentes de asilo e o da conferida a beneficiários de asilo e protecção subsidiária, ver JULIA KIENAST *et al.*, «Preferential, Differential or Discriminatory? EU Protection Arrangements for Persons Displaced from Ukraine», in SERGIO CARRERA e MELTEM INELI-CIGER, *EU Responses...*, cit., p. 392 e ss. Isto pode implicar que um requerente de protecção internacional que venha a ser reconhecido como refugiado, através de um exame individual, acabará por beneficiar de uma situação mais vantajosa do que um beneficiário de protecção temporária que se mantenha prolongada e indefinidamente nessa situação.

obrigatória através do ensino à distância facultado por escolas ucranianas para as crianças deslocadas pelo conflito, podendo articular a frequência do sistema de ensino português com o sistema de ensino *online* ucraniano⁵⁵. Ainda no âmbito sócio-educativo, foi igualmente aprovada uma medida⁵⁶ social excepcional, transitória e temporária, abrangendo apenas as crianças deslocadas da Ucrânia e com concessão de protecção temporária, de acordo com a qual se veio admitir a integração de até mais duas crianças por cada sala existente de creches e de centros de actividades de tempos livres, para lá da capacidade autorizada. Esta última medida é particularmente significativa pelo facto de, sendo a oferta da resposta de creche especialmente escassa, e não dispondo as pessoas beneficiárias de protecção internacional de redes familiares que permitam colmatar essa lacuna, a possibilidade de integração das crianças em creche poder fazer a diferença entre os adultos do agregado familiar conseguirem ou não exercer uma actividade profissional.

É de notar que também o alojamento e a questão da habitação continuam a ser um dos principais problemas do acolhimento, não afectando porém todas as pessoas deslocadas do conflito da Ucrânia da mesma forma. O alojamento para aquelas que sejam originárias de países asiáticos ou africanos é um desafio maior do que para aquelas que sejam nacionais ucranianas. Nessa medida, a probabilidade é muito maior de terem estadias mais prolongadas em centros de acolhimento, em vez que disporem de uma habitação individual. Mas é também possível, por exemplo, que pessoas individuais e até autarquias se recusem a alojar nacionais de estados terceiros provenientes da Ucrânia por não se adequarem às expectativas fenotípicas e não se assemelharem aos nacionais ucranianos⁵⁷.

Do mesmo modo, a abordagem do Instituto do Emprego e da Formação Profissional (IEFP) parece poder considerar-se mais vigorosa no caso da actual vaga de deslocados do conflito na Ucrânia, em relação a outros beneficiários de protecção internacional, na medida em que estes últimos não dispõem de instrumentos especificamente destinados à sua inclusão laboral de iniciativa

⁵⁵ Ver Direcção-Geral de Educação, *Orientações para o acolhimento, a integração e a inclusão de crianças e jovens ucranianos refugiados*, 2022.

⁵⁶ Portaria nº 138/2022, de 8 de Abril.

⁵⁷ GABRIELE DE ÁNGELIS *et al.*, *O acolhimento em Portugal de pessoas deslocadas da Ucrânia*, Policy Brief nº 1 NOVA Asylum Policy Lab, Janeiro 2023, p. 13.

pública, enquanto às pessoas deslocadas da Ucrânia foram disponibilizados serviços e medidas de emprego e formação, em canal directo com os empregadores nacionais⁵⁸

Conclusões

A gestão da crise de 2015-2016 pôs a nu uma série de fragilidades da política comum da UE em matéria de asilo. Essas fragilidades acabaram por justificar apelos à reforma do sistema, que se consubstanciaram nas propostas avançadas pela Comissão Europeia para um novo Pacto para a Migração e Asilo, em 2020.

Creemos que não há razões para considerar que se terá tratado, na resposta à invasão da Ucrânia, de um ponto de viragem na política comum de asilo, há muito reclamado. Tratar-se-á, quando muito, da plena demonstração de que, em 2015/2016, a situação crítica não se referia aos números de chegadas, até aí sem precedentes, mas sim às opções de gestão e operacionalização da política de resposta aos mesmos⁵⁹. Ainda que, do ponto de vista jurídico-normativo, e assumindo o direito à não-discriminação em matéria de protecção internacional um papel relativamente periférico, não haja muitas razões para acreditar que a questão da discriminação possa ganhar um relevo que nunca teve nos órgãos quase-jurisdicionais e jurisdicionais nacionais, supra-nacionais e internacionais⁶⁰, a verdade é que as políticas migratórias estão hoje claramente na linha da frente de opções políticas com uma conformação racializada e discriminatória, sendo o caso da protecção conferida a nacionais ucranianos um exemplo claro da politização do próprio direito em matéria de asilo e protecção internacional⁶¹. Importará, pois, da nossa

⁵⁸ *Idem, ibidem*, pp. 17 e ss.

⁵⁹ Nas palavras MAARTEN DEN HEIJER *et al.*, «Coercion, Prohibition...» cit., p. 28, «the present European crisis is a crisis of refugee policy, not a refugee crisis. The numbers in themselves are not the problem; the way in which the European deals with them is».

⁶⁰ Em sentido diverso, cf. JANINE PRANTL e IAN MATTHEW KYSEL, «Generous, but Equal Treatment?...», cit.

⁶¹ LISA HESCHL, «A Refugee is...», cit., pp. 133 e ss.

perspectiva, trazer o assunto para o debate, independentemente da avaliação positiva que possa e deva ser feita da abertura verificada neste caso concreto⁶².

Nesta óptica, trazer a questão da discriminação para o debate, ou – pelo menos – apontar para o carácter excessivamente discricionário e politizado da concessão de protecção internacional, onde pontua uma manifesta dualidade de critérios, não implica minorizar a bondade ou generosidade da opção concreta nem constitui quanto a esta qualquer tipo de ameaça. Não obstante, a imposição de igualdade de tratamento a situações materialmente iguais pode ter o efeito reverso de nivelar por baixo, ou pelo menos de diminuir o limiar da generosidade outorgada, receio que não podemos desconsiderar⁶³ mas que não deve ainda assim ofuscar outras considerações de ordem jurídico-normativa e de ordem moral.

Começa, de todo o modo, a tornar-se claro que haverá – ou poderá – com alguma probabilidade haver – alguns impactos positivos no sistema resultantes da resposta da União à gestão das entradas de deslocados da invasão da Ucrânia. Há quem⁶⁴ proponha, por exemplo, a identificação de Estados cuja proveniência faça presumir a necessidade de protecção internacional, de forma simétrica à listagem dos países de origem seguros, o que traria uma aceleração na apreciação dos respectivos pedidos, mesmo em tempos não excepcionais, podendo proporcionar alívio aos sistemas de asilo nacionais. Ou quem⁶⁵ aponte para a demonstração da premência de permitir aos requerentes prospectivos a escolha do Estado-membro de destino, de modo a poderem juntar-se às suas famílias, amigos e redes de contacto, como expressamente faz a Decisão do Conselho, abandonando finalmente o princípio segundo o qual requerentes de asilo e refugiados não podem movimentar-se livremente e os chamados «movimentos secundários» devem consequentemente ser dissuadidos e penalizados.

Mas a verdade é que o direito da UE em matéria de asilo tem demonstrado estar em processo de revisão permanente, sempre se esperando que das

⁶² A. SOFIA PINTO OLIVEIRA, «A Ativação da Diretiva...» cit., p. 125.

⁶³ CATHRYN COSTELLO E MICHELLE FOSTER, «(Some) refugees welcome...» cit., p. 268.

⁶⁴ A. SOFIA PINTO OLIVEIRA, «A Ativação da Diretiva...» cit., p. 129.

⁶⁵ SERGIO CARRERA *et al.*, «The EU Grants Temporary Protection...» cit., p. 40.

«discussões aparentemente sem fim»⁶⁶ surja a estabilização de um quadro jurídico que corporize uma resposta coerente da União ao desafio criado pelos movimentos forçados de pessoas⁶⁷, o qual parece cada vez mais difícil em situação de normalidade, atenta a composição do Conselho e a persistência da Comissão Europeia na procura de consenso no seio daquele.

⁶⁶ CÉLINE PARÉ, «Selective Solidarity?...» cit., p. 45 (tradução nossa).

⁶⁷ A. SOFIA PINTO OLIVEIRA, «A Ativação da Diretiva...» cit., p. 128.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM PARADIGMA VIÁVEL DE JUSTIÇA JUVENIL?

Ana Rita Simões
Cristina Azevedo

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.148.3>

Considerações introdutórias

Não obstante as matérias relacionadas com a justiça juvenil terem sido um domínio muitas vezes negligenciado pela doutrina, o enfoque nas mesmas tem vindo a medrar, posicionando-se Portugal na vanguarda no tratamento desta realidade. Assim sendo, no tocante à delinquência juvenil, possui-se como intento o desenvolvimento de estratégias e instrumentos que tenham como desígnio o seu combate e prevenção, encolhendo os números de casos de conflito entre os jovens e a lei, vastificando e dilatando as dimensões de resposta, adotando novas estratégias e métodos heterogéneos e eficientes.

Partindo da conceptualização do fenómeno de delinquência juvenil, da indagação sobre as dinâmicas sociais e fatores individuais, familiares e socio-culturais que possam constituir condições influenciadoras da sua ocorrência, passando pelo seu enquadramento legal e fazendo uma breve explanação sobre a Lei Tutelar Educativa, o nosso intuito é cogitar sobre os meios alternativos

e/ou complementares de resolução de conflitos neste âmbito, como meio de combater as fragilidades do atual sistema de justiça juvenil.

Nesta senda, e seguindo uma vastidão de diretrizes e disposições europeias e internacionais, como resposta aos problemas e limitações do sistema tradicional de justiça, é pertinente estudar o quesito da Justiça Restaurativa utilizado neste contexto, de forma que se atinjam as finalidades de socialização e integração social dos jovens em causa e a diminuição da reincidência possa ser alcançada. Sumarizando, é nosso intuito conceber se a Justiça restaurativa, nomeadamente no que diz respeito à mediação na esfera da Lei Tutelar Educativa, constituirá um recurso viável e solucionador quanto aos desafios do sistema de justiça de menores, nunca olvidando as suas potenciais limitações.

1. A delinquência juvenil: conceptualização e causalidade

Fruto da evolução social, económica, histórica e cultural de um determinado período, as idades legais, apesar de construções sociais, são um fator diferenciador na relação entre o Estado e o indivíduo, estabelecendo degraus de expectativas, responsabilidades e repercussões para o seguimento ou violação das normas penais¹. Alvejando a faixa etária juvenil, onde “a taxa de prevalência na prática de ilícitos é particularmente elevada”², apesar de os seus integrantes não serem os atores da maior parte dos ilícitos criminais³, importa conceptualizar a noção de delinquência juvenil, assim como indagar acerca das causas da sua ocorrência, de forma que a sua prevenção e abordagem jurídica sejam o mais eficientes possível.

Nesta senda, principiando com a questão da delinquência, Lourdes Mirón Redondo e José Manuel Otero López apresentam uma definição

¹ CARVALHO, Maria João Leote de Carvalho – «Uma realidade invisível: os jovens adultos condenados em Tribunais Judiciais de 1.ª Instância em Portugal (1993-2018)», in *Revista do Ministério Público*, nº 162 abr.- jun. (2020), pp. 117-148, p. 118. Vide também PEDROSO, João; CASALEIRO, Paula; BRANCO, Patrícia – «Introdução Geral», in *Justiça Juvenil: a Lei, os Tribunais e a (In)visibilidade do crime no feminino*. Porto: Vida Económica, 2017, pp. 13 a 15.

² CARVALHO, Maria João Leote de Carvalho – «Uma realidade invisível...» *op. cit.*, p. 119. A autora refere que a incidência aumenta gradualmente até à adolescência, correspondendo à idade entre os 15 e os 19 anos, começando a escalar no final da infância.

³ IDEM, *ibidem*.

bipartida, como “a conduta que está proibida pelas leis da sociedade” ou “como a conduta realizada por alguns sujeitos, que passam a ser denominados delinquentes”⁴, tendo-se em conta a própria conduta ou o sujeito que atuou, respetivamente. Ambas as definições possuem imperfeições, provando a imensa complexidade da conceptualização⁵, ou até a sua impossibilidade⁶. Especificamente no tocante à delinquência juvenil, os autores afirmam que a mesma surge quando “um determinado grupo de idade atua de um modo que a sociedade, e especialmente os membros adultos dessa sociedade, considera inadequado”⁷. Por sua vez, Maria João Leote de Carvalho⁸ entende a mesma como “subcategoria do comportamento desviante reportada a condutas desenvolvidas por crianças e jovens na quebra ou violação do estabelecido em quadros jurídicos”⁹. Já Curt R. Bartol e Anne M. Bartol, admitindo que frequentemente se confunde erradamente este termo ambíguo com outros associados, tais como comportamento antissocial ou *conduct disorder*¹⁰, o mesmo define-se por um “comportamento contra o Código Penal, cometido por um indivíduo que ainda não atingiu a maioridade, tal como definida pela lei”¹¹. Finalizando com uma definição legal, a Recomendação Rec (2003) 20 do Conselho da Europa¹² define que “delinquência” consubstancia ações que são resolvidas via lei penal, enquanto “jovens” são os indivíduos que, apesar de não terem atingido a maioridade, atingiram a idade de responsabilidade criminal, podendo estender-se aos casos próximos aos limites mínimos e máximos explanados¹³.

⁴ REDONDO, Lourdes Mirón; LÓPEZ, José Manuel Otero – *Jóvenes Delinquentes*. Barcelona: Editorial Ariel: 2005, p. 14.

⁵ Neste sentido, NEGREIROS, Jorge – *Delinências Juvenis*. Lisboa: Editorial Notícias, 2001, p. 14.

⁶ REDONDO, Lourdes Mirón; LÓPEZ, José Manuel Otero – *op. cit.*, p. 14.

⁷ IDEM, p. 15.

⁸ CARVALHO, Maria João Leote de Carvalho – *Entre as malhas do desvio: Jovens, Espaços, Trajetórias e Delinências*. Oeiras: Celta Editora, 2003, pp. 26 e 27.

⁹ Aqui a autora parte da definição de BINDER, Arnold; GEIS, Gilbert; BRUCE JR., Dickson D. – *Juvenile Delinquency*. 3ª Ed. Ohio: Anderson Publishing Co., 2001, p. 23.

¹⁰ Distinção trabalhada também em NEGREIROS, Jorge – *op. cit.*, p. 14.

¹¹ BARTOL, Curt R.; BARTOL, Anne M. – *Juvenile Delinquency and antisocial behavior: a developmental perspective*, 3ª Ed. New Jersey: Perason Prentice Hall, 2009, p. 5. Tradução nossa.

¹² Conselho da Europa - Recomendações do Comité de Ministros aos Estados Membros Rec (2003) 20 respeitante às novas formas de tratamento da delinquência juvenil e ao papel da justiça juvenil, I.

¹³ Por sua vez, segundo a regra 2.2, al. c) das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de menores - “Regras de Beijing” (Pequim) – recomendadas pelo Sétimo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes e aprovadas pela Resolução da Assembleia Geral 40/33, de

Destarte, de modo a combater esta realidade, é estrutural saber quais os motivos pelos quais se desenrola, assumindo a sua variedade e multiplicidade, assim como compreendendo o papel fundamental da comunidade, escola, família e contexto sociocultural¹⁴. Segundo o Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a prevenção da delinquência juvenil, as formas de tratamento da mesma e o papel da justiça de menores na União Europeia (2006/C 110/13), as causas da delinquência juvenil são heterogéneas e não consensuais entre doutrinários, contudo, partindo do mesmo documento, podem ser enunciados alguns fatores provenientes de circunstâncias sociais, económicas e ambientais que contribuem para a sua ocorrência, sendo eles a pertença a famílias desestruturadas, origem de ambientes onde predomina a pobreza económica, o insucesso escolar (muitas vezes interligado com o absentismo), o desemprego jovem, a toxicodependência, assim como o consumo moderado de álcool¹⁵. Constituem também fatores de relevo ser portador de perturbações de personalidade e comportamento, exposição a violência através da comunicação social ou videogames, carência de valores cívico-morais de fonte educacional tais como o trabalho, a solidariedade e a tolerância, fulcrais para a construção do respeito pelas normas penais, sobrepondo-se princípios individualistas fruto da convivência no atual panorama de globalização¹⁶.

2. O enquadramento legal: Lei Tutelar Educativa – breve referência

Nesta esfera, alça-se a Lei Tutelar Educativa, Lei nº 166/99, de 14 de Setembro, aplicando-se medida tutelar educativa aquando da prática de um facto qualificado pela lei como crime por menor com idade entre os 12 e

1985, “Delinquente juvenil é qualquer criança ou jovem acusado de ter cometido um delito ou considerado culpado da prática de um delito”.

¹⁴ Do mesmo modo, BARTOL, Curt R.; BARTOL, Anne M. – *op. cit.*, p. 1; CARROL, Annemaree, [et. al.] – *Adolescent Reputations and Risk: Developmental Trajectories to Delinquency*. New York: Springer, 2010, pp. 3 a 6; CARVALHO, Maria João Leote de – *Entre as malhas do desvio...*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁵ Nesta sequência, Maria João Leote de Carvalho (in CARVALHO, Maria João Leote de – *Entre as malhas do desvio...* *op. cit.*, p. 8) menciona que “o que se destaca é o retrato de espaços e contextos que marcam estas trajetórias de vida no desvendar de contornos profundos da sociedade portuguesa onde pobreza, exclusão social, marginalidade e desvio, ou até mesmo criminalidade, qualquer um destes vetores fortemente associado a uma interação familiar marcadamente negativa sob o ponto de vista da qualidade da relação afetiva entre pais e filhos, constituem os traços mais relevantes”.

¹⁶ Vide também BARTOL, Curt R.; BARTOL, Anne M. – *op. cit.*, pp. 5 e 6.

os 16 anos¹⁷, deixando na retaguarda a Organização Tutelar de Menores, Decreto-Lei nº 44 288, de 20 de abril de 1962, onde não eram diferenciadas as “crianças/jovens delinquentes ou infratores e as crianças/jovens em situações de risco”¹⁸. Desta feita, no nosso ordenamento jurídico, a atuação no âmbito da delinquência juvenil desenrola-se através da Lei Tutelar Educativa e da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP), “tendo por base a necessidade de promover a distinção entre as finalidades de intervenção tutelar educativa e de proteção”¹⁹, sendo que “quando o facto ilícito praticado não demonstra tais necessidades de educação, mas sim necessidades de proteção, então a situação do jovem deverá ser tratada no âmbito da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo”²⁰.

Desta forma, tal como enunciado por Margarida Santos, “o modelo gizado na LTE consagra um modelo de «terceira via» (e não um modelo de proteção ou justiça puro)”²¹, sendo que, no mesmo trilho, Álvaro Laborinho Lúcio defende que se propõe “agora uma «terceira via» que, recolhendo dos modelos anteriores as virtualidades que ambos comportam, procura uma conciliação entre a retirada do menor da esfera de intervenção do sistema penal – dando relevo aí aos métodos oriundos da ideia de proteção-; e o reconhecimento do menor como ser responsável – aproximando-o, por esse

¹⁷ Tal como disposto no art. 1º da LTE, aprovada pela Lei nº 166/99, de 14 de setembro, com as alterações introduzidas pela Lei nº 4/2015, de 15 de janeiro.

¹⁸ SANTOS, Margarida – «A intervenção tutelar educativa: especificidades, desafios e perspetivas futuras», in *Atas das Jornadas Internacionais “Igualdade e Responsabilidade nas Relações Familiares”*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2020, pp. 367-383, pp. 367 e 368. Vide também SANTOS, Margarida - «Art. 1º», in DIAS, Cristina; SANTOS, Margarida; CARMO, Rui do (coord.) - *Lei Tutelar Educativa Anotada*. Coimbra: Almedina: 2018, p. 16 e SANTOS, Margarida; ANDRADE, Amélia Sineiro - «A Lei nº4/2015, de 15 de janeiro, e as alterações introduzidas na Lei Tutelar Educativa – uma primeira leitura», in *Scientia Iuridica*, Tomo XLIV, nº 339, set.-dez. (2015), pp. 329-348. Contudo, é importante referir que é com a Lei de Proteção à Infância, de 1911, que se inaugura a proteção judicial de menores, nomeadamente criando-se os tribunais de menores. Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda; DUARTE-FONSECA, António Carlos – *Comentário da Lei Tutelar Educativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 5.

¹⁹ SANTOS, Margarida – «A intervenção tutelar educativa: especificidades, desafios e perspetivas futuras» *op. cit.* p. 368.

²⁰ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – «Respostas à Delinquência Juvenil: do internamento para a liberdade: primeiros passos para a inserção social dos jovens», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 26, nº 1-4 (2016), pp. 437-483, p. 451.

²¹ SANTOS, Margarida – «Art. 1º» *op. cit.*, p. 16

lado, ao modelo de justiça penal”²², podendo conformar-se a um “Modelo de Responsabilização”²³.

Nesta senda, é inegável que o elemento basilar desta disposição legal é a educação para o Direito. Dessarte, a intervenção tutelar educativa possui como desígnio a educação para a consciencialização sobre a violação de direitos fundamentais, direitos esses cujo respeito deve ser fomentado e exortado, como sendo pilares da comunidade²⁴. Nas palavras de Anabela Miranda Rodrigues, “a finalidade da intervenção não é a punição dos adolescentes pela prática dos factos – não tem um cariz «retrospectivo», mas sim «prospetivo». O que está em causa é, primordialmente, a sua socialização, no sentido da conformação da sua personalidade com o dever-ser jurídico mínimo essencial à convivência em sociedade, corporizado na lei penal, o que se traduziu no conceito normativo de «educação para o direito»”, sendo esta última critério primário orientador da intervenção”²⁵, constituindo simultaneamente pressuposto e objetivo da intervenção²⁶, não olvidando a finalidade de socialização do menor, tal como dispõe o art. 2º, nº 1, da LTE²⁷.

Quanto à principiologia subjacente à atuação no âmbito da Lei Tutelar Educativa, podemos enunciar (de forma brevíssima) o princípio da mínima intervenção, da proporcionalidade, da necessidade e da atualidade da existência de necessidades educativas (art. 136º a 139º da LTE), assim como o princípio da realidade, da individualização e do interesse superior da criança/jovem (art. 6º e 40º, nº 1, al. b) da LTE²⁸). Não podemos negligenciar também

²² LÚCIO, Álvaro Laborinho – «O advogado e a Lei Tutelar Educativa», in *Revista do Ministério Público*, Ano 26, nº 104, out.-dez. (2005), pp.45-77, pp. 48 e 49.

²³ DUARTE - FONSECA, António Carlos – *Internamento de Menores Delinquentes - A lei portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre proteção e repressão, educação e punição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 374 e 375 e LÚCIO, Álvaro Laborinho – *op. cit.*, pp. 48 e 49.

²⁴ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – *op. cit.*, p. 462.

²⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda – «A Lei Tutelar Educativa – entre o passado e o futuro», in *Justiça Juvenil: a Lei, os Tribunais e a (In)visibilidade do crime no feminino*. Porto: Vida Económica, 2017, pp. 46 a 47.

²⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – *op. cit.*, p. 451.

²⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda – «A Lei Tutelar Educativa – entre o passado e o futuro» *op. cit.*, p. 48.

²⁸ Especificamente no que diz respeito ao superior interesse do menor, disposto no art. 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança, no art. 24º, nº 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e na regra 5.1 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores - “Regras de Beijing” (Pequim) onde se enuncia que “O sistema da Justiça de menores deve dar a maior importância ao bem-estar destes”, o mesmo é mencionado explicitamente no que toca à competência do MP, sendo que “a defesa do superior interesse do menor informa toda a atuação do MP, que é exigida pela lei nos momentos relevantes do processo tutelar educativo

o princípio da tipicidade e legalidade (art. 4º da LTE, onde se enumeram as medidas tutelares educativas por ordem crescente da sua gravidade), o princípio da preferência pelas medidas não institucionais, preferenciando aquelas que mostrem menor intervenção na autonomia de decisão e de condução de vida do menor e que sejam suscetíveis de obter a sua maior adesão (art. 6º da LTE). No íterim processual, adotam-se os princípios do processo penal, com o objetivo de se respeitarem as prerrogativas constitucionais²⁹.

Ademais, cabe ainda mencionar o facto de o limite etário mínimo ser 12 anos, idade na qual o nível de maturidade torna assimilável os motivos e objetivos da intervenção. As leis, em específico em matéria penal, estão elaboradas partindo do pressuposto de que os indivíduos estão em plena capacidade de as compreender, assim como as repercussões da sua violação, de modo que se possam responsabilizar os mesmos pelas suas ações³⁰. Desta feita, quando discorremos acerca de delinquência juvenil, estamos perante uma faixa etária distinta, partindo do pressuposto que a idade é um dos critérios para que possamos estar perante responsabilidade penal. No caso português, a maioridade penal difere da maioridade civil, uma vez que, de acordo com o artigo 19º do Código Penal, os menores de 16 anos são inimputáveis^{31,32}. Contudo, inimputabilidade em razão da idade “não significa irresponsabilidade”³³, seguindo o pensamento de Álvaro Laborinho Lúcio, assim como de Anabela Rodrigues ao afirmar que “a responsabilidade de que

nas suas diferentes fases”. CARMO, Rui do – «Art. 40º», in DIAS, Cristina; SANTOS, Margarida; CARMO, Rui do (coord.) - *Lei Tutelar Educativa Anotada*, Coimbra: Almedina: 2018, p. 164.

²⁹ SILVA, Júlio Barbosa e – *Lei Tutelar Educativa Comentada: no âmbito das principais orientações internacionais, da jurisprudência nacional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 49 a 56; SANTOS, Margarida - «A intervenção tutelar educativa: especificidades, desafios e perspetivas futuras» *op. cit.*, pp. 373 a 378; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – *op. cit.*, pp. 454 ss.

³⁰ REDONDO, Lourdes Mirón; LÓPEZ, José Manuel Otero – *op. cit.*, p. 15. As já citadas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores – “Regras de Beijing” (Pequim) mencionam na sua regra 4.1 que “Nos sistemas jurídicos que reconhecem a noção de idade mínima de responsabilização penal para jovens, esta idade não deve ser fixada a um nível demasiado baixo, tendo em conta os problemas de maturidade afetiva, psicológica e intelectual”.

³¹ Diferentemente, o art. 122º do Código Civil estabelece que é menor quem ainda não tiver completado 18 anos de idade, ao lado do art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas de 1989.

³² Diverge, por exemplo, o Artículo 19 del Código Penal espanhol, ao fixar que os menores de 18 anos não são responsáveis criminalmente.

³³ LÚCIO, Álvaro Laborinho – *op. cit.*, p.57.

aqui se trata não é uma responsabilidade pelo facto (típica do direito penal) mas uma responsabilidade por aquilo que o menor é”³⁴.

Neste meato, é basililar o papel dos pais, representante legal ou pessoa que tenha a sua guarda de facto³⁵, uma vez que, para além da previsão de participação em variadas fases do processo (tais como as constantes do art. 22º; 53º, nº 2; 82º; 84º, n.º 2 e 5; 101º, nº 2, al. b); 104º, nº 2, b) e 109º da LTE), estes são estruturais para a adesão à medida em causa (art. 6º, nº 1 da LTE). Esta intervenção deve ser sempre e o mais possível conectada com a família, com o propósito de que estes consigam “continuar o seu projeto educativo”³⁶, indubitavelmente um desafio tendo em conta que o ambiente familiar pode constituir uma das circunstâncias causais dos comportamentos delituosos³⁷. Aqui, a Resolução do Parlamento Europeu, de 21 de Junho de 2007, sobre a delinquência juvenil: o papel da mulher, da família e da sociedade (2007/2011(INI)) “chama a atenção para o papel específico da família em todas as etapas do combate à delinquência juvenil e exorta os Estados-Membros a preverem um apoio adequado para os pais; constata, em determinados casos, a necessidade de um maior envolvimento e responsabilização por parte destes últimos” (nº 7).

Contudo, infaustamente, são de tecer algumas considerações sobre obstáculos que podem surgir no âmbito da aplicação deste regime, desafios esses que predominam após a revisão da Lei nº 4/ 2015, de 15 de janeiro³⁸. A título de exemplo, questões relacionadas com a saúde mental das crianças/jovens em causa, a questão da celeridade e oportunidade da intervenção até ao limite de 21 anos de idade, a indispensabilidade de uma abordagem

³⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda - «Repensar o Direito de Menores em Portugal — Utopia ou Realidade?», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7, nº 3, jul.-set. (1997), pp. 355-386 *apud* LÚCIO, Álvaro Laborinho – *op. cit.*, p.57.

³⁵ O papel fundamental da família (a par da Educação, da Comunidade e dos Meios de Comunicação Social) é-nos descrito nos pontos 11 a 19 das Directrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – “Directrizes de Riade”, recomendada pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes e aprovada pela Resolução da Assembleia Geral 45/112, de 1990.

³⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – *op. cit.*, p. 463.

³⁷ REDONDO, Lourdes Mirón; LÓPEZ, José Manuel Otero – *op. cit.*, pp. 81 ss.

³⁸ SILVA, Júlio Barbosa – «E se todo o mundo é composto de mudança...»: um primeiro comentário sobre as novidades trazidas pelas alterações à Lei Tutelar Educativa, efectuadas pela Lei nº4/2015, de 15 de janeiro», in *Revista do Ministério Público*, nº 143, jul.-set., (2015), pp.27-78, p. 27.

multidisciplinar e individualizada a cada caso³⁹, assim como a compatibilização entre as disposições legais e os “recursos no terreno”⁴⁰. Especialmente no tocante à matéria em estudo, é importante refletir sobre a questão da mediação disposta no art. 42º da LTE, esta que não foi alvo de revisão, matéria que adiante minudenciaremos.

3. Justiça Restaurativa: um paradigma viável de justiça juvenil?

3.1. Breves notas históricas e definitórias sobre a Justiça Restaurativa

As fragilidades da máquina estadual de *justiça tradicional* brevemente escarpadas exortam-nos, como de resto reza a história da política criminal, a meditar sobre a existência de meios alternativos e/ou complementares de reação e combate à delinquência juvenil que potenciem tão almejados ganhos de eficácia. Nessa senda, é mister que adentremos pelos meandros da Justiça Restaurativa, que ao longo dos últimos cinquenta anos tem vindo a colher a atenção prolífica da doutrina em matéria criminal e tutelar, ainda que na prática seja, não raro, deixada na periferia das opções disponíveis para responder a factos típicos, no nosso entorno jurídico-cultural.

Uma conceptualização totalizante do que é a Justiça Restaurativa afigura-se um desígnio de difícil alcance, mormente num texto como o que se dá à estampa. A montante, devemos advertir que a enunciação de uma definição monolítica de tal realidade pode gerar uma “visão reducionista de uma proposta cuja riqueza está, justamente, na diversidade e na flexibilidade, o que permite a sua melhor adaptação a diferentes cenários sociais”.⁴¹ Não obstante, podemos encontrar, na literatura dedicada ao tema, um amplo leque de noções, firmadas em diferentes perspetivas: ora focando-se no procedimento, como a de Tony Marshall (“processo através do qual todas as partes

³⁹ SANTOS, Margarida – «A intervenção tutelar educativa: especificidades, desafios e perspetivas futuras» *op. cit.*, pp. 379 a 382.

⁴⁰ CARVALHO, Maria João Leote de – «Delinquência Juvenil: conhecer os jovens e os territórios para situar as intervenções», in *Revista do Ministério Público*, nº 148, out.-dez. (2016), pp. 65-95, p. 92.

⁴¹ SICA, Leonardo – *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris Editora, 2007, p. 16.

implicadas numa específica infração se juntam para resolver em conjunto como lidar com o resultado da ofensa e com as suas implicações no futuro”⁴²; ora enfatizando o resultado, na toada de Bazemore e Walgrave (“toda e qualquer ação que seja primeiramente orientada para a realização da justiça através da reparação do mal causado pelo crime”);⁴³ ora combinando elementos dos dois modelos anteriores (minimalista e maximalista, respetivamente), numa pretensão mais englobante e, portanto, por nós esteada.⁴⁴ Nesse sentido, destacamos as palavras de Cláudia Cruz Santos, para quem tratamos de

“um modo de responder ao crime (e, nessa medida, como uma pluralidade de práticas associadas a uma pluralidade de teorias agrupadas em função de uma certa unidade) que se funda no reconhecimento de uma dimensão (inter)subjativa do conflito e que assume como finalidade a pacificação do mesmo através de uma reparação dos danos causados à(s) vítima(s) relacionada com a auto-responsabilização do(s) agente(s), finalidade esta que só logra ser atingida através de um procedimento de encontro, radicado na autonomia de vontade dos intervenientes no conflito, quer quanto à participação, quer quanto à modelação da solução.”⁴⁵

Paralelamente, a reconstituição do percurso evolutivo deste paradigma assemelha-se a uma manta de retalhos inacabada, a uma trama de *praxis* variadas – dispersas pelo globo e pelos tempos⁴⁶ –, que só na década de setenta do século passado começou a ganhar forma. De facto, foi nessa época que o ideário restaurativo se erigiu como verdadeira construção teórica,

⁴² MARSHALL, Tony F. – *Restorative Justice: An overview*. Londres: Home Office Research Development and Statistics Directorate, 1999, p. 5.

⁴³ BAZEMORE, Gordon; WALGRAVE, Lode – «Restorative Juvenile Justice: In Search of Fundamentals and an Outline for Systemic Reform», in BAZEMORE, Gordon; WALGRAVE, Lode (org.) – *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*. Nova Iorque: Criminal Justice Press, 1999, p. 48.

⁴⁴ Sobre as limitações das definições minimalistas e maximalistas, em busca de clareza conceptual, vide DOOLIN, Katherine – «But what does it mean? Seeking Definitional Clarity in Restorative Justice», *The Journal of Criminal Law*, 71 (5), 2007, pp. 427-440.

⁴⁵ SANTOS, Cláudia Cruz – *A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal: porquê, para quê e como?*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 756.

⁴⁶ Sobre as raízes históricas da Justiça Restaurativa, vide BRAITHWAITE, John – *Restorative Justice & Responsive Regulations*. Oxford: University Press, 2002, pp. 3 e ss. e WEITEKAMP, Elmar G.M. – «The History of Restorative Justice», in GAVRIELIDES, Theo (ed.) – *Restorative Justice*. Nova Iorque: Routledge, 2015, p. 3-29.

alicerçando-se em correntes criminológicas de pendor crítico e abolicionista das instâncias formais de controlo social, cujo carácter estigmatizante e dispendioso – associado ao efeito criminógeno do ambiente prisional, às elevadas taxas de reincidência, ao esquecimento da vítima e da sociedade durante a tramitação processual, assim como a fatores de ordem mais profunda, tal é a descrença no projeto do Estado-nação – catalisou aquela iniciativa criativa.⁴⁷

Independentemente da definição sufragada, é possível esquissar as notas identitárias capitais da Justiça Restaurativa, principiando por afirmar que, em consonância com a contextualização da sua génese no epicentro de uma reforma sistémica do âmbito criminal, permanece como uma realidade profundamente radicada enquanto contraponto da justiça penal clássica – máxime quando assume um semblante retributivo –, com a qual chega a assumir uma postura adversativa.⁴⁸

Em vista disso, o seu advento comportou uma renovação semântica, necessária à construção de uma narrativa distinta em torno da infração penal. Através de uma *lente holística restaurativa*, o crime deixa de ser percecionado como uma mera transgressão da lei, direcionada contra o Estado⁴⁹ e os bens jurídicos que este reconhece como carentes e dignos de tutela, passando a ser entendido na sua compleição relacional, enquanto violação das pessoas, dos seus direitos concretos e das dinâmicas interpessoais (direta ou indiretamente) conexas com a prática do delito. Dessa feita, o conflito é devolvido aos seus verdadeiros proprietários⁵⁰ e sofre uma metamorfose, abandonando as vestes de abstração que obnubilavam a sua dimensão individual e concreta,

⁴⁷ Por todos, realizando uma sùmula da influência dos estudos da criminologia crítica, da vitimologia e do abolicionismo penal na génese da proposta restaurativa, SANTOS, Cláudia Cruz – *op. cit.*, p. 39 e ss.

⁴⁸ De modo semelhante, LEITE, André Lamas – «Uma leitura humanista da mediação penal. Em especial, a mediação pós-sentencial», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2014, p. 10. O facto de o desenvolvimento do paradigma restaurativo ter ocorrido, em grande parte, no sistema anglo-saxónico, contribui para a sua configuração como oposição direta à justiça retributiva, pelo que algumas das premissas essenciais em que assenta não se aplicam, sem mais, ao nosso ordenamento jurídico, assumidamente ocupado, em primeira linha, com a prevenção geral e especial positiva.

⁴⁹ Este entendimento é um legado do Estado Moderno e da solidificação do monopólio estadual do *ius puniendi*, cf. DEMARCHI, Clovis; FREITAS, Pedro Miguel – «A Justiça Restaurativa como instrumento de garantia da dignidade humana», in AAVV – *Diálogos em torno da Justiça Restaurativa. Garantismo, ativismo e legalidade como pretextos*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018, p. 57.

⁵⁰ Referimo-nos, neste particular, à tese do “roubo do conflito”: CHRISTIE, Nils – «Conflicts as Property», *British Journal of Criminology*. vol. 17, nº 1 (1997), pp. 1-15.

corporizada nos danos sofridos pelo(s) ofendidos.⁵¹ Mirando a reparação das consequências materiais e emocionais do crime e o restabelecimento da paz jurídica e social, a Justiça Restaurativa propõe-se a operar como um *processo* conciliatório, de cura transformativa de todos os envolvidos⁵² – ofensor, vítimas e comunidade⁵³, dando-lhes oportunidade de expressarem os seus sentimentos e necessidades ou de procurarem esclarecimentos. Nesta conjuntura, é fomentado o diálogo, imbuído de poder simbólico, em condições de paridade, respeito e reconhecimento mútuos. O intercâmbio de perspetivas e emoções sobre o facto estimula a responsabilização ativa (*accountability*) do agente (que, à partida, ficará apto a desenvolver um plano de ação destinado a emendar os males que provocou com a sua conduta), além da abertura dos indivíduos para uma resolução pacífica e concertada.⁵⁴

Para tanto, as práticas restaurativas – seja a mediação vítima-ofensor, as conferências de grupo familiar (*family group conferences*), os círculos de sentença (*sentencing circles*) ou de outra natureza⁵⁵ – carecem de ser envolvidas por uma malha principiológica e axiológica em que se perfilam, entre outros: a voluntariedade, à cabeça, porquanto franqueia a adesão do prevaricador à solução concertada e entra em consideração com os limites das pessoas viti-mizadas quanto ao encontro com aquele; a consensualidade; o informalismo, que aparta o ritualismo e hermetismo da *justiça togada*; a inclusão, a segurança e o *empoderamento* dos participantes; a celeridade; e a economia de custos.⁵⁶

⁵¹ Assim, ZEHR, Howard – *Changing Lenses: A new focus for crime and justice*. Ontario: Herald Press, 1990, passim. De modo coincidente, SICA, Leonardo – *op. cit.*, p. 11;

⁵² Cf. FERREIRA, Francisco Amado – *Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 11 e ss.; BRADSHAW, William; ROSEBOROUGH, David – «Restorative Justice Dialogue: the impact of mediation and conferencing on juvenile recidivism», *Social Work Faculty Publications*, vol. 69, nº 2, dez. (2005).

⁵³ Realçando a importância da inclusão da comunidade em que se integra a vítima e/ou o ofensor no procedimento restaurativo, CUNNEEN, Chris; HOYLE, Carolyn – *Debating Restorative Justice*. Oxford: Hart Publishing, 2010, pp. 17 e ss.

⁵⁴ ZEHR, Howard – *The Little Book of Restorative Justice*. Pensilvânia: GoodBooks, 2002, p. 16; SICA, Leonardo – *op. cit.*, p. 15, 60-61.

⁵⁵ Para uma análise das idiosincrasias de cada programa restaurativo: NESS, Daniel W. Van; STRONG, Karen Heetderks – *Restoring Justice. An Introduction to Restorative Justice*, 4ª ed. New Providence: Anderson Publishing, 2010, pp. 26-31; BAZEMORE, Gordon; UMBREIT, Mark – «A Comparison of Four Restorative Conferencing Models», *Juvenile Justice Bulletin*, Washington: *Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention*, 2001, pp. 1-20.

⁵⁶ O elenco de princípios e valores enformadores da Justiça Restaurativa não é exaustivo, podendo variar entre Autores. A título de exemplo: DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA DO CANADÁ – *Principles and Guidelines for Restorative Justice Practice in Criminal Matters*, Ottawa: Justice Canada, 2018 e FERREIRA, Francisco Amado – *op. cit.*, pp. 29 e ss.

3.2. Há espaço na justiça juvenil portuguesa para práticas restaurativas?

Acompanhando Margarida Santos na asserção de que, “no contexto da intervenção tutelar educativa, tem-se sublinhado a importância da desjudicialização da resposta, no desenvolvimento de uma cultura de respeito pelos direitos das crianças, visando a promoção de respostas diferentes (...) às previstas no sistema de Justiça Juvenil”⁵⁷ e considerando o exposto supra, a resposta não pode deixar de ser afirmativa. Não é despiendo, aliás, que tenha sido no domínio da justiça de jovens que o modelo restaurativo fez a sua primeira aparição na ordem jurídica pátria⁵⁸, haurida por um extenso quadro normativo internacional e regional que apregoava as suas graças.⁵⁹

⁵⁷ SANTOS, Margarida – «A intervenção tutelar educativa: especificidades, desafios e perspetivas futuras», in *Atas das Jornadas Internacionais “Igualdade e Responsabilidade nas Relações Familiares”*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2020, p. 382. Paralelamente, LAURIS, Élida; FERNANDO, Paula – «A dupla face de Janus: as reformas da justiça e a lei tutelar educativa», in *Julgar*, nº 11 (2010), p. 141, relatam um movimento centrífugo das reformas da justiça de crianças e jovens que se analisa em duas faces: para os fenómenos de delinquência que representam menor danosidade social, procuram-se respostas “fora do sistema judicial, (...) envolvendo os diversos factores de socialização do jovem: a família, a escola, a comunidade e as redes de sociabilidade”, ao passo que em relação aos factos típicos mais graves se reforça o paradigma punitivo, nomeadamente através da transposição de soluções elaboradas no seio do Direito Penal (de adultos) para o sistema tutelar.

⁵⁸ Numa visão panorâmica, constata-se que, num grande número de países, a adoção de técnicas restaurativas seguiu a mesma ordem: nasciam e cresciam no plano da resposta à criminalidade juvenil e só depois eram utilizadas no direito penal de adultos. A Nova Zelândia, que esteve na vanguarda do movimento, dado o seu tecido social heterogéneo e as consequentes influências derivadas dos meios de resolução de conflitos próprios dos povos aborígenes, começou por implementar as conferências de grupo familiar para lidar com conflitos resultantes de práticas delituosas praticadas por crianças e jovens. Na Áustria, a mediação vítima-infrator foi primeiramente introduzida no Juvenile Justice Act de 1988; por volta da mesma altura, iniciavam-se as práticas de mediação para jovens na Bélgica, que só foram transportadas para a justiça de adultos na década seguinte. O mesmo raciocínio serve para a Noruega, a Croácia, Inglaterra e Gales, Estónia, Roménia, Escócia, entre outros. *Vide* DUNKEL Frieder; GRZYWA-Holten, Joanna; Horsfield Philip (Eds.) – *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters: A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2015.

⁵⁹ Desde então, este enquadramento expandiu-se, contando com as presença dos seguintes instrumentos: Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Jovens (Regras de Pequim), adotadas pela Assembleia das Nações Unidas na resolução 40/33, de 29.11.1985; Recomendação nº R(87) do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre o apoio à vítima e prevenção da vitimação, de 17.09.1987; Orientações do Comité de Ministros do Conselho da Europa; Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, do Conselho e ao Comité Económico e Social, de 14 de julho de 1999, sobre “As vítimas da criminalidade na União Europeia - Reflexão sobre as normas e medidas a adoptar”; Recomendação nº R(99) 19 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, relativa à mediação em matéria penal; Recomendação nº R (06) 8, aprovada pelo Conselho da Europa em 14 de junho de 2006, sobre a assistência às vítimas de infrações criminais; Decisão Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de março de 2001, relativa ao Estatuto da Vítima em Processo Penal, em especial, o art. 10º; Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2012; Resolução 2002/12 da ONU; Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a Justiça Adaptada às Crianças. Para maiores desenvolvimentos, *vide* MONTE, Mário – «Artigo 42º» in DIAS, Cristina; SANTOS, Margarida; CARMO, Rui do (Coord.) – *Lei tutelar Educativa Anotada*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 167-169 ou SILVA, Júlio Barbosa e – *op. cit.*, pp. 142 e ss.

O acolhimento precursor (ainda que titubeante, como veremos) da mediação no art. 42º da Lei Tutelar Educativa, desde a sua versão primitiva, patenteia a opção do legislador português por um modelo de reação de *terceira via*, fundado na crença de que a participação ativa do menor na elaboração e na execução de um plano de reparação do(s) dano(s) decorrente(s) da sua ação, bem como a internalização do seu impacto, podem promover a educação para o Direito.⁶⁰ De modo concordante, é nosso entendimento que a mediação, dentro ou fora dos trâmites habituais da justiça juvenil – enquanto abordagem que se pretende multissistémica, voluntária, flexível, democrática e não alienante –, tem a virtualidade de contribuir para o desenvolvimento, por parte do jovem infrator, de uma atitude positiva em relação ao ordenamento jurídico, para o estreitamento de laços comunitários e, assim, para a reintegração social digna daquele.⁶¹ Não obstante, admitimos que haverá casos em que as finalidades elencadas no art. 2º da LTE e as precipuamente apontadas a esta prática não sejam totalmente harmonizáveis, impondo-se um juízo de ponderação casuística sobre o caminho a seguir (que adivinhamos tender para a preferência pelas primeiras e a convergência na proteção do superior interesse do menor).⁶²

⁶⁰ Nesse sentido, SANTOS, Cláudia Cruz – *A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal: porquê, para quê e como?*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 667 e RODRIGUES, Anabela Miranda; SANTOS, Cláudia Cruz – «Portugal», in DUNKEL Frieder; GRZYWA-Holten, Joanna; Horsfield Philip (Eds.) – *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters: A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2015, p. 676. Ainda, GUERRA, Paulo – «A lei tutelar educativa – para onde vais?», in *Julgar*, nº 11 (2010), p. 101-102, apontando que, para a responsabilização do jovem, sob a ótica da justiça reparadora, deve dar-se prevalência “às ideias de restituição, compensação, redução dos conflitos, mediação, participação, reconciliação e prestações comunitárias”.

⁶¹ A relação entre a adoção de estratégias restaurativas (em particular, mediação e *family group conferences*) e a delinquência juvenil tem sido objeto de estudos empíricos direcionados, sobretudo, a sondar os efeitos daquela na prevenção da reincidência e na satisfação das necessidades das vítimas de atos qualificados pela lei como crime. Embora os trabalhos consultados padeçam de limitações metodológicas, advindas, por exemplo, da falta de uniformização de conceitos operativos relevantes ou de grupos de controlo, os resultados obtidos têm sido esperançosos, demonstrando elevadas taxas de cumprimento dos planos de conduta a que os menores infratores ficam adstritos, à semelhança dos graus de satisfação das vítimas, e a eficácia na redução da reincidência. A este propósito, aconselhamos as seguintes leituras: BRADSHAW, William; Roseborough, David – *op. cit.*; ROY, Sudipto – «Two Types of Juvenile Restitution Programs in Two Midwestern Counties: a comparative study», *Federal Probation*, dezembro 1993, pp. 48-53; BERGSETH, Kathleen J.; BOUFFARD, Jeffrey A. – «The long term impact of restorative justice programming for juvenile offenders», in *Journal of Criminal Justice*, nº 35 (2007), pp. 433-451; Latimer, Jeff; Dowden, Craig; Muise, Danielle – «The effectiveness of restorative justice practices: a meta-analyses», in *The Prison Journal*, vol. 85, nº 2, junho (2005), pp. 127-144.

⁶² O conteúdo do art. 42º da LTE aponta nesse sentido, posto que o recurso à mediação é equacionado tendo em vista a realização das finalidades do processo tutelar, que são, em última análise, coincidentes com as das medidas tutelares. A este propósito, veja-se FARIA, Paula Ribeiro de – «Justiça restaurativa em contexto juvenil» in MOTA,

3.3. Mediação no processo tutelar: uma história inacabada

O bom funcionamento da Justiça Restaurativa, e em particular da modalidade em apreço, não se pode sustentar, todavia, meramente no seu núcleo teleológico, por mais salutar e promissor que se repute. Este, aliás, esvazia-se sem o acompanhamento de um regime normativo que viabilize a sua prossecução. Nesta sede reside um dos grandes problemas da mediação no seio do processo tutelar português: a insuficiência de regulação que se reflete, inelutavelmente, em sérios constrangimentos ao seu emprego e, potencialmente, no enfraquecimento da sua dimensão garantística.⁶³

O mencionado art. 42º da LTE apresenta-se como uma disposição-base demasiado tímida, na medida em que em nada nos alumia quanto: *i*) aos critérios de seleção dos processos que devem ser encaminhados para mediação – o que pode “gerar desigualdades e arbitrariedades de tratamento”⁶⁴; *ii*) aos momentos em que tal pode ocorrer; *iii*) a que entidades (públicas e privadas) poderão assumir um papel cooperativo no procedimento pedagógico-reparador; ou até *iv*) quanto aos predicados primários deste.⁶⁵ O parco estado de coisas anunciado torna necessário que o conteúdo daquele preceito seja concretizado por referência a outros, do mesmo corpo legislativo, e até complementado pelas lições retiradas da experiência da mediação penal de adultos (Lei nº 21/2007, de 12 junho), bem como pelos valores e princípios gerais do paradigma restaurativo. Evidentemente, a despeito de, *brevitatis causa*, não podermos deter-nos profusamente sobre cada um destes nódulos problemáticos – que não esgotam os pontos de reflexão crítica sobre que poderíamos discorrer –, mas não nos eximimos de verter algumas considerações sobre aspetos que julgamos de maior relevo.

Quanto ao tópico *ii*), a omissão da LTE no que tange à ocasião em que a mediação pode ter lugar conduz-nos a assentar que tal pode acontecer em

H. et al. (orgs.) – *Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*. Vol. II, Coimbra: Almedina, 2017, p. 471 e MONTE, Mário – *op. cit.*, pp. 172-173.

⁶³ Vide ELIAERTS, Christian; DUMORTIER, Els – «Restorative justice for children: in need of procedural safeguards and standards», in WEITEKAMP, Elmar G. M.; KERNER, Hans-Jürgen (eds.) – *Restorative Justice: Theoretical Foundations*. Reino Unido: Willan Publishing, 2002, p. 204: “After all, as some RJ pioneers have already noticed, the acknowledged informality and the lack of rules in RJ might easily lead to practices which fail to respect some fundamental basic human rights, or to non-RJ practices masquerading as RJ”.

⁶⁴ Cf. FARIA, Paula Ribeiro de – *op. cit.*, p. 458, reconhecendo, todavia, que, de forma paradoxal, a “sua enunciação também se mostra suscetível de gerar inflexibilidade e formalismo no recurso à mediação”.

⁶⁵ Nesse sentido, RODRIGUES, Anabela Miranda; SANTOS, Cláudia Cruz – *op. cit.*

qualquer fase da intervenção tutelar, em conformidade com a Recomendação CM/Rec (2008)11 do Comité de Ministros aos Estados Membros sobre as Regras Europeias para Delinquentes Juvenis Sujeitos a Sanções ou Medidas, de 5.11.2008 (regra 12, especificamente). Contudo, identificam-se com clareza, na letra da LTE, duas hipóteses que convocam a mediação^{66/67}: a) art. 84º, nº 3 e 4 – na fase de inquérito, como mecanismo de diversão consubstanciada na elaboração de um plano de conduta⁶⁸, servindo de antecâmara a uma eventual suspensão do processo⁶⁹; b) art. 104º, nº 3, al. b) da LTE – enquanto meio de obtenção de consenso, na audiência preliminar, em relação à medida tutelar que deva ser aplicada, inscrevendo-se “num contexto de coatividade que o processo significa”⁷⁰ e que nos faz questionar se se trata de uma medida deveras restaurativa ou se não é, simplesmente, um espaço aberto a soluções concertadas, como outros que se vislumbram na justiça penal.

Em segunda linha, o diploma isenta-se de densificar o conteúdo da mediação e o seu modo de processamento, o que, novamente, nos reporta para o preenchimento de lacunas por apelo à definição canonizada no art. 4º, nº 1 do regime de mediação penal (de adultos), a saber:

“A mediação é um processo informal e flexível, conduzido por um terceiro imparcial, o mediador, que promove a aproximação entre o arguido e o ofendido e os apoia na tentativa de encontrar activamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social.”

⁶⁶ Sustentados no Programa de Mediação e Reparação dos Serviços de Reinserção Social, alguns Autores alargam o campo de aplicação da mediação vítima-infrator às situações previstas nos artigos 87º, nº1, al. c) e 93º, nº 1, al. b) da LTE, quando aquela leve ao arquivamento do processo, por desnecessidade de aplicação da medida tutelar educativa – o que, nas glosas de Mário Monte, não parece ser “inviável, face ao teor do art. 42º”. Cf. MONTE, Mário – *op. cit.*, p. 170 e SILVA, Júlio Barbosa e – *op. cit.*, p. 143.

⁶⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda; SANTOS, Cláudia Cruz – *op. cit.*, 674.

⁶⁸ Segundo o nº 4 do art. 84º, o plano pode incluir compromissos como a apresentação de um pedido de desculpas ao ofendido, o ressarcimento efetivo e simbólico do dano e a execução de prestações e tarefas, que, quanto a nós, são, na sua essência, de índole reparadora.

⁶⁹ Desde a reforma de 2015, o plano de conduta é elaborado pelo Ministério Público, a quem cabe também a iniciativa.

⁷⁰ RODRIGUES, Anabela; DUARTE-FONSECA, António Carlos – *Comentário da Lei Tutelar Educativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 137.

Ademais, cumpre referir que, à luz dos antecedentes históricos da Justiça Restaurativa e do protagonismo concedido à vítima no seu seio, é manifesta e não menos curiosa a marginalização desta figura; ainda mais quando se observa, na esteira de Mário Monte, que a mediação, “a ocorrer por iniciativa da vítima, pode ter o interesse de mais facilmente contribuir para a reinserção do menor ofensor”.⁷¹ Podemos entender, continuado no mesmo eixo de raciocínio, que isto é sintomático do maior enfoque dedicado ao jovem infrator no processo tutelar e, nesse viés, da subalternização do efeito reparador da mediação em face dos objetivos socioeducativos primariamente ambicionados neste contexto.

Conclusão

O combate à delinquência juvenil é uma problemática premente que exige uma resposta do Estado, enquanto garante do bem-estar comunitário, adaptada às particularidades decorrentes da etapa de vida em que se encontram os seus atores. Concentrando-nos no aumento significativo do número de inquéritos tutelares instaurados entre os anos de 2021 e 2022, reputamos essencial, em harmonia com os objetivos plasmados na LTE, uma atuação de dois vértices, pedagógica e profilática, que se mostre eficaz na orientação do jovem delinquentes para o respeito pela ordem jurídica e no fomento da sua ressocialização. Assim, a intervenção tutelar deve ter uma intenção prospetiva, que, não se esgotando na responsabilização do agente menor pelo facto danoso que praticou, lhe forneça condições para não voltar a delinquir no futuro, prevenindo-se a formação precoce de carreiras criminosas e o adensamento da sua desconexão com a sociedade.

Embora a Lei Tutelar Educativa portuguesa possua um cariz vanguardista, a mesma padece de limitações que obstaculizam a sua plena aplicação. Particularmente no tocante ao recurso a mecanismos de Justiça Restaurativa

⁷¹ MONTE, Mário – *op. cit.*, p. 179. Atente-se que a promoção do procedimento de mediação compete à autoridade judiciária (Ministério Público ou juiz), ao menor, aos seus pais, ao representante legal, a pessoa que tenha a sua guarda de facto ou ao defensor (art. 42º, nº 2 da LTE). De forma igualmente crítica, LAURIS, Élida; FERNANDO, Paula – *op. cit.*, p. 10, afirmando que o Estado continua a arrogar-se o papel destaque, relegando a vítima e a comunidade para momentos específicos de intervenção condicionada.

no contexto do processo tutelar, ainda que seja animadora a sua consagração no regime originário, sob a forma de mediação, a falta de expressão e consistência normativa a que ficou votada compele-nos a fazer um juízo depreciativo das opções legislativas tomadas nos últimos anos. Entendemos que, aquando da revisão operada em 2015, o legislador perdeu uma oportunidade de aperfeiçoar um instituto que poderia, em grande medida, contribuir para a consecução dos objetivos do sistema tutelar. Percorre a doutrina nacional um lamento pela lacunosa regulamentação do *modus operandi* da mediação, que, quanto a nós, explica, pelo menos em parte, o seu reduzido emprego.⁷²

Destarte, entendemos que é imperativo o desenvolvimento deste regime, através do estabelecimento de regras, orientações, garantias e princípios estruturantes, em sintonia com uma aposta acrescida da parte dos operadores jurídicos (nomeadamente autoridades judiciárias, advogados e serviços de reinserção social) na familiarização com o mesmo, à guisa de afiançar o respeito pela vontade esclarecida dos participantes, a proporcionalidade e a justiça das soluções acordadas e a pacificação social.⁷³

Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, Teresa; ROBALO, Sousa – *Justiça Restaurativa. Um caminho para a humanização do Direito*, Curitiba: Juruá, 2012.
- BARTOL, Curt R.; BARTOL, Anne M. – *Juvenile Delinquency and antisocial behavior: a developmental perspective*, 3ª Ed. New Jersey: Perason Prentice Hall, 2009.
- BAZEMORE, Gordon; UMBREIT, Mark – «A Comparison of Four Restorative Conferencing Models», *Juvenile Justice Bulletin*, Washington: *Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention*, 2001.
- BAZEMORE, Gordon; WALGRAVE, Lode – «Restorative Juvenile Justice: In Search of Fundamentals and an Outline for Systemic Reform», in BAZEMORE, Gordon; WALGRAVE, Lode (org.) – *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, Nova Iorque: Criminal Justice Press, 1999.
- BERGSETH, Kathleen J.; BOUFFARD, Jeffrey A. – «The long term impact of restorative justice programming for juvenile offenders», *Journal of Criminal Justice*, nº 35, 2007, pp. 433-451.
- BINDER, Arnold; GEIS, Gilbert; BRUCE JR., Dickson D. – *Juvenile Delinquency*. 3ª Ed. Ohio: Anderson Publishing Co., 2001.
- BRAITHWAITE, John – *Restorative Justice & Responsive Regulation*. Oxford: University Press, 2002.

⁷² ALBUQUERQUE, Teresa; ROBALO, Sousa – *Justiça Restaurativa. Um caminho para a humanização do Direito*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 258.

⁷³ Exigindo a formulação de *guidelines e standards* garantísticos, ELAERTS, Christian; DUMORTIER, Els – «Restorative justice for children: in need of procedural safeguards and standards», in WEITEKAMP, Elmar G. M.; KERNER, Hans-Jürgen (eds.) – *Restorative Justice: Theoretical Foundations*. Reino Unido: Willan Publishing, 2002.

- CARROL, Annemaree [et. al.] – *Adolescent Reputations and Risk: Developmental Trajectories to Delinquency*. New York: Springer, 2010.
- CARVALHO, Maria João Leote de Carvalho – «Uma realidade invisível: os jovens adultos condenados em Tribunais Judiciais de 1.ª Instância em Portugal (1993-2018)», in *Revista do Ministério Público*, nº 162, abr.- jun. (2020), pp. 117-148.
- CARVALHO, Maria João Leote de – «Delinquência Juvenil: conhecer os jovens e os territórios para situar as intervenções», in *Revista do Ministério Público*, nº 148, outubro-dezembro (2016), pp. 65-95.
- CARVALHO, Maria João Leote de Carvalho – *Entre as malhas do desvio: Jovens, Espaços, Trajetórias e Delinquências*. Oeiras: Celta Editora, 2003; Daly, Kathleen – «Restorative Justice. The real story», in *Punishment and society*, Vol. 4, nº 1, 2002, pp. 55-79.
- CHRISTIE, Nils – «Conflicts as Property», *British Journal of Criminology*, Vol. 17, nº 1, 1997, pp. 1-15.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da - «Respostas à Delinquência Juvenil: do internamento para a liberdade: primeiros passos para a inserção social dos jovens», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 26, nº 1 - 4 (2016), pp. 437-483.
- DEMARCHI, Clovis; FREITAS, Pedro Miguel – «A Justiça Restaurativa como instrumento de garantia da dignidade humana», in AAVV – *Diálogos em torno da Justiça Restaurativa. Garantismo, ativismo e legalidade como pretextos*, Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018, pp. 53-61.
- DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA DO CANADÁ – *Principles and Guidelines for Restorative Justice Practice in Criminal Matters*, Ottawa: Justice Canada, 2018.
- DIAS, Cristina; SANTOS, Margarida; CARMO, Rui do (coord.) - *Lei Tutelar Educativa Anotada*. Coimbra: Almedina: 2018.
- DOOLIN, Katherine – «But what does it mean? Seeking Definitional Clarity in Restorative Justice», *The Journal of Criminal Law*, 71 (5), 2007, pp. 427-440.
- DUARTE-FONSECA, António Carlos – *Internamento de Menores Delinquentes – A lei portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre proteção e repressão, educação e punição*. Coimbra: Coimbra Editora: 2005.
- DUNKEL Frieder; GRZYWA-Holten, Joanna; Horsfield Philip (Eds.) – *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters: A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2015.
- FARIA, Paula Ribeiro de – «Justiça restaurativa em contexto juvenil» in MOTA, H. et al. (orgs.) – *Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 453-476.
- FERREIRA, Francisco Amado – *Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- GUERRA, Paulo – «A lei tutelar educativa – para onde vais?», *Julgar*, nº 11, 2010, pp. 99-108.
- LATIMER, Jeff; Dowden, Craig; Muise, Danielle – «The effectiveness of restorative justice practices: a meta-analysis», *The Prison Journal*, vol. 85, nº 2, junho 2005, pp. 127-144.
- LAURIS, Éliða; FERNANDO, Paula – «A dupla face de Janus: as reformas da justiça e a lei tutelar educativa», *Julgar*, Nº 11, 2010, pp. 135-146.
- LEITE, André Lamas – «Uma leitura humanista da mediação penal. Em especial, a mediação pós-sentencial», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2014, pp. 9-28.
- LÚCIO, Álvaro Laborinho - «O advogado e a Lei Tutelar Educativa», in *Revista do Ministério Público*, nº 104, out.- dez. (2005), pp. 45-77.
- LUNDGAARD, Jenny Maria – “Norway”, in Frieder Dunkel, Joanna Grzywa-Holten, Philip Horsfield (Eds.) – *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters: A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2015, pp. 619-636.
- MARSHALL, Tony F. – *Restorative Justice: An overview*, Londres: Home Office Research Development and Statistics Directorate, 1999.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM PARADIGMA VIÁVEL DE JUSTIÇA JUVENIL?

- MONTE, Mário – «Artigo 42º» in DIAS, Cristina; SANTOS, Margarida; CARMO, Rui do (Coord.) – *Lei Tutelar Educativa Anotada*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 167-179.
- NEGREIROS, Jorge – *Delinquências Juvenis*. Lisboa: Editorial Notícias, 2001.
- NESS, Daniel W. Van; STRONG, Karen Heetderks – *Restoring Justice. An Introduction to Restorative Justice*. 4ª ed. New Providence: Anderson Publishing, 2010.
- PEDROSO, João; CASALEIRO, Paula; BRANCO, Patrícia – «Introdução Geral», in *Justiça Juvenil: a Lei, os Tribunais e a (In)visibilidade do crime no feminino*. Porto: Vida Económica, 2017.
- REDONDO, Lourdes Mirón; LÓPEZ, José Manuel Otero – *Jóvenes Delinquentes*. Barcelona: Editorial Ariel, 2005.
- RODRIGUES, Anabela Miranda – «A Lei Tutelar Educativa – entre o passado e o futuro», in *Justiça Juvenil: a Lei, os Tribunais e a (In)visibilidade do crime no feminino*. Porto: Vida Económica, 2017.
- RODRIGUES, Anabela Miranda; DUARTE-FONSECA, António Carlos – *Comentário da Lei Tutelar Educativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- RODRIGUES, Anabela Miranda – «Repensar o Direito de Menores em Portugal — Utopia ou Realidade?», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7, nº 3, jul.-set. (1997), pp. 355-386.
- ROY, Sudipto – «Two Types of Juvenile Restitution Programs in Two Midwestern Counties: a comparative study», *Federal Probation*, dezembro 1993, pp. 48-53.
- SANTOS, Cláudia Cruz – *A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal: porquê, para quê e como?*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- SANTOS, Margarida – «A intervenção tutelar educativa: especificidades, desafios e perspetivas futuras», in *Atas das Jornadas Internacionais "Igualdade e Responsabilidade nas Relações Familiares"*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2020, pp. 367-383.
- SANTOS, Margarida; ANDRADE, Amélia Sineiro – «A Lei nº4/2015, de 15 de janeiro, e as alterações introduzidas na Lei Tutelar Educativa – uma primeira leitura», in *Scientia Iuridica*, Tomo XLIV, nº 339, set.-dez. (2015), pp. 329-348.
- SICA, Leonardo – *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris Editora, 2007.
- SILVA, Júlio Barbosa – «“E se todo o mundo é composto de mudança...”»: um primeiro comentário sobre as novidades trazidas pelas alterações à Lei Tutelar Educativa, efectuadas pela Lei nº4/2015, de 15 de janeiro», in *Revista do Ministério Público*, nº 143, jul.-set. (2015), pp. 27-78.
- SILVA, Júlio Barbosa – *Lei Tutelar Educativa Comentada: no âmbito das principais orientações internacionais, da jurisprudência nacional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. Coimbra: Almedina, 2013.
- WEITEKAMP, Elmar G.M. – «The History of Restorative Justice», in GAVRIELIDES, Theo (ed.) – *Restorative Justice*, Nova Iorque: Routledge, 2015, pp. 3-29.
- ZEHR, Howard – *The Little Book of Restorative Justice*, Pensilvânia: GoodBooks, 2002.
- ZEHR, Howard – *Changing Lenses: A new focus for crime and justice*. Ontario: Herald Press, 1990.

OS LIMITES MATERIAIS DO REGULAMENTO SUCESSÓRIO EUROPEU

Anabela Susana de Sousa Gonçalves¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.148.4>

Sumário: 1. O Regulamento Sucessório Europeu; 2. Âmbito de aplicação geral; 3. Matérias excluídas; 3.1. Estado das pessoas singulares, relações familiares, capacidade jurídica e morte presumida; 3.2. Regimes matrimoniais; 3.3. Direitos reais e questões referentes ao registo; 3.4. Outras exclusões; 4. Conclusões

Resumo: As relações jurídicas privadas internacionais têm o seu regime jurídico, na União Europeia (UE), no *Regulamento n.º 650/2012, de 4 de Julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução de decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu* (Regulamento Sucessório Europeu). Existem, por vezes, algumas expectativas, nem sempre realistas, sobre as respostas que o Regulamento pode dar, numa área em que há muitas divergências entre o direito material dos Estados-Membros. É, por isso, importante conhecer os limites que circunscrevem o âmbito de aplicação material do Regulamento, trazendo à discussão a jurisprudência do TJUE que já existe sobre o mesmo.

Palavras-Chave: Regulamento Sucessório Europeu; âmbito de aplicação material; Direito Internacional Privado; Sucessões Internacionais

¹ Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho

1. O Regulamento Sucessório Europeu

As relações jurídicas privadas internacionais de natureza sucessória têm o seu regime jurídico, na União Europeia (UE), no *Regulamento nº 650/2012, de 4 de Julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução de decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu* (Regulamento Sucessório Europeu). O Regulamento foi adotado no âmbito da política de cooperação judiciária em matéria civil, que se encontra prevista no art. 81º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). A cooperação judiciária em matéria civil é uma política da União Europeia que tenta aproximar e estabelecer meios de colaboração entre as autoridades judiciárias dos diferentes Estados-Membros. Esta política tem como objetivo garantir que as divergências entre os sistemas judiciários e as ordens jurídicas dos diferentes Estados-Membros não limitem o acesso à justiça e o exercício dos direitos².

O Regulamento Sucessório Europeu estabelece regras de competência internacional uniformes (capítulo II), um sistema conflitual uniforme (capítulo III), um regime de reconhecimento e execução de decisões estrangeiras, atos autênticos e transações judiciais (capítulo IV e V) e, por fim, institui um certificado sucessório europeu (capítulo VI).

Os principais objetivos do Regulamento Europeu sobre Sucessões podem resumir-se à necessidade de promover a eliminação de entraves à livre circulação de pessoas e de permitir que, no âmbito do espaço europeu de liberdade, segurança e justiça³, os cidadãos possam mais facilmente organizar antecipadamente a sua sucessão, salvaguardando a proteção dos direitos dos herdeiros e legatários e das pessoas próximas do falecido, assim como a proteção dos credores da sucessão (assim resulta dos considerandos 7 e 80).

De facto, é possível encontrar nos trabalhos preparatórios do Regulamento a ideia de que a discrepância do direito conflitual e das normas de competência internacional, assim como a variedade de autoridades que

² Sobre a cooperação judiciária em matéria civil e suas origens, v. ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado, A mudança de paradigma*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 107-127 e pp. 212-226; *idem*, «As linhas gerais do Regulamento Europeu sobre Sucessões», *Cadernos de Direito Privado*, nº 52, 2016, pp. 3-19.

³ Previsto no art. 67º do TFUE.

têm competência para decidir as questões relativas às sucessões internacionais nos vários Estados-Membros, geravam um risco de segmentação das sucessões internacionais, dificultavam a resolução destas questões e, em última análise, constituíam um entrave à livre circulação das pessoas na União⁴. A unificação das normas de conflitos e de competência internacional aplicáveis em todos os Estados-Membros visa, em última análise, aumentar a certeza e segurança jurídica na resolução das sucessões internacionais, facilitar a organização prévia da sucessão e simplificar a resolução dos litígios relacionados com sucessões plurilocalizadas. A unificação destas normas é complementada por um sistema de reconhecimento e execução tendencialmente automático de decisões, sendo o reconhecimento mútuo de decisões proferidas nos Estados-Membros em matéria sucessória também um dos objetivos gerais do Regulamento, como é assumido no Considerando 59.

Existem, por vezes, algumas expectativas, nem sempre realistas, sobre as respostas que o Regulamento pode dar, numa área em que há muitas divergências entre o direito material dos Estados-Membros. O objetivo deste breve estudo é a análise dos limites que circunscrevem o âmbito de aplicação material do Regulamento, trazendo à discussão a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) sobre o mesmo.

2. Âmbito de aplicação geral

O Regulamento Sucessório Europeu, de acordo com o seu art. 1º, nº 1, aplica-se a relações jurídicas plurilocalizadas que assumam a natureza de sucessões por morte, o que abrange «(...) todas as formas de transferência de bens, direitos e obrigações por morte, independentemente de se tratar de um ato voluntário de transferência ao abrigo de uma disposição por morte, ou de uma transferência por sucessão *ab intestato*»⁵. Este conceito é reproduzido no art. 3º, nº 1, do Regulamento, e, tal como acontece relativamente aos demais atos jurídicos da União na área da cooperação judiciária em matéria civil,

⁴ Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e dos actos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um certificado sucessório europeu*, COM(2009) 154 final, Bruxelas, 14.10.2009, p. 2.

⁵ Como se lê no Considerando 9 e resulta do art. 3º, nº 1, al. a), do Regulamento Europeu sobre Sucessões.

este é um conceito autónomo, que deve ser interpretado independentemente do conteúdo que as matérias sucessórias assumem nas ordens jurídicas do Estados-Membros⁶.

Olhando para o referido conceito, em primeiro lugar, estão em causa relações sucessórias plurilocalizadas, que estão em contacto com mais do que uma ordem jurídica. Isto significa, de acordo com a jurisprudência do TJUE, é necessário apurar a localização de um outro elemento relativo à sucessão num Estado diferente do Estado da última residência habitual do *de cujos*⁷. Neste sentido, uma sucessão pode ser transfronteiriça ou plurilocalizada quando integra bens localizados em vários Estados-Membros, que não correspondam ao Estado da última residência do falecido⁸.

Em segundo lugar, o art. 3º, nº 1, estabelece um conceito amplo de sucessão, que abarca qualquer forma de transmissão por morte, de acordo com um princípio da unidade da sucessão, abrangendo a transmissão legal e a transmissão voluntária, estabelecendo o princípio da unidade da sucessão. Como resulta do Considerando 37 do Regulamento, «[p]or razões de segurança jurídica e para evitar a fragmentação da sucessão, essa lei deverá regular a totalidade da sucessão, ou seja, todos os bens da herança, independentemente da natureza dos bens e independentemente de estes se encontrarem situados noutro Estado-Membro ou num Estado terceiro».

Por essa razão, no plano dos conflitos de leis, o art. 23º, que define o âmbito da lei aplicável, determina, no seu nº 1, que esta lei regulará toda a sucessão, o que abrange toda a transferência de bens que integrem a herança

⁶ A identidade de objetivos entre as normas previstas nos instrumentos jurídicos da União no âmbito da política de cooperação judiciária em matéria civil e a racionalidade e o funcionamento sistemático do ordenamento jurídico da União parecem-nos militar a favor da adoção de conceitos com significados idênticos nos vários atos jurídicos que regulam a cooperação judiciária e de conceitos com autonomia face às ordens jurídicas nacionais. Esta é a posição do TJUE, que tem afirmado repetidamente que as noções utilizadas nestes atos legislativos devem adotar um conteúdo autónomo face àquele que possuem nas ordens jurídicas nacionais. V., a jurisprudência do TJUE afirmando a necessidade de uma interpretação autónoma dos conceitos previstos no Regulamento n.º 44/2001, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à Competência Judiciária, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial (Bruxelas I), revogado pelo revogado pelo Regulamento (UE) n.º 1215/2012, de 12 de dezembro de 2012 (Bruxelas I bis): TJUE, *Reisch Montage AG c. Kiesel Baumaschinen Handels GmbH*, Processo C-103/05, de 13 de junho de 2006, *CJ* 2006; *idem*, *Falco Privatstiftung e Thomas Rabitsch c. Gisela Weller-Lindborst*, Processo C-533/07, de 23 de Abril de 2009, *CJ* 2009; *idem*, *Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG (C-585/08) e Hotel Alpenhof GesmbH c. Olivier Heller (C-144/09)*, Processos Apensos C-585/08 e C-144/09, de 07 de dezembro de 2010.

⁷ TJUE, *E. E. sendo intervenientes: Kauno miesto 4-ojo notaro biuro notarė Virginija Jarienė, K.-D. E.*, Processo C-80/19, de 16 de julho de 2020, ECLI:EU:C:2020:569, § 42.

⁸ *Idem, ibidem*, §43; *idem*, *Vincent Pierre Oberle*, Processo 20/17, de 28 de junho de 2018, ECLI:EU:C:2018:485, §32.

para os herdeiros ou legatários⁹. Em seguida, no nº 2, enuncia de forma não taxativa, como pode ser inferido da palavra *nomeadamente*, as matérias que serão reguladas pela lei da sucessão, designadamente: as causas, o momento e o lugar da abertura da sucessão; a determinação dos beneficiários, respetivos direitos sucessórios, respetivas quotas-partes e obrigações que lhes podem ser impostas pelo falecido; a capacidade sucessória; a deserdação e a incapacidade por indignidade; a transmissão dos bens, direitos e obrigações da herança aos herdeiros ou legatários, incluindo as condições e os efeitos da aceitação ou repúdio da sucessão ou do legado; os poderes dos herdeiros, dos executores testamentários e outros administradores da herança; a responsabilidade pelas dívidas da sucessão; a quota disponível da herança, a legítima e outras restrições à disposição por morte; a colação e a redução das liberalidades, adiantamentos ou legados aquando da determinação das quotas dos diferentes beneficiários; a partilha da herança.

Da mesma forma, o princípio da unidade da sucessão está ainda presente no art. 4º, que estabelece a regra geral referente à competência internacional em matéria sucessória. De acordo com esta disposição normativa, os órgãos jurisdicionais do Estado da residência habitual do autor da sucessão no momento da morte têm competência para decidir o conjunto da sucessão¹⁰. Como já esclareceu o TJUE, o princípio da unidade da sucessão implica inclusive que aqueles órgãos jurisdicionais sejam os únicos com competência internacional para tomar medidas sobre o conjunto de uma sucessão, nomeadamente, a emissão de um certificado sucessório europeu, tendo como objetivo uma boa administração da justiça, limitando a possibilidade da existência de processos paralelos nos órgãos jurisdicionais dos diferentes Estados-Membros e de eventuais contradições¹¹. Note-se que, ainda que, o art. 4º atribui competência aos órgãos jurisdicionais de um Estado-Membro, sendo a competência interna decidida de acordo com as normas nacionais de competência¹².

⁹ Neste sentido v. TJUE, *Aleksandra Kubicka sendo interveniente: Przemysława Bac, agindo na qualidade de notária*, Processo C-218/16, de 12 de outubro de 2017, ECLI:EU:C:2017:755, § 44.

¹⁰ Sobre o princípio da unidade da sucessão, v. ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «As linhas gerais do Regulamento Europeu sobre Sucessões», Cit., pp. 3-19.

¹¹ *Idem*, Vincent Pierre Oberle, Cit., § 44 e 57.

¹² *Idem*, Vincent Pierre Oberle, Cit., §36.

O art. 1º, nº 1, exclui do âmbito de aplicação do Regulamento as matérias fiscais, aduaneiras e administrativas. Isto significa que as questões relativas ao pagamento de impostos em consequência da transmissão sucessória serão reguladas pelas leis nacionais dos Estados-Membros, como resulta do Considerando 10.

O nº 2, da mesma disposição legal, afasta da aplicação do Regulamento Sucessório Europeu um conjunto de matérias nele enumeradas, que passaremos a analisar em seguida. Todavia, como esclarecimento prévio, temos de recorrer ao Considerando 11, onde se explica que «[p]or motivos de clareza, deverão ser explicitamente excluídas do âmbito de aplicação do presente regulamento algumas questões suscetíveis de serem entendidas como apresentando uma relação com matérias sucessórias». Compreende-se, por isso, que será necessário fazer um *depeçage* em relação a estas matérias conexas com a sucessão, mas explicitamente excluídas do Regulamento, e, a estas, aplicar uma lei diferente daquela que resulta do mesmo.

3. Matérias excluídas

3.1. Estado das pessoas singulares, relações familiares, capacidade jurídica e morte presumida

De acordo com a al. a), do nº 2, do art. 1º, estão excluídas do âmbito de aplicação do Regulamento o estado das pessoas singulares, as relações familiares e as relações análogas que produzam efeitos equiparáveis. Quando nos referimos a estados civis e relações de família, está em causa a filiação, a adoção, o casamento, algum tipo de afinidade, que possam surgir como questões preliminares à sucessão e que possam ter influência sobre o resultado final. No que diz respeito a estas matérias, não podemos deixar de assinalar que está em discussão uma proposta de Regulamento referente ao estabelecimento da filiação¹³. Como se pode observar, o Regulamento não dá uma solução para a possibilidade de estes estados ou relações jurídicas surgirem

¹³ Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento de decisões e à aceitação de atos autênticos em matéria de filiação e à criação de um certificado europeu de filiação*, COM/2022/695 final, Bruxelas, 7.12.2022.

como questões preliminares a uma questão sucessória principal. Tendo em consideração as diferenças de soluções relativamente a estas questões por parte dos Estados-Membros, alguns autores têm defendido o tratamento da questão prévia como questão independente, regulada pela lei do estatuto pessoal ou familiar, posição com a qual concordamos¹⁴.

Também a capacidade das pessoas singulares se encontra afastada da aplicação do Regulamento, nos termos da al. b), do nº 2, do art. 1º. Note-se que esta exclusão abrange a capacidade negocial de exercício, pois a capacidade negocial de gozo para testar está abrangida pela capacidade sucessória, que integra o âmbito da lei aplicável nos termos do art. 23º, nº 2, al. c) e as condições de validade material dos pactos sucessórios e das disposições por morte diferentes dos pactos sucessórios, de acordo com o art. 26º, e que são reguladas nos termos do art. 24º e 25º do Regulamento Sucessório Europeu.

Não abrangidas pelo Regulamento estão também as questões relacionadas com o desaparecimento, a ausência ou a morte presumida de uma pessoa singular, de acordo com a al. c), do nº 2, do art. 1º. Na decorrência desta alínea, também se deve entender que as questões da determinação da morte e do momento da morte também estão excluídas do âmbito de aplicação do Regulamento¹⁵. Note-se, todavia, que o Regulamento tem uma norma material para as situações de comoriência no art. 32º que estabelece que «[s]empre que duas ou mais pessoas cujas sucessões são regidas por leis diferentes morram em circunstâncias em que haja incerteza quanto à ordem em que os óbitos ocorreram e que essas leis regulem esta situação de forma diferente ou não a regulem, nenhuma destas pessoas tem direito à sucessão da outra ou das outras.».

¹⁴ Neste sentido, ANDREA BONOMI, «Article 1» in *Le droit européen des successions, Commentaire du Règlement n.º 650/2012 du 4 juillet 2012*, Org. Andrea Bonomi, Patrick Wautelet, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 76-78; GUILLERMO PALAO MORENO, GABRIEL ALONSO LANDETA, «Artículo 1. Ámbito de aplicación» in *Sucesiones Internacionales, Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Dir. José Luis Iglesias Buiges, Guillermo Palao Moreno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 35.

¹⁵ Neste sentido, v. ANDREA BONOMI, «Article 1», Cit., pp. 81; GUILLERMO PALAO MORENO, GABRIEL ALONSO LANDETA, «Artículo 1. Ámbito de aplicación», Cit., p. 36.

3.2. Regimes matrimoniais

De acordo com o art. 1º, nº 2, al. d), as questões relativas aos regimes matrimoniais e regimes patrimoniais referentes a relações jurídicas com efeitos análogos ao casamento estão excluídas do âmbito de aplicação do Regulamento Sucessório Europeu. Apesar de as questões elencadas poderem ter uma relação com as matérias sucessórias, aquelas não podem ser classificadas como questões sucessórias, ainda que a resolução da sucessão esteja dependente das questões referentes aos regimes matrimoniais. Isto mesmo é afirmado no Considerando 12, onde se lê que «[a]s autoridades que tramem de determinada sucessão ao abrigo do presente regulamento deverão, no entanto, em função da situação, ter em conta a liquidação de um eventual regime de bens no casamento ou regime de bens semelhante do falecido ao determinarem a herança do falecido e as quotas-partes dos beneficiários».

A exclusão das questões relativas aos regimes matrimoniais e regimes patrimoniais referentes a relações jurídicas com efeitos análogos ao casamento justifica-se pela existência de dois instrumentos legais da União que regulam estas questões e que, aquando da publicação do Regulamento sucessório Europeu, já estavam em discussão¹⁶: o *Regulamento n.º 2016/1103 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais* (Regulamento Europeu sobre Regimes Matrimoniais); e o *Regulamento n.º 2016/1104 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registadas* (Regulamento Europeu sobre Parcerias Registadas). Tal como sucede com o Regulamento Sucessório Europeu, ambos os Regulamentos são circunscritos às relações privadas internacionais¹⁷, tendo sido elaborados no âmbito da política de cooperação judiciária em matéria civil.

¹⁶ Na altura estavam em discussão duas propostas de Regulamento: COMISSÃO EUROPEIA, «Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais», *COM(2011) 126 final*, Bruxelas, 16.3.2011, pp. 1-29; *idem*, «Proposta de regulamento do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registadas», *COM(2011) 127 final*, Bruxelas, 16.3.2011, pp. 1-28.

¹⁷ De acordo com o Considerando 14 de ambos os Regulamentos.

Os objetivos principais de ambos os Regulamentos consistem¹⁸ no aperfeiçoamento da livre circulação das pessoas, facilitar aos cônjuges e parceiros a possibilidade de organizarem as relações patrimoniais entre si e em relação a terceiros, quer no momento da vida do casal, quer durante a liquidação dos seus bens, e na promoção da certeza e segurança jurídica nas matérias objeto de regulamentação. A Comissão Europeia justifica a regulamentação destas matérias invocando o interesse dos casais internacionais que, devido à liberdade de circulação dentro da União, são em número crescente, e a dificuldade prática e jurídica que estes casais encontram na gestão quotidiana dos seus bens, assim como na liquidação dos mesmos na sequência da morte ou divórcio de um dos seus membros, devido à diversidade de normas materiais e conflituais nos Estados-Membros nas questões dos efeitos patrimoniais do casamento¹⁹. Houve, por isso, também o objetivo de simplificar o quadro normativo existente, facilitando a circulação de decisões judiciais e o reconhecimento de direitos adquiridos na União relativamente aos efeitos patrimoniais do casamento.

Para atingir estes fins encontramos em ambos os Regulamentos: normas de competência internacional uniformes (capítulo II); um sistema conflitual uniforme (capítulo III); e um regime de reconhecimento e execução de decisões estrangeiras, atos autênticos e transações judiciais (capítulo IV e V).

Regimes matrimoniais são definidos no art. 3º, nº 1, al. a) do Regulamento Europeu sobre Regimes Matrimoniais, como o conjunto de disposições legais referentes às relações patrimoniais dos cônjuges, e às suas relações com terceiros, em resultado do casamento ou da dissolução do mesmo. Temos, assim, uma definição bastante ampla do âmbito de aplicação do Regulamento, na medida em que este abrange todos os aspetos de direito civil relativos aos regimes matrimoniais, quer relativos à gestão quotidiana dos bens dos cônjuges, quer à liquidação em resultado da separação do casal ou morte de um dos elementos do casal. De facto, esclarece o Considerando 18 que, para efeitos do Regulamento, o conceito regime matrimonial inclui as regras não derogáveis por vontade dos cônjuges, as normas supletivas que

¹⁸ De acordo com o Considerando 73 de ambos os Regulamentos.

¹⁹ COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais*, COM (2016), Cit. p. 4.

admitam disposição em contrário e as normas gerais da lei aplicável, abrangendo «as disposições patrimoniais específicas e exclusivamente previstas por certos ordenamentos jurídicos nacionais no caso do casamento, mas também as relações patrimoniais entre os cônjuges e entre estes e terceiros, resultantes diretamente do regime matrimonial ou da dissolução deste regime». Estão também abrangidas «(...) os poderes e direitos específicos de qualquer um ou de ambos os cônjuges em relação aos bens, quer entre eles quer em relação a terceiros», de acordo com o Considerando 20.

Ora, por vezes, pode ser difícil determinar se estamos perante uma questão sucessória ou de regimes de bens. Assim sucedeu no caso *Doris Margret Lisette Mahnkopf*, em que o TJUE decidiu que uma norma de um Estado-Membro que estabelece, em caso de falecimento de um dos cônjuges, uma distribuição fixa dos bens adquiridos através do aumento da quota sucessória do cônjuge sobrevivente integra-se no âmbito de aplicação material do Regulamento Sucessório Europeu²⁰. Justificou o TJUE, que «o § 1371, nº 1, do BGB tem por objeto (...) não a partilha de elementos patrimoniais entre os cônjuges, mas a questão dos direitos do cônjuge sobrevivente quanto aos elementos já contabilizados na massa sucessória. Nestas condições, não se afigura que essa disposição tenha por finalidade principal a repartição dos elementos do património ou a liquidação do regime matrimonial, mas antes a determinação do quantum da quota sucessória a atribuir ao cônjuge sobrevivente relativamente aos demais herdeiros»²¹. Por essa razão considerou a disposição em causa como sendo qualificável como uma questão referente à sucessão do cônjuge falecido e integrando a matéria sucessória para efeitos do Regulamento Sucessório Europeu.

Ainda assim, estes dois instrumentos jurídicos estão ligados, pois numa situação de sucessões, pode ser necessário resolver questões patrimoniais entre os cônjuges, que resultem do regime de bens. Por esta razão, o Regulamento Europeu sobre Regimes Matrimoniais prevê competência internacional sucessória nas matérias de regimes matrimoniais em duas situações: quando existe uma ligação com uma ação sucessória ou com uma ação de divórcio, separação

²⁰ TJUE, *Doris Margret Lisette Mahnkopf*, sendo interveniente: *Sven Mahnkopf*, Processo C-558/16, de 1 de março de 2018, ECLI:EU:C:2018:138, § 44.

²¹ *Idem*, *ibidem*.

judicial ou anulação do casamento entre os cônjuges. Nos termos do art. 4º, se for instaurada num Estado-Membro uma ação relativa à sucessão de um dos cônjuges de acordo com as regras de competência do Regulamento Sucessório Europeu, os órgãos jurisdicionais desse Estado também terão competência para decidir questões conexas com a ação sucessória que estão a julgar referentes ao regime matrimonial.

A unidade de jurisdição nas situações elencadas é justificada no considerando 32 como favorecendo a boa administração da justiça. De facto, quando há questões sucessórias ou de dissolução do vínculo conjugal a serem decididas pelos órgãos jurisdicionais de um Estado-Membro, podendo os tribunais deste Estado decidir as matérias de regimes matrimoniais que estão conexas com aquelas ações, permitirá que questões conexas sejam decididas por tribunais do mesmo Estado, existindo ganhos no plano da eficácia, celeridade da justiça e economia processual. Todavia, é necessário esclarecer que o art. 4º e 5º não são normas de competência territorial, mas de competência internacional, o que significa que a competência é atribuída para os órgãos jurisdicionais do Estado-Membro onde os litígios sucessórios e relativos ao divórcio, separação e anulação do casamento estão a ser decididos, mas não exatamente ao tribunal que os está a decidir. O órgão jurisdicional em concreto para decidir a questão matrimonial será determinado pelas normas de competência internas de cada Estado-Membro. Assim se respeita o facto de em certos Estados-Membros as questões sucessórias estarem entregues a autoridades, que não sejam tribunais nos termos do art. 3º, nº 2, do Regulamento Sucessório Europeu, como é o caso dos notários por indicação dos próprios Estados, não tendo competência estas autoridades para decidir questões relativas aos regimes matrimoniais, nos termos do respetivo direito nacional²².

Todavia, mantêm-se as vantagens que enunciamos, pois a resolução de um litígio sucessório pode estar dependente da resolução das questões relativas ao regime matrimonial e a resolução destas é influenciada pela ação de divórcio, e estas influências mútuas tornam-se mais fáceis de conjugar quando as ações estão a decorrer no mesmo Estado, obviando-se a problemas

²² Neste sentido, PILAR PEITEADO MARISCAL, «Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los reglamentos UE 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2017, Vol. 9, Nº 1, p. 310.

de reconhecimento de decisões estrangeiras, reduzindo-se custos para as partes e aumentando a celeridade das decisões.

Em relação ao princípio da unidade, agora no plano da lei aplicável, há autores que consideram que, por vezes, deve ser mantida a unidade entre a lei aplicável ao regime matrimonial e às sucessões, ou devem ser estabelecidos mecanismos para que seja possível manter esta unidade²³. Há ordens jurídicas que, por vezes, estabelecem direitos sucessórios mais débeis para o cônjuge sobrevivente, porque o beneficia no momento da dissolução do casamento, através do regime matrimonial. O oposto também pode suceder: ordenamentos jurídicos que estabelecem um regime matrimonial supletivo que não beneficia o cônjuge no momento da dissolução do casamento, mas confere direitos sucessórios mais fortes ao cônjuge sobrevivente. São estes equilíbrios normativos que podem ser quebrados quando são aplicados diferentes leis ao regime matrimonial e às sucessões²⁴.

Estes equilíbrios normativos podem ser restaurados através da autonomia da vontade, que está presente no Regulamento Sucessório Europeu e no Regulamento Europeu sobre Regimes Matrimoniais, na forma de escolha de lei.

O art. 22º do Regulamento Europeu sobre Regimes Matrimoniais admite que as partes designem ou alterem a lei aplicável ao regime matrimonial, podendo escolher uma das leis elencadas na norma: a lei da residência habitual dos cônjuges ou dos futuros cônjuges, ou de um deles, no momento em que for concluído o acordo; a lei da nacionalidade de qualquer um dos cônjuges ou futuros cônjuges, no momento da conclusão do acordo. Verificamos que são valorizadas nesta norma os dois elementos de conexão mais relevantes em matéria de estatuto pessoal – a nacionalidade e a residência habitual. Estes são aqueles que têm uma maior proximidade com os cônjuges, ou com um deles, e na norma são paralisados no momento da conclusão do acordo, eliminando qualquer problema de conflito móvel.

O art. 22º do Regulamento Sucessório Europeu também permite a eleição da lei aplicável à sucessão, dando assim a possibilidade de a pessoa organizar antecipadamente a sucessão de acordo com a sua vontade: a pessoa

²³ Neste sentido, JAVIER CARRASCOZA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012, Análisis crítico*, Editorial Comares, Granada, 2014, p. 37.

²⁴ *Idem, ibidem.*

pode escolher, como lei aplicável à sucessão, a lei do Estado de que é nacional no momento em que faz a escolha ou no momento da morte²⁵. O objetivo da possibilidade da escolha da lei da nacionalidade é o reconhecimento da importância deste vínculo nas matérias sucessórias para o direito conflitual de muitos Estados-Membros. Já a limitação à nacionalidade verifica-se, de acordo com o Considerando 38, para proteger as legítimas expectativas das pessoas com direito à legítima. Consideramos que esta escolha se justifica sobretudo para salvaguardar as legítimas expectativas do autor da sucessão quando mantém um vínculo estreito com o país da sua nacionalidade.

Ora, pela escolha de lei, podemos restaurar os equilíbrios normativos entre as questões referentes aos regimes matrimoniais e às sucessões, que, se assim não for, podem ser quebrados pelo *depeçage* resultante da existência de dois instrumentos jurídicos relativamente a estas matérias.

3.3. Direitos reais e questões referentes ao registo dos mesmos

De acordo com a al. k), do nº 2, do art. 1º, o Regulamento Sucessório Europeu não se aplica à natureza dos direitos reais, assim como às questões referentes ao registo de direitos reais sobre bens imóveis ou móveis, nos termos da al. l), do nº 2, do art. 1º, o que inclui: os requisitos para a inscrição dos referidos direitos, os efeitos que decorrem do registo desses direitos (como efeitos constitutivos ou declarativos), e as consequências da não inscrição.

Em relação à natureza dos direitos reais, o Considerando 15 do Regulamento esclarece que o Regulamento permite a criação ou transmissão de direitos reais de acordo com a lei que regula a sucessão nos termos do Regulamento. Todavia, o Regulamento não interfere com o *numerus clausus* dos direitos reais existentes nos diversos Estados-Membros, não podendo um Estado-Membro ser obrigado a reconhecer um direito real, relativamente a um bem nele situado, que não existe no seu ordenamento jurídico. Esta restrição está relacionada com o princípio da tipicidade dos direitos reais em cada ordem jurídica e com a salvaguarda que resulta do art. 345º do TFUE ao estabelecer que «[o]s Tratados em nada prejudicam o regime da propriedade

²⁵ Sobre as vantagens da escolha de lei no Regulamento Sucessório Europeu, v. ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «As linhas gerais do Regulamento Europeu sobre Sucessões», Cit., pp. 3-19.

nos Estados-Membros». Logo, a existência dos direitos reais, a determinação do seu conteúdo, alcance e efeitos estão excluídos do âmbito de aplicação do Regulamento. Todavia, integram a *lex successionis* e o âmbito de aplicação do Regulamento, nos termos do art. 23º, nº 2, al. e), «[a] transmissão dos bens, direitos e obrigações que compõem a herança aos herdeiros e, consoante o caso, aos legatários, incluindo as condições e os efeitos da aceitação da sucessão ou do legado ou do seu repúdio», ou seja, a transmissão da propriedade por via sucessória, incluindo as formas de transmissão e título válido de transmissão, integra-se no âmbito do Regulamento²⁶.

Ainda assim, os beneficiários destes direitos são protegidos, pois, como explica o Considerando 16, o Regulamento permite a adaptação de um direito real desconhecido em certa ordem jurídica por um direito real equivalente mais próximo de acordo com a lei desse Estado-Membro, nos termos do art. 31º. Para o efeito, devem ser tidos em consideração os objetivos e os interesses do direito real em questão e os efeitos que resultam do mesmo, nos termos da referida disposição legal. Nos termos ainda do Considerando 16 e para operacionalizar este processo de equivalência «[p]ara determinar o direito real equivalente mais próximo, podem ser contactadas as autoridades ou pessoas competentes do Estado cuja lei se aplicou à sucessão, a fim de obter mais informações sobre a natureza e os efeitos do direito em causa. Para esse efeito, poderão ser utilizadas as redes existentes no domínio da cooperação judiciária em matéria civil e comercial, bem como quaisquer outros meios disponíveis que facilitem a compreensão de legislação estrangeira»²⁷. Ou seja, o decisor pode recorrer a todos os meios fidedignos que tenha à sua disposição para compreender a legislação estrangeira e proceder à adaptação.

Esta questão foi colocada ao TJUE no caso *Aleksandra Kubicka*²⁸ em que estava em causa duas modalidades de transmissão da propriedade de um bem por morte do testador, de um direito real, transmissão esta que era reconhecida nas duas ordens jurídicas envolvidas, através de formas diferentes:

²⁶ Neste sentido, GUILLERMO PALAO MORENO, GABRIEL ALONSO LANDETA, «Artículo 1. Ámbito de aplicación», Cit., pp. 42-46.

²⁷ Para este efeito veja-o projeto europeu EU-ADAPT: Adaptation of rights in rem in cross-border succession within EU: <https://www.uc.pt/en/fduc/university-of-coimbra-institute-for-legal-research-uciler/research-projects/eu-adapt/>, consultado em 9.08.2023.

²⁸ TJUE, *Aleksandra Kubicka sendo interveniente: Przemysława Bac, agindo na qualidade de notária*, Processo C-218/16, de 12 de outubro de 2017, ECLI:EU:C:2017:755.

o legado vindicatório previsto pelo direito polaco e o legado obrigacional, previsto pelo direito alemão. Ambas eram modalidades de transmissão da propriedade de um bem por morte do testador, sendo este direito real de propriedade reconhecido nas duas ordens jurídicas²⁹. Assim sendo, concluiu o TJUE que al. k), do n.º 2, do art. 1.º, do Regulamento Sucessório Europeu «(...) se opõe à recusa do reconhecimento, num Estado-Membro cujo ordenamento jurídico não reconhece o instituto do legado vindicatório, dos efeitos reais produzidos por tal legado no momento da abertura da sucessão em aplicação da lei sucessória escolhida pelo testador»³⁰. Apesar da modalidade de transmissão do bem de acordo com a lei polaca se verificar através de um instituto que não existia no direito alemão, lugar da situação do bem, considerou-se que havia uma equivalência entre institutos, tendo em consideração os efeitos jurídicos de ambos, que seria a transmissão através de legado do direito de propriedade sobre a quota-parte do legatário no imóvel situado na Alemanha, o que o direito alemão permite³¹.

O Tribunal clarificou que a figura da adaptação, prevista no art. 31.º do Regulamento não se aplica ao caso, porque o direito alemão reconhece o direito de propriedade que seria transmitido por força do legado vindicatório lituano, esclarecendo que a referida norma «(...) não se refere às modalidades de transmissão dos direitos reais, modalidades em que se incluem, nomeadamente, os legados vindicatórios ou obrigacionais, mas unicamente ao respeito do conteúdo dos direitos reais, determinado pela lei aplicável à sucessão (*lex causae*), e à sua receção na ordem jurídica do Estado-Membro onde são invocados (*lex rei sitae*)»³². Como o que é transmitido é um direito de propriedade, que é reconhecido no direito alemão, não é necessário recorrer à adaptação.

O Tribunal conclui, considerando que o art. 1.º, n.º 2, als. k) e l), e o art. 31.º do Regulamento não permitem a recusa do reconhecimento dos efeitos reais do legado vindicatório resultante da lei aplicável à sucessão, «(...) quando essa recusa se baseie no facto de esse legado ter por objeto o direito de propriedade de um imóvel situado nesse Estado-Membro, cuja legislação não

²⁹ *Idem, ibidem*, § 49.

³⁰ *Idem, ibidem*, § 51.

³¹ *Idem, ibidem*, § 62.

³² *Idem, ibidem*, § 62-63.

reconhece o instituto do legado com efeitos reais imediatos no momento da abertura da sucessão»³³, mas reconhece o direito de propriedade do legatário em resultado da sucessão.

O Regulamento também não disciplina as questões referentes ao registo de direitos reais sobre bens imóveis ou móveis, nos termos da al. l), do nº 2, do art. 1º. Como é referido no Considerando 18, competirá à lei do Estado-Membro do registo, que no caso dos imóveis é a lei do lugar da situação do bem, fixar os requisitos legais para a inscrição no registo, as autoridades que os deverão verificar, qual a documentação a apresentar e informações necessárias. Os efeitos do registo, declarativos ou constitutivos, também estão excluídos do âmbito de aplicação do Regulamento. Como resulta do Considerando 19, «(...) por exemplo, se a aquisição de um direito sobre um bem imóvel exigir a inscrição num registo, nos termos da lei do Estado-Membro no qual que é mantido o registo, a fim de garantir o efeito *erga omnes* dos registos ou proteger os negócios jurídicos, o momento da referida aquisição deverá ser regido pela lei desse Estado-Membro».

Se as condições de inscrição de direitos no registo e os efeitos do registo estão excluídos do âmbito de aplicação do Regulamento, de acordo com o TJUE «(...) as condições em que esses direitos são adquiridos não figuram entre as matérias excluídas do âmbito de aplicação desse regulamento. Esta interpretação é confirmada pelo princípio da unidade da lei sucessória previsto no artigo 23º do Regulamento nº 650/2012, em especial no seu nº 2, alínea e), que dispõe que a referida lei regula «[a] transmissão dos bens, direitos e obrigações [...] aos herdeiros e, consoante o caso, aos legatários»³⁴. Ou seja, as condições do registo de um direito, assim como os seus efeitos, são reguladas pela lei do Estado-Membro do registo. Já as condições de aquisição dos direitos por via sucessória, a transmissão dos bens, direitos e obrigações que compõem a herança aos herdeiros ou aos legatários incluem-se no âmbito de aplicação do Regulamento e no âmbito da lei aplicável, nos termos do art. 23º, nº 2, al. e).

Ainda sobre esta exclusão, como referimos, é a lei do Estado-Membro do registo que determina as condições legais para a inscrição de um direito no

³³ *Idem, ibidem*, § 54-55.

³⁴ *Idem, ibidem*, § 54-55.

registo, se os documentos apresentados são suficientes e têm as informações necessárias, de acordo com a lei desse Estado, estando esta matéria excluída do âmbito de aplicação do Regulamento. No caso *R. J. R.* colocou-se uma situação em que o pedido de inscrição de um direito de propriedade no registo predial lituano, referente a um imóvel situado nesse país, foi indeferido pelo facto de o Certificado Sucessório Europeu que foi apresentado como suporte do referido pedido não identificar o bem imóvel, condição para o registo do direito sobre o imóvel de acordo com o ordenamento jurídico da Lituânia³⁵.

O Certificado Sucessório Europeu poderá ser usado por herdeiros, legatários, executores testamentários ou administradores para provar a sua qualidade e exercer os seus direitos ou poderes em outro Estado-Membro, sendo emitido, por isso, para fins de utilização noutro Estado-Membro (art. 63º, nº 1). Tem, como finalidade, tornar a resolução das sucessões transnacionais mais célere, mais eficaz e fácil, permitindo ultrapassar as dificuldades que resultam da existência de uma grande variedade de instrumentos jurídicos, judiciais e extrajudiciais, existentes nos Estados-Membros com a mesma função³⁶. O art. 63º, nº 2, elenca de forma não taxativa algumas das finalidades para que pode ser utilizado o Certificado. Pode ser utilizado para comprovar: a qualidade e direitos de cada herdeiro ou legatário e respetivas quotas-partes da herança; a atribuição de um bem ou bens determinados específicos que compoñham a herança ao herdeiro ou herdeiros ou ao legatário ou legatários; os poderes da pessoa identificada no Certificado para executar o testamento ou administrar a herança. O Certificado será emitido pelos órgãos jurisdicionais do Estado-Membro que sejam competentes de acordo com as normas de competência internacional que constam do capítulo II do Regulamento.

As vantagens da utilização do Certificado estão relacionadas com os seus efeitos que vêm descritos no art. 69º. De acordo com o nº 1 desta disposição legal, o Certificado produz efeitos em todos os Estados-Membros de forma automática, sem necessidade de qualquer procedimento especial. Além disso, resulta deste Certificado uma presunção de veracidade em relação às

³⁵ TJUE, *R. J. R. contra Registry centras VĮ*, de 9 de março de 2023, ECLI:EU:C:2023:184, § 35.

³⁶ Assinalando esta variedade, ANDREA BONOMI, «Il Regolamento Europeo sulle Successioni», *RDIPP*, N. 2-2013, p. 320.

informações que contém. Assim decorre do art. 69º, nº 2, e é confirmado pelo considerando 71, ao clarificar que «[n]ão deverá ser um título executivo em si mesmo, mas deverá ter força probatória e presumivelmente comprovar com precisão os elementos estabelecidos nos termos da lei aplicável à sucessão ou de qualquer outra lei aplicável a elementos especiais como a validade material de disposições por morte». O Certificado terá, então, efeitos probatórios automáticos, mas apenas em relação às matérias reguladas pelo Regulamento, como esclarece o referido Considerando.

Estabelece o art. 69º, nº 5, que o Certificado Sucessório Europeu é um documento válido para a inscrição de bens da sucessão no registo competente de um Estado-Membro, ainda que salvasse a exclusão prevista no art. 1º, nº 2, al. l) do Regulamento. No caso, o TJUE recordou que é a lei do Estado-Membro do registo que regula: as condições de registo de um direito; se o direito pode ser registado ou não; as autoridades que devem fazer o registo e verificar se as referidas condições estão preenchidas; quais os documentos que devem ser apresentados e as informações que devem constar dos mesmos; os efeitos do registo³⁷. Se é certo que, segundo o Considerando 18 e o art. art. 69º, nº 5, o Certificado Sucessório Europeu deverá ser um documento válido para a inscrição dos bens da sucessão num registo de um Estado-Membro, resulta daquele Considerando que «[t]al não deverá impedir que as autoridades responsáveis pelo registo peçam à pessoa que solicita o registo que apresente as informações ou os documentos suplementares exigidos pela lei do Estado-Membro no qual é mantido o registo, por exemplo, informações ou documentos relacionados com o pagamento de impostos». No caso, a lei lituana exigia que no pedido de registo, ou nos documentos que acompanham esse pedido, fossem fornecidos todos os dados de identificação do bem imóvel em causa.

Consequentemente, concluiu o TJUE, que o art. 1º, nº 2, al. l) e o art. 69º, nº 5 «(...) não se opõem a uma regulamentação de um Estado-Membro que prevê que o pedido de inscrição de um bem imóvel no registo predial desse Estado-Membro pode ser indeferido quando o único documento apresentado em apoio desse pedido é um certificado

³⁷ *Idem, ibidem*, § 47.

sucessório europeu que não identifica esse bem imóvel»³⁸. Ainda assim, todos os outros elementos previstos na Certificado Sucessório Europeu podem ser usados pelos herdeiros, legatários, executores testamentários e administradores para provar a sua qualidade e exercer os seus direitos e poderes em outros Estados-Membros, produzindo o Certificado todos os efeitos dele decorrentes.

3.4. Outras exclusões

As obrigações de alimentos que não resultem do óbito são reguladas pelo Regulamento nº 4/2009 e, por isso, naturalmente estão fora do âmbito de aplicação do Regulamento sobre Sucessões, como resulta da al. e), do nº 2, do art. 1º. O *Regulamento nº 4/2009 relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares* (Regulamento sobre Obrigações Alimentares) foi elaborado com o objetivo de permitir que a decisão que um credor de alimentos obteve num Estado-Membro tenha automaticamente força executória no espaço da União Europeia (considerando 9), permitindo a cobrança efetiva e célere deste tipo de créditos. Para esse efeito estabelece normas de competência internacional, normas de conflitos, e simplifica o procedimento de reconhecimento e execução das decisões relativas a alimentos. O Regulamento nº 4/2009 aplica-se às obrigações alimentares decorrentes de relações de família, de parentesco, de casamento ou de afinidade (art. 1º, nº 1), sendo que o conceito de obrigação alimentar deve ser interpretado de forma autónoma (Considerando 11), para que exista um tratamento uniforme de todos os credores de alimentos dentro da União. Se assim não fosse, poderia existir uma desigualdade entre credores de alimentos dentro da União em situações idênticas, em resultado do conceito de obrigação alimentar ser diferente de Estado-Membro para Estado-Membro.

A validade formal das disposições por morte feitas oralmente está excluída do âmbito de aplicação do Regulamento [al. f), do nº 2, do art. 1º], devendo ser apreciada pelo direito nacional dos Estados-Membros. Esta exclusão harmoniza-se com o art. 10º da *Convenção de Haia, de 5 de outubro*

³⁸ *Idem, ibidem*, § 53.

de 1961, sobre os conflitos em matéria de forma das disposições por morte, que estabelece que os Estados Contratantes se reservam o direito de não reconhecimento de disposições testamentárias feitas oralmente. Ora, sendo esta Convenção aplicável em vários Estados-Membros, e tendo em conta o art. 75º, nº 1, do Regulamento, que salvaguarda a aplicação daquela Convenção, justifica-se esta exclusão.

Da mesma maneira estão excluídos os direitos e os bens criados ou transferidos fora do âmbito da sucessão, nos termos da al. g), do nº 2, do art. 1º, tais como as liberalidades, ressalvando-se a necessidade da colação e a redução das liberalidades, adiantamentos ou legados aquando da determinação das quotas dos diferentes beneficiários, matéria que se encontra no âmbito da lei aplicável nos termos do art. 23º, nº 2, al. i). De facto, nos termos desta disposição legal, integra o âmbito da *lex successionis* «[a] colação e a redução das liberalidades, adiantamentos ou legados aquando da determinação das quotas dos diferentes beneficiários». Isto significa que a obrigação de reintegrar as doações ou liberalidades, adiantamentos ou legados, para apurar as cotas sucessórias dos diferentes herdeiros ou beneficiários integra-se no âmbito de aplicação do Regulamento³⁹.

As matérias regidas pelo direito das sociedades e pelo direito aplicável a outras entidades, dotadas ou não de personalidade jurídica, assim como a dissolução, extinção e fusão de sociedades e outras entidades, dotadas ou não de personalidade jurídica [al. h) e al. i), do nº 2, do art. 1º] também estão excluídas do âmbito de aplicação do Regulamento Sucessório Europeu.

Por fim, o Regulamento Sucessório Europeu também não é aplicável à criação, administração e dissolução de *trust*, nos termos da al. j), do nº 2, do art. 1º. Todavia, esclarece o Considerando 13 que tal não significa uma exclusão geral dos *trusts*, pois «[c]aso um *trust* seja criado por força de um testamento ou por lei, no âmbito de uma sucessão *ab intestato*, a lei aplicável à sucessão, nos termos do presente regulamento, deverá aplicar-se no que respeita à devolução dos bens e à determinação dos beneficiários». Isto significa, que as duas questões elencadas que resultem de um *trust* que tenha natureza sucessória estarão abrangidas pelo âmbito de aplicação do Regulamento:

³⁹ Neste sentido, ANDREA BONOMI, «Article 1», Cit., p. 91-102; GUILLERMO PALAO MORENO, GABRIEL ALONSO LANDETA, «Artículo 1. Ámbito de aplicación»; Cit., p. 39.

devolução de bens e determinação dos beneficiários. Além disso, tendo em conta a existência da *Convenção de Haia, de 1 de Julho de 1985 sobre a Lei Aplicável ao Trust e ao seu Reconhecimento*, a exclusão prevista no Regulamento deve ser entendida restritivamente como visando apenas as regras relativas ao funcionamento do *trust*⁴⁰.

4. Conclusões

É importante conhecer os limites materiais do Regulamento Sucessório Europeu, para que o possamos aplicar sem expectativas excessivas, encarando-o realisticamente como um instrumento importante que permite: a livre circulação das pessoas; que estas organizem previamente a sua sucessão; a salvaguarda das legítimas expectativas dos herdeiros legatários e pessoas próximas do falecido; a salvaguarda dos credores da sucessão; a certeza, segurança jurídica e previsibilidade na resolução das sucessões internacionais; a simplificação das disputas referentes às sucessões transfronteiriças.

Foi a explicação do âmbito material do Regulamento que tentamos fazer neste breve estudo, para que este possa ser aplicado na sua amplitude. Isto não significa que não exista espaço para melhorias. Como sublinhado por outros autores, poderia ser criado um registo europeu para testamentos e atos de última vontade⁴¹, ou um registo europeu para os Certificados Sucessórios Europeus, para que a autenticidade dos mesmos pudesse ser facilmente apurada, para prevenir fraudes e para evitar situações em que autoridades de diferentes Estados-Membros estejam, simultaneamente, a decidir a mesma sucessão.

⁴⁰ Uma vez que estas matérias são reguladas por aquela Convenção, como resulta do seu art. 8º.

⁴¹ JAVIER CARRASCOZA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012*, Cit., p. 45.

SOBRE OS DEVERES FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

A. Sofia Pinto Oliveira

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.148.5>

“A democracia pluralista que somos assenta na tolerância e no respeito pelos outros. Mas o respeito pelos outros começa pelo respeito por nós próprios, E o respeito por nós próprios implica a obediência aos imperativos da vontade popular, que é a regra de base de toda a democracia. Democracia que terá de ser defendida por meio de uma eterna vigilância. Eterna vigilância que nos ensina que, em política, a coragem é, essencialmente, uma longa persistência e uma amorosa fidelidade a um ideal”¹

1. Introdução

Os deveres fundamentais são (eram?) um tema pouco estudado. Apesar de alguns discursos vigorosos de defesa da importância dos deveres, a figura constitucional não merecia grande atenção nem da doutrina nem da jurisprudência.

O tempo de pandemia de COVID-19, entre os anos de 2020 e 2022, fez renascer a atenção dada a este tema². A imposição de graves restrições às liberdades fundamentais das pessoas levou a que se questionasse se a figura dos deveres fundamentais não devia ser chamada para ajudar a compreender

¹ Extrato da transcrição do discurso proferido Francisco Salgado Zenha na Sessão Solene da Assembleia da República do dia 25 de abril de 1981. Em *Diário da Assembleia da República*, I Série, Número 56, de 27 de abril de 1981, p. 2130.

² Veja-se o trabalho recente de Maria Benedita Urbano, “A idade dos deveres ou tão só levar mais a sério os deveres fundamentais?”, em *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*, Volume II, Braga, UMinho Editora, 2022.

algumas das limitações às liberdades e algumas imposições de deveres concretos – sobretudo nos Estados que adotaram medidas de vacinação obrigatória a certos grupos profissionais, que mantinham contacto regular, “de risco”, com grupos mais vulneráveis.

Face a esta realidade, pensamos oportuno retomar o tema aqui e agora³.

A centralidade atual dos direitos que marca o nosso tempo (que Norberto Bobbio designou lapidariamente como *A Idade dos Direitos*⁴) contrasta com a centralidade dos deveres em épocas anteriores.

A obra de Samuel Pufendorf é marcante e representativa daquilo que podemos chamar Idade dos Deveres. *Sobre os deveres do homem e do cidadão segundo o direito natural*⁵ é uma obra toda estruturada em torno de deveres e em que os direitos estão ausentes.

Partindo de uma antropologia pessimista - que considera o homem como ser corrupto, débil e não apto para viver só – entende que a convivência humana exige a imposição de deveres e obrigações de cumprimento inexorável. É pela observância destes deveres básicos e universais que o ser humano se torna um ser útil na sociedade em que está inserido. A sociedade implica uma renúncia à liberdade. Entre os deveres encontramos obrigações voluntárias e outras que são impostas e deveres para com Deus, deveres para consigo mesmo e deveres para com os outros. Em síntese, os principais deveres para com Deus são pensar corretamente acerca de Deus; conformar a nossa ação com a Sua vontade; os deveres para consigo mesmo implicam cuidar do corpo com alimentos adequados, não abusar da comida ou da bebida; os deveres para com os outros consistem em não prejudicar ninguém⁶.

³ Esta não é a primeira vez que o tratamos, uma vez que já o fizemos no artigo “Responsabilidade e cidadania”, in AAVV, *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho*, tomo I, *Responsabilidade e Cidadania*, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, 2012, pp. 8-17, publicado a propósito de uma *Colloquium Iuris*, iniciativa do Departamento de Ciências Jurídicas Públicas da Escola de Direito da Universidade do Minho, que teve lugar a 14 de julho de 2011.

⁴ Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*, Turim, Einaudi, 1990.

⁵ Consultada em espanhol *De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, en dos libros*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

⁶ Salvador Rus Rufino, “Estudio preliminar”, em *De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, en dos libros*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. XLIII. Ver ainda sobre Pufendorf, António Manuel Hespanha, *O Caleidoscópio do Direito – o Direito e a Justiça no mundo de hoje*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 384-385.

Esta herança dos deveres não foi repudiada no período liberal, quando os direitos emergiram e conquistaram espaço nas Constituições, tendo-se dado através deles a passagem de súbditos a cidadãos. Os deveres também estavam presentes nas Constituições liberais. Embora a sua concretização estivesse remetida para a lei, nisso não se distinguiam os direitos e os deveres. O entendimento liberal dos direitos fundamentais era no sentido de que a liberdade consistia em fazer aquilo que a lei não proíbe. Simetricamente, o dever consistia em fazer aquilo que a lei impõe⁷.

Os deveres tradicionalmente consagrados nas constituições liberais eram, normalmente, três: dever de obediência à lei, dever de defesa da Pátria e dever de pagar impostos.

Na história constitucional portuguesa, em particular nas primeiras Constituições do período liberal, encontramos na Constituição vintista um exemplo expressivo desta atenção aos deveres, particularmente, no seu artigo 19º:

“Todo o Português deve ser justo.

Os seus deveres são venerar a religião, amar a pátria, defendê-la com as armas, quando for chamado pela lei; obedecer à Constituição e às leis; respeitar as Autoridades públicas; e contribuir para as despesas do Estado”

Também a Carta Constitucional de 1826 previa, no seu artigo 113º e no artigo 145º, § 14, os deveres de defesa da Pátria e de contribuição para as despesas do Estado, na proporção dos seus haveres e, ainda a este último, encontramos referência no artigo 24º da Constituição de 1838.

Esta mesma tradição marcou as Constituições do início do século XX, entre elas avultando, em particular, a Constituição de Weimar, que, na parte segunda, coloca os direitos e os deveres fundamentais dos alemães em posição de paridade, muito embora a doutrina alemã acentue que se tratava apenas de

⁷ “A liberdade consiste em não serem (os Portugueses) obrigados a fazerem o que a lei não manda, nem a deixar de fazer o que ela não proíbe” (Constituição de 1822). Ver sobre os direitos no período liberal, António Manuel Hespanha, *Guiando a mão invisível – Direitos, Estado e Lei no Liberalismo Monárquico Português*, Coimbra, Almedina, 2004.

uma situação aparente, de um “equilíbrio formal” (*formelles Gleichgewicht*)⁸, pois aos deveres incluídos no catálogo não se atribuía eficácia jurídica nem se lhe dava tratamento doutrinário equivalente ao que era dispensado aos direitos, sendo as referências na doutrina apenas marginais⁹.

No século XX, as graves experiências totalitárias de aniquilação dos direitos individuais do fascismo e do nazismo contribuíram para a sua reafirmação dos deveres, colocando os direitos subjetivos numa posição subordinada àqueles – o chamado fenómeno de *funcionalização dos direitos*¹⁰.

Na Constituição de 1933, em particular nos enunciados relativos à opinião pública e à imprensa (artigos 20º e 21º, respetivamente), também se reflete essa ideia de “liberdades funcionalizadas” ou, pelo menos, orientadas para um fim.

“A opinião pública é elemento fundamental da política e da administração do País, incumbindo ao Estado defendê-la de todos os factores que a desorientem contra a verdade, a justiça, a boa administração e o bem comum.” (artigo 20º)

2. Os deveres fundamentais no quadro jurídico atual

Os textos constitucionais que sucederam a estes regimes autoritários, em reação ao desprezo pelos direitos, ignoraram – ou, pelo menos, minorizaram – os deveres. Essa omissão compreende-se pela necessidade de “*exorcizar um passado dominado por deveres, ou melhor, por deveres sem direitos*”¹¹.

⁸ Ver, neste sentido, Albrecht Randelzhofer, “Grundrechte und Grundpflichten”, em *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg, C.F.Müller, 2006, p. 597-599.

⁹ Como resulta da consulta da obra organizada por Gerhard Anschütz e Richard Thoma, *Handbuch des deutschen Staatsrecht*, Bd. II, 1932, em particular dos artigos de Carl Schmitt “Die Grundrechte und Grundpflichten des deutschen Volkes” e de Thoma, “Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten”.

¹⁰ Fenómeno que teve expressão bem evidente nas Constituições dos Estados socialistas, em que havia uma incidibilidade dos direitos e dos deveres – “*O exercício dos direitos e das liberdades dos cidadãos é inseparável do cumprimento dos deveres e das obrigações*” (artigo 59º da Constituição da URSS de 1977). Esta ligação entre os direitos e os deveres enfraquecia os direitos, funcionalizando-os, condicionando-os, dirigindo-os para um fim pré-determinado: o fortalecimento do socialismo. Ver sobre a matéria, entre nós, em termos claros e sucintos, Isabel Cabrita, *Direitos Humanos. Um Conceito em Movimento*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 155-157.

¹¹ José Casalta Nabais, “A Face Oculta dos Direitos Fundamentais”, em *Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 166.

A mesma tendência é visível nos instrumentos internacionais que definem o estatuto jurídico-internacional do indivíduo. Assim, no artigo 29º, número 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, afirma-se que “*O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade*”. Não existe, no entanto, nenhum desenvolvimento, ao nível internacional, sobre quais os deveres dos indivíduos, havendo nos Pactos de 1966 apenas uma referência preambular à ideia de deveres¹².

No Direito da União Europeia, as referências aos deveres são também parcas¹³, sendo a referência aos deveres na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, mais uma vez, apenas preambular¹⁴.

2.1. Os deveres fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976

Da leitura do texto da Constituição de 1976, não pode, no entanto, concluir-se que os deveres fundamentais sejam invisíveis, como se afirma em relação à Lei Fundamental alemã¹⁵.

A epígrafe da Parte I, *Direitos e deveres fundamentais*, à semelhança da Constituição de Weimar, coloca numa posição de paridade ambos os elementos do estatuto de cidadania e encontramos depois uma série de referências aos deveres – umas mais genéricas, à ideia de deveres – artigo 12º, 13º, número 2, 14º, 15º, número 1 – outras mais concretas, a deveres específicos – artigo 36º, número 5, artigo 64º número 1, artigo 66º, número 1, artigo 78º, número 1, artigo 88º, número 2, artigo 103º, artigo 113º, números 2 e 4 e artigo 276º.

¹² O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Económicos Sociais e Culturais, ambos adotados e abertos à assinatura, ratificação e adesão pela resolução em 16 de Dezembro de 1966, têm o mesmo Preâmbulo, em cujo quinto e último considerando pode ler-se: “Tomando em consideração *o facto de que o indivíduo tem deveres em relação a outrem e em relação à colectividade a que pertence e tem a responsabilidade de se esforçar a promover e respeitar os direitos reconhecidos no presente Pacto*”.

¹³ Fausto de Quadros chama a atenção para o facto de os Tratados afirmarem que o estatuto da cidadania da União se desdobra em direitos e deveres, mas as respetivas normas só enunciam direitos e expressa a necessidade de no futuro se vir a proceder à “*enunciação clara dos deveres incluídos no estatuto de cidadão da União*”, em *Direito da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 122-123.

¹⁴ “*O gozo destes direitos implica responsabilidades e deveres, tanto para com as outras pessoas individualmente consideradas, como para com a comunidade humana e as gerações futuras.*” – último considerando do Preâmbulo da Carta.

¹⁵ Ver Albrecht Randelzhofer, “Grundrechte und Grundpflichten”, em *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg, C.F.Müller, 2006, p. 604.

Os deveres fundamentais não estão, pois, implícitos na Constituição Portuguesa. Estão explícitos e bem visíveis. Não são em número comparável com os direitos fundamentais, mas são em número significativo.

Esta presença dos deveres fundamentais foi até considerada excessiva por alguns autores. Foi o caso de Lucas Pires que, na sua tese de doutoramento, defendeu que os direitos estavam colocados numa posição de reciprocidade em relação a deveres simétricos e que tal facto constituía

“uma anomalia, em relação à concepção liberal, pois, nessa reciprocidade, vai logo indiciada – e à cabeça – uma ‘essência social’ do indivíduo, na esteira de uma legenda típica da cosmovisão mais socializante”¹⁶.

Apesar destes sinais de alguma controvérsia inicial em torno da ideia de deveres, muito marcada pelo “trauma” da funcionalização dos direitos, hoje o reconhecimento de deveres fundamentais pela Constituição é um aspeto razoavelmente consensual. Havendo embora autores que omitem qualquer referência à ideia de deveres – ou que se limitam a uma referência marginal -, entre aqueles que se referem especificamente ao problema dos deveres fundamentais, há um consenso quanto à importância da figura e quanto à veemente recusa de uma interpretação que use os deveres como meio de fragilização dos direitos ou de funcionalização dos mesmos para uma finalmente socialmente definida¹⁷.

2.2. Os deveres fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional Português

Face a esta constatação, surpreende a circunstância de a jurisprudência – sobretudo a do Tribunal Constitucional – se referir tão raramente a deveres

¹⁶ Francisco Lucas Pires, *Teoria da Constituição de 1976 – A Transição Dualista*, Coimbra, 1988, p. 341. Nos *Estudos sobre a Constituição de 1976*, Barbosa de Melo, Cardoso da Costa e Vieira de Andrade propuseram a eliminação da referência aos deveres da epígrafe da Parte I, ver páginas 35, 38 e 41 e seguintes.

¹⁷ Neste sentido, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2003, p. 533 e seguintes, Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 159 e seguintes e Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 85/86. Casalta Nabais tem-se dedicado com particular empenho ao estudo dos Deveres Fundamentais e defendido a importância da figura e de se voltar a olhar para essa “face oculta” dos direitos, que inclui os deveres fundamentais e os custos dos direitos.

fundamentais, não nos tendo sido possível encontrar nenhuma decisão em que um dever tenha sido usado como fundamento decisório determinante e sendo muito poucos os acórdãos em que os deveres são invocados como elementos adicionais de ponderação.

Tanto quanto nos foi possível averiguar, as poucas referências aos deveres fundamentais relacionam-se, fundamentalmente, com o dever fundamental de pagar impostos (implícito no texto constitucional¹⁸) e com o dever de educar e manter os filhos.

Nas referências ao *dever fundamental de manutenção dos filhos*, consagrado no artigo 36º, número 5, da Constituição, pode ler-se, num Acórdão em que discutia a inconstitucionalidade de uma norma incluída no diploma da Organização Tutelar de Menores que, em relação aos progenitores cujos rendimentos se limitem a uma pensão social de invalidez, não determinava um montante mínimo de rendimento isento, o seguinte:

*“Os beneficiários imediatos deste dever fundamental são justamente os filhos, tratando-se de um daqueles raros casos em que a Constituição impõe aos cidadãos uma vinculação qualificável como dever fundamental cujo beneficiário imediato é outro indivíduo (e não imediatamente a comunidade). Assim, tal prestação é integrante de um dever privilegiado que, embora pudesse ser deduzido de outros lugares da Constituição [v.gr. do reconhecimento da família como elemento fundamental da sociedade (artigo 67.º) e da protecção da infância contra todas as formas de abandono (artigo 69.º)], está aqui expressamente consagrado, como correlativo do direito fundamental dos filhos à manutenção por parte dos pais. Estamos, como diz Vieira de Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ªed., pág 169), perante um caso nítido de deveres reversos dos direitos correspondentes, de direitos deveres ou poderes-deveres com dupla natureza.”*¹⁹

¹⁸ Ver, sobre este, José Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos – Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Coimbra, Almedina, 1998.

¹⁹ Acórdão 306/2005, de 8 de Junho, relatado pelo Conselheiro Vítor Gomes, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

Esta referência ao dever fundamental na fundamentação do Acórdão não parece ter sido determinante para a decisão que veio a ser adotada (e que foi no sentido da não inconstitucionalidade). No seu voto de vencido, a Conselheira Teresa Pizarro Beleza chama a atenção para o facto de esta referência ao dever fundamental não ter sido relevante na ponderação feita pelo Tribunal entre o direito ao mínimo de subsistência do progenitor e o direito à pensão de alimentos do(s) menor(es):

“Votei contra a tese da inconstitucionalidade que fez vencimento, no essencial, porque entendo que, no conflito entre dois direitos de igual natureza, não pode fazer prevalecer-se o direito do titular que, simultaneamente, está adstrito, como se escreveu no acórdão, ao “dever fundamental (...) de cujo feixe de relações a prestação de alimentos é o elemento primordial”.

Se bem entendemos o sentido desta declaração, ela significa que, muito embora o Tribunal reconheça a existência do dever, na ponderação sobre o conflito de direitos, não atribui nenhum significado à circunstância de esse conflito ser não apenas entre dois direitos fundamentais, mas nele intervir também um dever fundamental, o que, tendencialmente, faria pender a balança para o direito dos filhos à pensão de alimentos que concretiza o dever dos pais à sua manutenção.

Ainda sobre os deveres dos pais relativamente aos filhos, mas na vertente de *dever de educação* dos filhos, no Acórdão 407/2010, vai-se um pouco mais longe, a nosso ver, na importância dada aos deveres fundamentais como critério adicional de ponderação da questão concreta de constitucionalidade em apreço, pois entende-se que a substituição do regime de regulação do exercício do poder paternal pelo regime do exercício conjunto das responsabilidades parentais é a melhor forma, da perspectiva do legislador, de conformar *“o dever fundamental de educação dos filhos, independente sobre os pais e inscrito na norma constitucional”*.

“Este entendimento do legislador, aliás claramente expresso na exposição de motivos constante do projecto de lei apresentado ao Parlamento, vem reforçar a ideia segundo a qual a realidade substantiva de que aqui

*se trata, reportando-se ao modo de exercício de algo que, constitucionalmente, se configura como um dever fundamental, pressupõe valorações de interesse público que vão muito para além da tutela de direitos ou de expectativas de quem quer que venha a ser “parte” em processo pendente em tribunal. A alteração do conteúdo dos poderes – deveres dos pais em relação aos filhos, operada pela lei nova, é conduzida em função dos superiores interesses destes últimos (ou da representação que o legislador tem quanto à melhor tutela de tais interesses) e não em função de “interesses”, ou de “posições jurídicas” dos pais.”*²⁰

Nesta fundamentação, a nosso ver, o direito de educação aparece subalternizado relativamente ao dever de educação, contrariando, assim, a perspectiva de que, nos deveres “coligados” associados aos direitos fundamentais, há, necessariamente, um primado do direito face ao dever²¹.

No que diz respeito ao dever de pagar impostos, este vem, por vezes, referido em acórdãos em que se discute o sigilo bancário, explicando-se que as exceções a esta proteção da esfera pessoal visam salvaguardar “*o bem constitucionalmente protegido da distribuição equitativa da contribuição para os gastos públicos e do dever fundamental de pagar os impostos*”²² – em que o dever fundamental aparece como complemento, um reforço ao lado de um bem jurídico objetivo, a necessidade de obter receitas de modo equitativo.

Na recente jurisprudência sobre o período COVID, também se verifica que os deveres fundamentais – sobretudo, neste contexto, o dever fundamental previsto no artigo 64º da Constituição de defender e de promover a saúde – não desempenham papel de relevo nem foram “chamados” à ponderação entre valores constitucionais conflitantes.

²⁰ Acórdão 407/2010, de 9 de Novembro, relatado pela Conselheira Maria Lúcia Amaral, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

²¹ Em nossa interpretação, neste sentido, Casalta Nabais, “Dos deveres fundamentais”, em *Por uma Liberdade com Responsabilidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 223-224.

²² Acórdãos 602/2005, de 2 de Novembro, relatado pelo Conselheiro Bravo Serra, e Acórdão 672/2006, relatado pelo Conselheiro Paulo Mota Pinto.

2.3. O caso particular do dever cívico de voto

Uma das matérias em que a Constituição e as referências nela feitas a deveres é objeto de alguma reflexão e controvérsia é a que diz respeito ao dever de sufrágio²³, previsto na Constituição no artigo 49º, número 2, nos seguintes termos: *O exercício do direito de sufrágio é pessoal e constitui um dever cívico.*

O conceito de *dever cívico* tende a ser interpretado como significando tratar-se de um dever menor, um dever cujo incumprimento nunca pode ser sancionado.

Uma voz discordante neste contexto é a de Jorge Miranda que entende que:

“O exercício de sufrágio é um dever cívico (artigo 48º, nº 2). Dever cívico é expressão que também aparece no artigo 41º, nº 2 (sobre liberdade religiosa), a par ou contraposta a obrigação (como se entenda). E o seu significado, no mínimo, pode aproximar-se da noção de dever fundamental que é a defesa da Pátria em face do dever de serviço militar (artigo 276º, n.ºs 1 e 2).”²⁴

Sucedo, porém que, no caso do dever de defesa da Pátria, há uma sanção grave para o seu não cumprimento, prevista no artigo 276º, número 6 da Constituição: *“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”*. O não cumprimento de dever cívico de sufrágio não tem, na Constituição, qualquer sanção associada.

No nosso sistema, tem prevalecido uma noção de democracia enquanto participação dos cidadãos liberta de quaisquer constrangimentos, muito embora alguns autores admitam a possibilidade de a lei estabelecer sanções para o não cumprimento do dever. Jorge Miranda e Vieira de Andrade não excluem, porém, esta possibilidade, muito embora aquele autor afirme o seu alcance será sempre muito reduzido, porque tais sanções *“não poderiam*

²³ Ver sobre esta matéria o estudo de João Cancela e Marta Vicente, *Abstenção e Participação Eleitoral em Portugal: Diagnóstico e Hipóteses de Reforma*, acessível em Estudo_Portugal_Talks_Absten_o_e_Participa_o_Eleitoral_em_Portugal_2019_1.pdf (unl.pt). Última consulta em 14.09.2023.

²⁴ Sobre o direito e o dever de sufrágio, Jorge Miranda, “Os direitos políticos dos cidadãos na Constituição Portuguesa”, em Prof. Inocêncio Galvão Telles: *90 Anos - Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Coimbra Almedina, 2007

ofender o princípio da proporcionalidade (artigo 18º, nº 2), o que sucederia, por exemplo, se a abstenção fosse criminalizada”; “não poderiam desrespeitar o conteúdo essencial do direito de voto, ligando, por exemplo, a abstenção a voto neste ou naquele sentido; nem poderiam traduzir-se em inelegibilidade, pois não pode haver outras causas de inelegibilidade além das cominadas na Constituição (artigo 50º, nº 3)”²⁵.

Concordamos com esta interpretação.

Refira-se, aliás, que, na vigência da Constituição de 1976, houve uma Lei Eleitoral para a Assembleia da República, aprovada em 1978, que previa que “salvo motivo justificado, o não exercício do direito de voto determina inelegibilidade nas primeiras eleições posteriores para a Assembleia”. Esta norma foi considerada pela Comissão Constitucional incompatível com a Constituição na parte em que esta se dedica às inelegibilidades (o então artigo 153º da Constituição) e não por incompatibilidade com a norma que qualifica o dever de votar como “dever cívico”. Sobre este, pode ler-se no Parecer da Comissão Constitucional 29/1978 um bom (e atual) resumo do estado da questão:

“O exercício do sufrágio constitui um dever cívico, reza o artigo 48º, nº 2, in fine, da Constituição. O que seja, porém, um dever cívico parece difícil de definir. Há quem sustente que a fórmula utilizada pretende, justamente, obstar a que se caracterize o voto com um dever jurídico, como uma obrigação, susceptível de sanção. Há quem entenda que a noção constitucional não impõe, nem impede que a lei ordinária confira obrigatoriedade jurídica revestida de sanções ao sufrágio.”

Consequentemente, a lei em causa não chegou a entrar em vigor e, desde então, nenhuma introdução legislativa de sanções ao não cumprimento do dever de sufrágio mereceu grande atenção.

²⁵ Jorge Miranda, “Os direitos políticos dos cidadãos na Constituição Portuguesa”, em *Prof. Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos – Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Coimbra Almedina, 2007 e Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 164.

3. Conclusão: a importância dos deveres fundamentais

Que importância deve ser reconhecida aos deveres e à sua consagração constitucional?

Precisamos dos deveres enquanto categoria constitucional autónoma?

Não são suficientes os direitos e os deveres que estes geram na relação entre os cidadãos?

Em nosso entender, precisamos de deveres.

A cidadania reforça-se por um estatuto ativo do cidadão que cumpre deveres e exige respeito pelos seus direitos. Uma cidadania da qual só resultam direitos individuais acionáveis, exigíveis perante o outro e perante o todo, o Estado, e em que o não cumprimento de deveres não implica quaisquer consequências individuais é uma cidadania incompleta. Uma Constituição que contemple apenas direitos e retire dignidade constitucional aos deveres, relegando-os para o plano legal, é uma Constituição que transmite uma imagem desequilibrada do que significa ser cidadão.

António Manuel Hespanha salienta a importância de se dar aos deveres uma atenção correspondente àquela que é prestada aos direitos, importando aqui distinguir e valorizar os deveres para com os outros, cumpridos através do Estado – como os clássicos dever de defesa da Pátria e “*dever de capacitar a República – por meio do pagamento de impostos – para socorrer os mais carenciados*” – e os deveres pessoais de solicitude, de cuidado pelo Outro, que existem entre familiares próximos (dos pais para com filhos, nos termos do previsto no artigo 36º, número 5 da Constituição) e mesmo perante desconhecidos (veja-se como exemplo o crime de omissão de auxílio, previsto no artigo 200º do Código Penal)²⁶.

Os direitos e os deveres podem reforçar-se mutuamente, sendo o cumprimento dos deveres razão adicional para uma participação cívica mais activa e exigente.

Um último elemento que pensamos poder ser também um contributo importante para um regresso aos deveres: a emergência de novos domínios, novas exigências éticas, como os que podem, porventura, ser melhor

²⁶ António Manuel Hespanha, *O Caleidoscópio do Direito – O Direito e a Justiça nos dias e no Mundo de Hoje*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 381 e seguintes.

compreendidas através da figura dos deveres do que da figura dos deveres fundamentais. Referimo-nos aos “direitos das gerações futuras” (com particular destaque, entre estes, para a matéria ambiental)²⁷ e aos “direitos dos animais”.

A dificuldade que estes direitos sem sujeito titular, reconhecido como tal pela ordem jurídica, suscita, pode ser superada se olharmos para estas novas realidades como exigindo de nós novas formas de responsabilidade – não apenas intra-geracional e entre membros da comunidade humana – demandadas por titulares ideais que não têm existência real – as gerações futuras – ou por entes aos quais não reconhecemos capacidade para serem titulares de direitos – os animais.

Se o reconhecimento de tais direitos é controverso, o mesmo não se pode dizer da necessidade de reconhecimento de deveres de conformação da conduta humana, em nome das gerações futuras ou dos animais. Um imperativo civilizacional impele-nos nesse sentido. E a tradução desse imperativo pode passar mais por uma ética de responsabilidade e de deveres²⁸ do que pela linguagem dos direitos.

Quase meio século depois da Revolução do 25 de abril, devemos assumir a imposição de deveres fundamentais como parte natural e necessária da nossa convivência democrática. Sem medos nem complexos. Com *eterna vigilância*, a única atitude que nos poderá salvar de derivas totalitárias.

²⁷ Ver, sobre estes, Francisco Balaguer Callejón e outros, *Introducción al Derecho Constitucional*, 11ª edição, Madrid, Tecnos, 2022, pp. 374-384.

²⁸ Sobre a ética da responsabilidade, em particular na obra matricial de Hans Jonas, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Berlin, Suhrkamp, 2003. Na doutrina juspublicística portuguesa, ver, em particular, Maria da Glória García, *O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 75 e seguintes e Jorge Pereira da Silva, “Ensaio sobre a Protecção Constitucional dos Direitos das Gerações Futuras”, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 464 e seguintes.

O ESTADO, O ESTADO DE DIREITO E O ESTADO-ADMINISTRAÇÃO: AS DISTINÇÕES NECESSÁRIAS E A SUA IMPORTÂNCIA

António Cândido de Oliveira

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.148.6>

Resumo: O Estado de direito, nos termos da Constituição da República Portuguesa, é um Estado e, assim, um povo, assente num território devidamente delimitado, e dotado de órgãos de soberania, que tem como característica distintiva o facto de o seu povo ser constituído por cidadãos que gozam de um largo leque de direitos fundamentais e que dispõe para a sua concretização de um complexo aparelho administrativo a que vulgar e indevidamente se chama Estado sem mais, mas que deveria chamar-se Estado-Administração ou, melhor ainda, Administração Pública ou Administrações Públicas sem o qual o Estado de direito se reduz a uma mera proclamação. Exige-se um bom funcionamento deste aparelho, dando, por um lado, as condições necessárias a quem nele trabalha, mas devendo estes ter sempre presente o seu dever fundamental de servir os cidadãos.

1. Introdução

Este artigo nasce, por um lado, da necessidade de sabermos do que estamos a falar quando falamos do “Estado” e, por outro, da importância da concretização do Estado de Direito consagrado na Constituição desde 1976.

No que respeita à palavra Estado é difícil encontrar outra que tanto se utilize quando abordamos algum assunto de interesse público. E quase sempre se fala em sentido negativo: o Estado faz o que não devia ou o Estado não faz o que devia. Raramente se elogia o Estado, mas o pior é que se usa uma palavra que tem vários sentidos (principalmente dois bem diferentes) sem se fazer a devida distinção. É desta que procuraremos primeiramente tratar com a finalidade de sermos mais claros quando a utilizamos.

Na sequência dessa distinção cuidaremos da concretização do Estado de Direito amplamente proclamado, mas que não se basta com proclamações. O Estado de direito é algo que está sempre em constante e desejável construção e que nunca concretizaremos por inteiro.

Neste brevíssimo e simples artigo, pensado para os jovens alunos de Direito, Administração Pública e cursos afins, temos em vista não um qualquer percurso histórico sobre a matéria ou uma visão para além do nosso país, mas o Estado que hoje temos tal como está moldado pela Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP) com as sucessivas revisões, particularmente as de 1982, 1989 e 1997. Não tem citações, nem bibliografia, mas nele está bem presente a influência do pensamento de Jorge Miranda, Gomes Canotilho, Diogo Freitas do Amaral e João Baptista Machado, entre outros bons autores mais novos que seria impossível citar sem cometer graves lapsos.

2. Estado e Estado de Direito

Para compreendermos bem o Estado de Direito importa ter presente a concepção mais ampla de Estado acolhida no Direito Constitucional e no Direito Internacional Público.

Define-se o Estado como um povo assente num território e dotado de órgãos de soberania. É uma noção consensual na ordem jurídica interna e internacional e engloba hoje cerca de 200 Estados quase todos eles com

assento na Organização das Nações Unidas (ONU). Implica a existência de um território devidamente delimitado no qual vive um povo (os seus nacionais) que obteve a sua independência há mais ou menos tempo, demonstrada por órgãos de soberania que ditam as regras de convivência dentro dele. É uma pessoa colectiva pública que não está dependente dos outros Estados como tal reconhecidos na ordem jurídica internacional, mas antes numa relação de igualdade com eles, pelo menos teoricamente, e sem prejuízo de fazer parte de organizações supraestaduais de que a União Europeia é bom exemplo.

Na sua organização interna, distinguem-se, no entanto, os Estados cuja soberania assenta nomeadamente na vontade do povo, periódica e livremente expressa, daqueles cuja soberania assenta no poder de um grupo militar ou religioso, de um partido ou de um líder carismático, sem submissão a eleições livres e periódicas que exprimam livremente a vontade dos cidadãos.

Aos primeiros chamamos genericamente democracias e aos restantes ditaduras. De notar que, até aos dias de hoje, a atracção pela democracia é de tal modo forte que mesmo Estados que a desprezam organizam periodicamente eleições com a finalidade de demonstrar para o exterior que são democracias. No entanto, essas eleições porque não são livres e sérias não transformam as ditaduras em democracias. O critério para averiguar se umas eleições são sérias é verificar se nelas concorrem várias candidaturas com programas bem diferentes, se a liberdade de associação e propaganda é ampla, se o recenseamento eleitoral é fiável e se a contagem dos votos é feita com seriedade. Não é difícil saber se umas eleições correspondem às exigências da democracia, ainda que também aqui não haja eleições irrepreensíveis.

É nos Estados democráticos, naqueles em que a vontade dos cidadãos se expressa livremente em eleições (e também em referendos em alguns deles) que se integram os Estados de Direito, sendo Portugal um deles.

No Estado de Direito do nosso país, os cidadãos, todos e cada um dos cidadãos portugueses, fazem parte do Estado, são o seu povo. São “cidadãos portugueses todos aqueles que como tal sejam considerados pela lei ou por convenção internacional” (artigo 4º da CRP).

O território está devidamente delimitado no artigo 5º da CRP constituído por uma parte da Península Ibérica (parte ocidental) e pelos arquipélagos dos Açores e da Madeira.

Finalmente, a soberania consta logo do artigo 1º da CRP, prescrevendo-se que “Portugal é uma República soberana”. Mas não é, diz o mesmo artigo, uma soberania qualquer, nomeadamente uma soberania sobre o povo, submetendo os cidadãos. Pelo contrário, é uma soberania “baseada na dignidade da pessoa humana”, ou seja, orientada para servir os cidadãos que são dotados de um dignidade intocável e não é exercida contra a vontade do povo, mas em obediência à vontade popular e tendo como finalidade “a construção de uma sociedade, livre, justa e solidária”.

Está aqui o essencial. O Estado português existe para a construção de uma sociedade, livre, justa e solidária.

Os artigos seguintes da Constituição apenas explicitam e enriquecem este artigo 1º e assim o artigo 2º tem o cuidado de estabelecer que Portugal é um Estado de direito democrático, querendo com isso dizer que respeita e garante os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, estabelecendo o “pluralismo de expressão e organização política democráticas” que é próprio da liberdade dos cidadãos. Prescreve também, como forma de evitar derivas que ponham em causa a soberania popular, a “separação e interdependência dos poderes”. Na sua parte final, o artigo 2º repete com outras palavras o que estabeleceu no artigo 1º e assim diz que o Estado português (a “República Portuguesa”) visa a “realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa”.

Para que não fiquem dúvidas a Constituição realça que a soberania, o poder máximo dentro do Estado não é próprio dos denominados “órgãos de soberania”, mas antes do povo e assim se pode ler que a soberania, reside no povo, acrescentando-se que ela se exerce nas formas previstas na Constituição (artigo 3º).

O artigo 10º da CRP é bem claro ao prescrever que o poder político é exercido pelo povo não em massa, nem em manifestações populares ou revoltas militares ou outras, mas através do “sufrágio universal, directo, secreto e periódico” e do “referendo”, sem esquecer outras formas previstas na Constituição.

A Constituição não se limita a dizer de forma abstracta que o nosso país tem por finalidade a “construção de uma sociedade, livre, justa e solidária”. Vai muito mais longe e para isso dedica a sua extensa parte primeira (artigos 12º a 79º) a enunciar o que é isso de uma sociedade com tais características.

É uma sociedade em que todos nós, cidadãos, gozamos dos direitos e estamos sujeitos aos deveres consignados na Constituição (artigo 12º). A Constituição continua, afirmando que todos temos a mesma dignidade social e somos iguais perante a lei (artigo 13º, nº 1), e expõe um extenso catálogo dos direitos fundamentais que devem ser garantidos.

Não cabe, no âmbito deste artigo, repetir a exaustiva enumeração dos direitos fundamentais dos cidadãos que todos têm o direito de gozar e que concretizados estabeleceriam a sociedade “livre, justa e solidária” que o artigo 1º proclama.

Cabe antes dizer que é este o conceito de Estado que devemos ter no nosso país e que ele é o norte que deve orientar a nossa vida colectiva, constituindo uma tarefa difícil e constante e exigindo um esforço permanente, não bastando para a sua efectivação proclamações mais ou menos solenes da Constituição, dos governantes eleitos ou de partidos políticos ou movimentos cívicos.

O Estado de direito necessita, para se cumprir, da vontade dos cidadãos em primeiro lugar (e por isso cidadãos indiferentes ou passivos nada ajudam e antes o podem destruir), de políticas públicas e legislação adequadas, tarefa da responsabilidade do Governo e da Assembleia da República, de uma economia que produza suficientes bens e serviços e ainda de um extenso e complexo aparelho que tem por missão executar essas políticas públicas e essa legislação.

Interessa fazer um parêntesis quanto à economia, pois sendo ela indispensável para que os cidadãos tenham uma vida digna, não é de longe condição suficiente. Uma economia de abundância, baseada no crescimento constante e cada vez maior do Produto Interno Bruto (PIB) pode impedir a qualidade de vida dos cidadãos pela destruição da natureza e assim violar direitos fundamentais como o direito a um ambiente saudável e à saúde (produção em cada vez maior quantidade de bens nocivos, por exemplo), como pode estar mal distribuída e redundar na riqueza de alguns e na pobreza da grande maioria dos cidadãos. A economia também ela deve estar ao serviço dos cidadãos e não o contrário.

Retomando a exposição que estamos a fazer é aqui que entra uma outra concepção de Estado muito difundida e muito discutida.

3. Estado e Estado-Administração

Para se construir um Estado de direito é necessário, como acabámos de escrever, um aparelho a que damos correntemente o nome de Estado e que se presta a muitas confusões.

Chamamos-lhe, sem preocupação de rigor, “Estado”, mas indevidamente, pois pode confundir-se com a noção de Estado acabada de referir. Devíamos chamar-lhe Administração Pública ou melhor ainda Administrações Públicas, porque se trata de um aparelho que tem por finalidade exercer a função administrativa e que envolve um largo número de pessoas colectivas públicas. Ainda se poderia chegar a um compromisso e chamar-lhe Estado-Administração, mas seria sempre uma concepção redutora, porque poderíamos entender por Estado-Administração a Administração Pública do Estado e ela é mais ampla, abrangendo toda a Administração Pública que não é só a Administração directa e indirecta do Estado central, mas a das regiões autónomas e das autarquias locais e entidades administrativas a elas ligadas, entre outras.

A verdade, porém, é que se generalizou a palavra Estado (Estado-Administração) para designar este aparelho administrativo, abrangendo toda a Administração Pública e não vale a pena lutar contra ela. Usamos e abusamos da expressão sem a situar devidamente. Já bastará que quem a utiliza e quem a receba saiba do que se está a falar, sem prescindir de ter um crescente rigor que permita evitar confusões.

Que Estado é esse que todos os dias nomeamos e quase sempre invecivamos?

É, como dissemos um aparelho, o maior aparelho organizativo do nosso país constituído por milhares de entes públicos, centenas de milhar de funcionários, tendo à sua disposição milhões e milhões de euros e que deve estar, num Estado de direito ao serviço dos cidadãos. Nos outros Estados este aparelho, que também existe, está ao serviço do poder ditatorial.

Temos com ele uma relação difícil e acabamos por não perceber devidamente a sua finalidade. E no entanto este “Estado-Administração” em sentido amplo é um instrumento ao serviço do Estado de Direito que está devidamente mencionado na Constituição ainda que esta não o defina, nem use esta expressão.

Diz o artigo 266º que a “Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”, cabendo aqui toda a Administração Pública e não só a estadual.

Importa dizer que este aparelho não actua “soberanamente” não é, neste sentido, o Estado de Direito Constitucional, estando antes subordinado à Constituição e à Lei como resulta do nº 2, do referido artigo 266º da CRP, não se podendo esquecer que o Governo é o órgão superior da administração pública (artigo 182º da CRP) e que compete ao Governo no exercício de funções administrativas dirigir os serviços da administração directa do Estado, civil e militar, superintender na administração indirecta e exercer a tutela sobre esta e sobre a administração autónoma (artigo 199º al. d) da CRP).

Situar assim o Estado-Administração (a Administração Pública) facilita um pouco a compreensão que devemos ter sobre ele, podendo afirmar-se, repetindo o que já dissemos, que é um aparelho ao serviço dos cidadãos e que é fundamental para construir uma sociedade livre, justa e solidaria.

Para se alcançar o Estado de Direito, importa ter sempre bem presente, que não basta termos uma Constituição bem clara que o proclama e legislação e políticas públicas adequadas. É preciso que a legislação e as políticas públicas passem da proclamação à concretização e essa é a tarefa do Estado-Administração, da Administração Pública.

Cabe-lhe um leque enorme de tarefas para esse efeito e ainda é corrente apresentar como grandes sectores dessa actividade a de polícia, a de prestação de serviços públicos e a de fomento.

Poderemos dizer até com segurança que não há praticamente nenhum direito fundamental dos cidadãos que não precise da intervenção do Estado-Administração (Administração Pública) para ter concretização efectiva.

Direitos fundamentais que estamos habituados a definir como direitos contra a intervenção do Estado e assim que basta uma regulamentação que impeça essa intervenção, como por exemplo a liberdade de expressão e informação (artigo 37º da CRP), a liberdade de religião e de culto (artigo 41º), o direito de circulação e de fixar residência em qualquer parte do território nacional (artigo 44º), o direito de reunião de manifestação (artigo 45º), esses direitos exigem mesmo assim a intervenção do Estado-Administração, através das suas forças de segurança, quando exista o risco de não poderem ser exercidos ou mesmo, quando estão a ser exercidos, esse

exercício seja perturbado. Tenhamos presente, por mero exemplo, o exercício de um direito de manifestação garantido pela Constituição e perturbado por contramanifestantes que a ele se opõem, obrigando à intervenção da Polícia ou da Guarda Nacional Republicana.

O próprio direito à vida e à integridade pessoal não se bastam com a proibição da pena de morte e da tortura (artigos 24º e 25º da CRP), mas exigem que as forças de segurança e a polícia de investigação criminal actuem preventivamente quando for preciso e persigam as pessoas que violarem tais direitos para posterior procedimento judicial sempre que for necessário.

Os exemplos neste âmbito poderiam multiplicar-se. Mas se é assim em sede de direitos, liberdades e garantias a intervenção do aparelho administrativo é ainda mais visível no amplo leque que a Constituição engloba sob o título de “direitos económicos, sociais e culturais”.

Assim, o direito dos cidadãos à segurança social (artigo 63º), determinando a Constituição nos nº 2 e 3 do mesmo artigo que incumbe ao Estado organizar um sistema de segurança social que proteja os cidadãos na “doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego”, está dependente da actuação da Administração Pública.

Também o direito à protecção da saúde está garantido e é realizado através de “um serviço nacional de saúde universal e geral” (artigo 64º) o que remete mais uma vez para o Estado-Administração.

O direito de todos cidadãos a uma “habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto” está igualmente estabelecido no artigo 65º da Constituição, incumbindo ao Estado, entre outras medidas promover a “construção de habitações sociais e económicas” em colaboração com as regiões autónomas e as autarquias locais, é tarefa clara da Administração Pública a quem também cabe estimular, incentivar e apoiar iniciativas neste domínio.

O direito a um “ambiente de vida humano e sadio e ecologicamente equilibrado” é outro direito fundamental, exigindo para ser devidamente assegurado um conjunto de medidas cuja concretização cabe igualmente ao Estado, na forma de Estado-Administração (artigo 66º).

E, longe de esgotar os direitos fundamentais neste domínio, não pode ser esquecido o “direito ao ensino com garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar”, incumbindo ao Estado criar “uma

rede de estabelecimentos públicos de ensino que cubra as necessidades de toda a população” (artigos 74º e 75º).

O direito à justiça precisa, nomeadamente, de uma máquina administrativa judicial e para-judicial que permita fazer chegar aos tribunais devidamente preparados os casos que devem ser julgados por juízes titulares dos tribunais, órgãos de soberania. É preciso não esquecer que os tribunais estão cheios de funcionários administrativos e que os juízes não podem desempenhar devidamente a sua função de julgar, com independência e imparcialidade, sem a colaboração da máquina administrativa que lhe está ligada.

Não se pense todavia que depende apenas do Estado-Administração, no sentido amplo de Administração Pública, a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos, nomeadamente sob a forma de prestação de serviços públicos.

Muitos destes direitos são garantidos pela iniciativa privada, através de sociedades empresariais, associações, cooperativas e muitas outras formas. Também muitos deles são concretizados através de colaboração entre a Administração Pública e entidades privadas com ou sem fins lucrativos.

De qualquer modo o Estado-Administração tem de estar sempre atento e presente para que os direitos fundamentais sejam assegurados, ora suprimindo falhas da iniciativa privada, ora fiscalizando o modo como esta os concretiza.

Repare-se que esta Administração Pública não tem de ser necessariamente uma Administração Pública gigante que providencie, como administração prestadora, tudo o que é necessário para uma vida digna.

Já deixamos entrever que a iniciativa privada muito poderá fazer. Muitos dos direitos fundamentais como a educação, a saúde, a segurança social podem ser obtidos pelos cidadãos também através de instituições privadas (escolas, universidades, hospitais, sociedades de seguros, entre outras). Há quem defenda mesmo que tal deva acontecer, pois o Estado-prestador não funciona bem, é ineficiente.

Nesse caso, cabe ao Estado-Administração verificar se os direitos fundamentais dos cidadãos são garantidos através da iniciativa privada de fins lucrativos ou não lucrativos e agir no caso de tal não suceder. Se pode ser criticada uma Administração Pública gigante, também deve ser criticada um Administração demasiado pequena.

E essa acção pode traduzir-se, ora numa actividade de fiscalização, por exemplo, verificando se as instituições que cuidam da saúde ou da educação funcionam devidamente ou, no limite extremo, prestando mesmo essas actividades.

Aliás, a fiscalização (inspecção) é uma das actividades fulcrais do Estado-Administração, incluindo a que incide sobre os serviços prestados pelo próprio Estado. Só serviços de fiscalização devidamente organizados e a funcionar bem podem garantir que muitos dos direitos fundamentais dos cidadãos estejam a ser protegidos e satisfeitos.

4. O problema do Estado-Administração: a organização da Administração pública

O papel do Estado-Administração é, pois extremamente exigente, prestando-se naturalmente a muitas críticas relacionadas com o seu desempenho.

Criticamos constantemente não o Estado de direito, porque à volta deste há um grande consenso, mas o Estado-Administração em sentido amplo, ou seja o aparelho a que damos o nome de Administração Pública e assim quando falamos muito mal do Estado estamos frequentemente a falar dos hospitais e centros de saúde que não funcionam como deviam, das escolas e universidades que não funcionam bem, da administração da justiça que parece desconhecer os malefícios da justiça tardia e dos muitos outros serviços públicos cujo funcionamento deixa muito a desejar.

Trata-se no que diz respeito ao nosso país e tendo em conta dados recentes¹ de um aparelho com mais de 700 mil funcionários públicos e com uma despesa anual de mais de 100.000.000 de euros. Deve dizer-se que estes números não são muito diferentes, em proporção, do de outros Estado de Direito europeus.

O grande problema da organização do Estado-Administração é, no entanto, a sua complexidade e ao mesmo tempo o risco de não cumprir ou se desviar da sua finalidade.

¹ INE https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpgid=ine_tema&xpid=INE&tema_cod=1310 e PORDATA – <https://www.pordata.pt/db/portugal/ambiente+de+consulta/tabela>

A complexidade começa por resultar da dificuldade de delimitar dentro do aparelho administrativo o que é política e o que é administração, dificuldade que é muito evidente ao nível do Governo, pois sendo este “o órgão superior da administração pública”, ele é, ao mesmo tempo, “o órgão de condução da política geral do país” (artigo 182º da CRP).

No entanto, não é essa a complexidade mais difícil de enfrentar e o artigo 267º da Constituição nos seus n.ºs 1 e 2 é muito elucidativo a esse propósito, valendo a pena transcrevê-los.

Diz o n.º 1 que a “(A) Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática”. E estabelece o seu n.º 2 que: “(P)ara efeitos do n.º anterior, a lei estabelecerá adequadas formas de descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de acção da Administração e dos poderes de direcção, superintendência e tutela dos órgãos competentes”.

Repare-se, antes de mais, que este artigo tem de ser lido à luz do artigo anterior que determina como finalidade da Administração Pública a prossecução do interesse público e que este obriga naturalmente como prescreve o artigo 267º a uma “necessária eficácia e unidade de acção”, devendo tudo o resto girar à volta deste objectivo, desde a desburocratização, a aproximação aos cidadãos e a participação dos interessados na gestão efectiva, bem como a descentralização e desconcentração administrativas.

Mesmo quando no artigo 266º se determina que a prossecução do interesse público deve fazer-se “no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos” não se quer dizer que a satisfação do interesse público deve ser prejudicada, deve ficar em segundo lugar perante tais direitos e interesses. O que se pretende dizer é que o interesse público deve ser devidamente definido e prosseguido, utilizando os meios legais previstos e indemnizando ou compensando, sempre que for o caso, os cidadãos pelos prejuízos sofridos.

Deve ficar sempre bem claro que o interesse público não pode ceder perante interesses particulares. O interesse particular de um cidadão ou grupo de cidadãos na não demolição das suas casas de habitação às

quais estão profundamente ligados não pode sobrepor-se, por exemplo, à construção de uma via férrea de elevado interesse público que não pode, porventura, ter outro traçado sem que tal signifique prejuízo para os cidadãos em geral em favor do interesse de apenas alguns. Do mesmo modo, por exemplo, um cidadão não pode opor-se à demolição da sua boa casa de habitação se essa demolição for necessária e urgente para eliminar uma curva da estrada que cause ou possa causar graves acidentes. O que pode e deve é ser justamente indenizado.

Dito isto, importa voltar ao artigo 267^o da Constituição e verificar os problemas que resultam, num aparelho tão extenso e complicado, da tendência para a burocratização, devendo entender-se por esta não o cumprimento de formalidades necessárias, mas aquelas que são não só dispensáveis como prejudiciais para o bom andamento da Administração Pública. É um estorvo bem conhecido. Torna-se necessário simplificar ainda que com os cuidados devidos para que não se abra caminho à prática de arbitrariedades.

Outra grande fonte da complexidade da Administração Pública reside na centralização e concentração do aparelho administrativo nomeadamente à volta do Estado-Administração (central). A quantidade de assuntos que chegam ao Governo, como órgão superior da Administração Pública são tantos que este não só não tem capacidade de resposta como não os conhece devidamente, acrescentando ainda que quase sempre tais assuntos têm de circular por vários departamentos ministeriais e institutos públicos deles dependentes, com os inconvenientes que daí podem resultar em demora e opiniões opostas. Acresce que não há desse modo aproximação dos serviços às populações.

Impõe-se por isso descentralizar e desconcentrar a nível regional e local tarefa que, embora necessária, também não é fácil de concretizar e bem pode ter como efeito prejudicar a “necessária eficácia e unidade de acção” da Administração Pública.

Mas não acabam aqui os problemas e um dos mais sérios deste aparelho administrativo é o desvio das suas finalidades que ocorre, nomeadamente, quando as atenções se centram prioritariamente nos seus problemas internos, descurando o interesse público que devem prosseguir. Tudo se complica quando esta organização vive para dentro, voltada para os seus problemas, e não para o serviço público.

Importa, antes de avançar neste domínio, deixar claro que o aparelho administrativo deve ter meios adequados para prosseguir os seus fins sejam, entre outros, os de instalações, meios técnicos e pessoal qualificado. Centremo-nos no pessoal, dada a importância que este tem.

Assim, o seu recrutamento deve fazer-se, em regra, como ordena a Constituição, por concurso público e a escolha deve basear-se no mérito. Mas não basta o mérito. Deve ter-se em conta no recrutamento de pessoal que o cidadão interessado em entrar na Administração Pública deve ter consciência de que vai estar ao serviço dos cidadãos, pois é essa a característica desta organização da qual pretende fazer parte.

Cidadão que pretenda ganhar muito dinheiro, ter uma profissão ou actividade que lhe permita auferir fortuna ou elevados salários não deve procurar a Administração Pública, mas formar a sua empresa privada ou entrar numa organização empresarial que lhe permita obter bons lucros ou salários.

A Administração Pública não os pode dar porque não é uma organização rica, tendo centenas de milhar de trabalhadores, devendo haver equidade nas remunerações que lhes é dada. Isso não significa que os funcionários públicos não devam ser adequadamente remunerados e que essa remuneração não seja diferenciada, tendo em conta os lugares ocupados. A este propósito deve ter-se em conta a importância que têm os altos cargos de direcção administrativa. Mas mesmo nestes cargos a Administração Pública, não pode nem deve competir com as empresas privadas que buscam e obtêm frequentemente elevados lucros, pois a Administração Pública não existe para o lucro. O que deve é pagar-lhe um vencimento que lhes permita viver com a necessária dignidade e garantir segurança de emprego, recrutando pessoas qualificadas para quem servir os cidadãos é algo que as motiva.

Isto permite, aliás, tornar bem clara a distinção entre quem trabalha na Administração Pública e quem trabalha em empresas particulares.

Esse pessoal desde o mais alto dirigente até ao servidor de base têm em comum uma característica que não se encontra nas organizações privadas. Estão ao serviço do interesse público e não têm um “patrão” como nas empresas privadas.

Nestas existe, como regra, alguém que dirige a empresa, directamente ou através de pessoal da sua inteira confiança e trabalhadores que a título de trabalho subordinado e de uma remuneração nelas prestam serviço. O patrão destas empresas, como é dono delas, tem, em regra, liberdade para escolher o

seu pessoal, para transformar a sua empresa e mesmo pôr-lhe termo. Por sua vez o pessoal obedece às suas ordens e defende os seus direitos e interesses que não são os mesmos do patrão, ainda que tenha naturalmente interesse egoístico no bom funcionamento da empresa.

Na Administração Pública não existe um “patrão” com tais características. Isso é muito evidente no pagamento das remunerações. Quem tem o poder de pagar não é dono do dinheiro que utiliza. Esse dinheiro não lhe pertence. Pertence aos cidadãos que o põem à sua disposição para utilizar do melhor modo. Assim, os cidadãos do Estado que pagam impostos (e todos pagam sejam eles directos ou indirectos) são, na verdade, o “patrão” dos funcionários públicos. E mesmo o dinheiro que vem de outras fontes, como por exemplo, a União Europeia não é dado aos “patrões” (gestores) da Administração Pública, não é dinheiro que lhes pertença (mesmo que se trate do Governo). É dado ao Estado de Direito, que tem na base os cidadãos, como vimos, para depois ser utilizado pelo Estado-Administração. Isto nunca pode ser perdido de vista, embora nem sempre assim aconteça.

O que acabámos de dizer tem um particular reflexo, desde logo, nos conflitos de trabalho. O funcionário público deve ter consciência de que, por exemplo, a greve é, efectivamente, um último recurso e não um recurso fácil e à mão para utilizar. Deve ter presente que, na greve, exercida na função pública os principais prejudicados não são os dirigentes (sejam eles políticos ou altos cargos administrativos desde o nível central ao local) são os cidadãos que se veem privados dos serviços públicos que devem ser prestados.

Isso é bem manifesto nos serviços de saúde, justiça, educação ou transportes. Greves frequentes e longas na saúde, deixando os cidadãos em sofrimento e agravamento, por vezes irreversível, da doença, greves na educação, deixando os alunos sem aprendizagem, greves na justiça violando o direito fundamental dos cidadãos a ter uma decisão em prazo razoável, devem obrigar os que trabalham nestes sectores a pensar bem as decisões que tomam.

Por isso, é de enorme leviandade anunciar com satisfação, no decorrer de uma greve, que os hospitais não funcionaram, as escolas estão fechadas, os tribunais não fazem julgamentos ou os transportes estão parados. Trata-se de violar direitos fundamentais dos cidadãos à saúde, à educação, à justiça e à mobilidade e não é para isso que existe a Administração Pública. É exactamente para o contrário.

E não serve invocar os serviços mínimos para atenuar esses efeitos, porque serviços mínimos quer dizer isso mesmo, violar direitos fundamentais dos cidadãos, excepto aqueles que seria escandaloso ou mesmo desumano violar.

Daqui não se pretende concluir que as greves devam ser proibidas. O que se quer afirmar é que elas para serem utilizadas devem ser de tal modo necessárias que os próprios cidadãos as compreendam por inteiro, aceitando o sacrifício dos seus direitos fundamentais.

Por isso, na Administração Pública os cidadãos devem ter uma informação clara do que está em jogo nos conflitos que motivam as greves. Estas não são assunto apenas entre os trabalhadores da Administração Pública e os dirigentes desta, mas algo de que os cidadãos devem estar devidamente esclarecidos para formularem o seu juízo.

Nas entidades públicas os trabalhadores quando entram em greve salarial ou com efeitos equivalentes devem saber duas coisas: a primeira é que estão a exigir dinheiro aos cidadãos, pois são eles os verdadeiros patrões, sendo os dirigentes com poder de pagamento meros representantes deles e a segunda é que estão a prejudicar os cidadãos, negando-lhes frequentemente direitos fundamentais.

Em resumo, as greves na função pública devem ter um fundamento muito sério, devem ter em conta as possibilidades do país e de nenhum modo deve ocorrer aquilo que muitas vezes se verifica que é ser muito mais fácil e habitual fazer greves na função pública do que nas empresas privadas, quando tantas vezes os trabalhadores destas mais razões teriam para as fazer. Quantas vezes trabalhadores de empresas privadas trabalham sem receber o salário contratado e só entram em greve quando percebem que só desse modo poderão talvez receber o que lhes é devido.

A SAÚDE DIGITAL: RESPONSABILIDADE ARTIFICIAL?

António Cruz Oliveira¹
Tiago Branco da Costa²

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.148.7>

Resumo: Ao longo dos últimos anos a saúde passou a conhecer uma vertente cada vez mais digital, isto é, o acesso aos cuidados de saúde e a prestação dos mesmos passou a ser assegurada com recurso e através de meios (cada vez mais) digitais (e avançados). Este progresso permitiu-nos conhecer novas formas de assegurar o direito à saúde (e a sua proteção), mais acessíveis, mais céleres, mais eficientes, mais precisas e mais eficazes. Até aqui chegarmos – e ainda que, naquela época, o que a seguir se reproduzirá pudesse colher laivos de repúdio – beneficiámos de uma pandemia que, não tendo permitido mais, possibilitou, pelo menos, a aposta no mercado digital e na ciência dos dados com a chancela da União Europeia. A sua ação tem, *in universum*, ajudado a clarificar a importância e a dimensão deste novo mundo eletrónico,

¹ Assistente Convidado na Escola de Direito da Universidade do Minho. Advogado *In-house*. Doutorando em Ciências Jurídicas, na especialidade de Ciências Jurídicas Privatísticas, na Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigador integrado do Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov). aaoliveira@direito.uminho.pt.

² Assistente Convidado na Escola de Direito da Universidade do Minho. Doutorando em Ciências Jurídicas, na especialidade de Ciências Jurídicas Privatísticas, na Escola de Direito da Universidade do Minho. Bolseiro da Fundação para a Ciência e Tecnologia. Investigador integrado do Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov). tiagobrancodacosta@direito.uminho.pt.

digital e disruptivo em que a saúde se desenvolve. Tentaremos, desta forma, compreender a aplicação do regime da responsabilidade civil no contexto da saúde digital, para o qual a inteligência artificial e a proteção dos dados pessoais vêm sendo convocados.

Sumário: 1. Saúde digital: considerações iniciais; 2. A IA ao serviço da saúde; 2.1. Potencialidades e desafios jurídicos; 2.2. A IA e a sua regulamentação no quadro europeu; 2.3. A responsabilidade civil pela utilização da IA na saúde; 3. A proteção de dados pessoais na saúde; 3.1. Os dados (pessoais?) como fonte de alimentação da IA; 3.2. A proteção dos dados pessoais no contexto da saúde digital: em particular na utilização da IA; 3.3. A responsabilidade civil pelo tratamento de dados pessoais no contexto da saúde digital; 4. Conclusões.

Palavras-chave: Dados pessoais; Inteligência artificial; Proteção de dados; Responsabilidade civil; Saúde digital.

1. Saúde Digital: considerações iniciais

In novissimis, a saúde tem conhecido e acentuado o seu cariz digital, *id est*, o acesso aos cuidados de saúde e a prestação destes passou a ser feita com recurso e através de meios (cada vez mais) digitais (e avançados). Este progresso permitiu-nos conhecer novas formas de assegurar o direito à saúde (e a sua consequente proteção), mais acessíveis, mais rápidas e mais eficientes³... A pandemia que enfrentámos recentemente, por um lado, e a aposta no mercado digital e nos dados que a União Europeia tem levado a cabo, por outro, ajudaram também a clarificar a importância e a dimensão deste novo “mundo” em que a saúde se desenvolve⁴. É, precisamente, este mundo – “eletrónico”, digital e disruptivo – que, habitualmente, designamos como “saúde digital” (“*digital health*”) ou “e-saúde” (“*e-health*”)⁵. Contudo, *non in solo pane vivit homo*: impuseram-se também novos desafios, designadamente, no panorama jurídico, e no domínio da responsabilidade civil, *ad exemplum*. Com efeito, o propósito do nosso estudo é o de compreender a aplicação do regime da responsabilidade civil no contexto da saúde⁶ digital, para o qual a inteligência artificial e a proteção dos dados pessoais têm sido convocados. Por essa razão, não é nossa intenção desenvolver, aqui, pormenorizadamente, o regime legal da inteligência artificial nem o da proteção de dados pessoais,

³ *Vd.* entre outros, FOSCH-VILLARONGA, EDUARD, *Robots, healthcare, and the law – regulating automation in personal care*, New York, Routledge, 2021, p.172, “A critical functional component of most healthcare robot technology is the capacity to sense, track, and monitor patients and their activities. The process of monitoring and tracking elderly, disabled, and children may have various purposes. These include: alarming in case of detected abnormalities, conveying or facilitating the supervision or intervention of caregivers, generating data flows useful for diagnostics and therapy, and favouring a more adaptive and personalized interaction with other assistive technologies”; PEDRO, Rute Teixeira, “Breves reflexões sobre a reparação de danos causados na prestação de cuidados de saúde com utilização de robots”, em SILVA, EVA SÓNIA MOREIRA DA & FREITAS, PEDRO MIGUEL (eds.), *Inteligência artificial e robótica: desafios para o direito do século XXI*, Coimbra, GESTLEGAL, 2022, 151-185, pp.153 e ss..

⁴ Cfr. Proposta de Regulamento IA, exposição de motivos, ponto 1.1., §1; e ainda 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, 09 de março de 2021, COM(2021) 118 final, pp.1-3.

⁵ Entre outros, *vd.* PATRÍCIO, MIGUEL, “Uma breve nota sobre os desafios éticos da saúde digital («digital health»)”, em *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 4 (2018), nº 6, pp.1-20, p.1.; MOREIRA, EVA SÓNIA, “Considerations about medical liability in the era of e-health”, em CARVALHO, MARIA MIGUEL (ed.), *E.Tec Yearbook: Health Law and Technology*, Braga, JusGov - Research Centre for Justice and Governance School of Law - University of Minho, 2019, pp.25-36, p.26.

⁶ Referimo-nos ao «contexto da saúde», no sentido de aqui incluir não só a prestação de cuidados de saúde, mas também outras atividades conexas (v.g. investigação clínica), que se sirvam da inteligência artificial e do tratamento de dados pessoais e que, por isso, também possam caber nesta análise.

(por manifesta impossibilidade) sem prejuízo das considerações introdutórias e das referências que se imponham a esse respeito.

Pretendemos, assim, no decurso das linhas que se seguem, abordar, naturalmente de forma sucinta e sistematizada, mas tão cuidada quanto possível, a interseção dos tópicos *supra* enunciados, no contexto sanitário, não perdendo nunca de vista, sob pena de antecipação de um juízo de culpabilidade inteiramente justificável, o quadro legal europeu que se desenha a respeito da temática ora em crise, sabendo que tal arrojo ficará, por ora, a quem do desenvolvimento que tal tópico nos merece.

Após, estaremos em condições de problematizar a questão a que nos propusemos responder: será a responsabilidade civil no contexto da saúde digital uma responsabilidade artificial?

2. A IA ao serviço da saúde

Nos Estados Unidos da América (E.U.A.), três em cada quatro pessoas, servem-se do *online* para beber informação sobre saúde. No velho continente, esse número reduz-se, sendo, todavia, suficientemente elucidativo dos tempos que correm: um em cada dois *homo sapiens* consomem info saúde em linha⁷. Em Portugal, *exempli causa*, as receitas prescritas pelo clínico podem ser acedidas pelos seus destinatários através da aplicação eletrónica (*App*)⁸ disponibilizada pelo SNS24, cujos *downloads* na *App* perfaziam, em julho de 2023, mais de 8,6 milhões de transferências⁹. Na era dos dados, uma entre as demais, o que nos revelam aqueles outros a que agora aludimos? A *big picture* parece-nos clara: a revolução digital e tecnológica em curso continua a transformar a sociedade em que vivemos e, no seu interior, alguns setores são, ao menos aparentemente, mais permeáveis à sua omnipresença, como parece suceder com os respetivos sistemas de saúde.

⁷ Dados que se encontram disponíveis para consulta em WWW: <URL: https://health.google/intl/pt-BR_ALL/consumers/search/> [consultado em 01/08/2023].

⁸ A qual integra os denominados Serviços Digitais SNS24, e os quais se encontram disponíveis para consulta em <https://www.sns24.gov.pt/> [consultado em 01/08/2023]

⁹ Informação que pode ser acedida e que se encontra disponível para consulta em WWW: <URL: <https://expresso.pt/iniciativaseprodutos/projetos-expresso/5-decadas-de-democracia/2023-07-06-Como-esta-o-digital-a-mudar-o-acesso-a-saude--d0cb8d9c>> [consultado em 01/08/2023].

A telessaúde, a inteligência artificial, a *Big Data*, os biossensores, os *wearables* clínicos e a *Internet of Health Things (IoHT)*, entre outros, convocam, além dos naturais raios económicos – como a garantia de uma maior eficiência na promoção e prestação de cuidados de saúde¹⁰ - um conceito maior: o de saúde digital ou *eHealth*. A sua representação não constitui, *ex mea sententia*, tarefa ultimada, podendo ser definida como o ecossistema de ferramentas e serviços que utilizam tecnologias de informação e comunicação centradas na melhoria dos cuidados de saúde proporcionados ao doente (pacientopocentrismo) e na gestão ótima do sistema de saúde como um todo¹¹.

With great innovations comes great challenges: in casu, apenas temos a pretensão de atender aos desafios jurídicos que o fenómeno disruptivo-digital faz erigir pela sua emergência. Constitui facticidade absolutamente incontornável que a novel realidade *supra* enunciada promove a estreia de eventos lesivos cuja deliberação cumpre ao Direito, mormente, ao Direito da Responsabilidade Civil, acautelar. Se o intermediário na aferição do respetivo diagnóstico – a máquina algorítmica – falha, a quem pertencerá a responsabilidade? Em caso de manifesta discordância entre a “verdade” transmitida pelo algoritmo e a ciência do profissional de saúde médico, de que forma procederemos ao recorte ou delimitação do critério imputacional do dever de indemnizar? A (in)suficiência dos atuais (clássicos) modelos de responsabilidade civil é interrogação artificial? *Quid iuris* se o algoritmo utilizado por um qualquer sistema de IA aplicado à saúde for instruído com dados potencialmente discriminatórios?¹² Qual a relação que se estabelece entre os dados pessoais e a inteligência artificial em contexto de saúde? Verifica-se a

¹⁰ No mesmo sentido, *vide* PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *Breves reflexões sobre a reparação de danos causados na prestação de cuidados de saúde...*, *op. cit.*, p.157 e ANTUNES, HENRIQUE SOUSA, *Direito e Inteligência Artificial*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2020, p.15.

¹¹ *Vide*, assim, HIMSS – Healthcare Information and Management Systems Society *cit.* por Isabel Guerra. *Cf.* GUERRA, ISABEL, *Telemedicina, relação médico-doente e aspetos deontológicos*, disponível para consulta em WWW: <URL: <https://ordemdosmedicos.pt/telemedicina-relacao-medico-doente-e-aspectos-deontologicos/>> [consultado em 23/07/2023]. No mesmo sentido, *vide*, entre outros, COMISSÃO EUROPEIA, *Saúde em linha (e-Saúde): Saúde e cuidados de saúde digitais, s.d.*, disponível para consulta em WWW: <URL: https://health.ec.europa.eu/ehealth-digital-health-and-care/overview_pt> [consultado em 23/07/2023]; MOREIRA, ÉVA SÓNIA, *Considerations about medical liability in the era of e-health...*, *op. cit.*, p.26.

¹² A este propósito, *vide, e.g.*, K.W. v. ARMSTRONG, nº 14-35296 (9th Cir. 2015), disponível para consulta em WWW: <URL: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/14-35296/14-35296-2015-06-05.html>> [consultado em 05/08/2023].

existência de mediana proporção entre a quantidade massiva de dados recolhidos e sua utilização, atenta a finalidade da primeira ação?

Ao longo das próximas fiadas procurar-se-á notar a conexão entre as questões colocadas pela maquinaria digital e as respostas oferecidas pela Ciência que a cata de acolher - a jurídica - reiterando, porém, que abundam as primeiras, e ainda escasseiam as segundas.

2.1. Potencialidades e Desafios Jurídicos

A primo tempore, cumprirá notar que, ao menos aparentemente, não se perspetiva simples a condição do *Ser negacionista*, nos dias que correm. Branquear o facto de tecnologia baseada em IA se constituir como instrumento auxiliar da ação humana na redefinição dos cuidados de saúde prestados (primários e hospitalares) ao doente/paciente-consumidor é tão credível como afirmar que o planeta terra adota formato plano. É, por isso, inquestionável que a susodita tecnologia aporta singular complementaridade no que ao diagnóstico e tratamento de enfermidades diz respeito, na disseminação e acesso a cuidados de saúde por banda dos mais vulneráveis - quer pela sua localização, quer pela sua patologia -, na instituição de farmacologia e medicina personalizada, na impressiva medicina de precisão (por via do cruzamento ciência genética e da bioinformática), na criação de dispositivos IoHT (autovigilância), desempenhando, outrossim, figura de relevo na predição e prevenção de surtos epidémicos (heterovigilância), quando ancorada em *Big Data*¹³⁻¹⁴.

¹³ *Vide*, a este título, PEREIRA, ANDRÉ G. DIAS, “O médico-robô e os desafios para o Direito da Saúde: entre o algoritmo e a empatia”, Lisboa, *Gazeta de Matemática*, Ano LXXX, nº 189, 2019, disponível para consulta em WWW: <URL: <https://gazeta.spm.pt/fichaartigo?id=1527>>, 30-34, p.30 [consultado em 05/08/2023]; ROCHA, MIRIAM, “Virtualidades e limites do Direito face ao potencial discriminatório do uso da inteligência artificial”, em SILVA, EVA SÓNIA MOREIRA DA & FREITAS, PEDRO MIGUEL (eds.), *Inteligência artificial e robótica: desafios para o direito do século XXI*, Coimbra, GESTLEGAL, 2022, 83-101, pp.86 e ss.; PEDRO, RUTE TEIXEIRA, RUTE TEIXEIRA, *Breves reflexões sobre a reparação de danos causados na prestação de cuidados de saúde...*, *op. cit.*, pp.154 e ss., e LOBO, MARTA SUSANA, “Responsabilidade Médica e Inteligência Artificial”, *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 20, nº 39 - Janeiro /Junho, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2023, disponível para consulta em WWW: <URL: <http://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/revistas/revista-portuguesa-de-direito-da-sa%C3%BAde-lex-medicinae-ano-20-n%C2%BA-39-janeirojunho>>, 73-91, pp. 83 e ss., [consultado em 05/08/2023].

¹⁴ Revela-se de imperiosa referência, aludir à rede 5G. Esta última, pela sua velocidade e latência, permitirá disponibilizar faixas de frequência superiores à rede que a antecedeu (4G). Quer isto dizer que, no que à saúde digital

Da mesma sorte, não será “lícito” ao mais fiel seguidor desta nova “confissão” tecnológico-digital (IA) negar, à luz de tais desenvolvimentos, que aquela apresenta, à ciência jurídica, desafios próprios de uma era disruptiva: seja ao nível da conceção, registo e certificação de novos *wearables* clínicos assistidos por IA, ou pelo recurso, cada vez mais frequente, ao robô-assistente, o qual se encontra dotado de tal tecnologia, passando pela necessidade de subsumir o apontado desiderato tecnológico ao quadro legal vigente em matéria de recolha, tratamento e partilha de dados pessoais em ambientes colaborativos (*Big Data*), não esquecendo, *a limine*, a arquitetura que se pretende projetada para premunir a responsabilidade pelos danos causados por sistemas de inteligência artificial¹⁵.

Ergo, são apenas alguns - e em traços gerais - os desafios que ora deslindamos, na certeza, porém, de que os mesmos se reconduzem a uma gota, num mar que não cessa de crescer.

2.2. A IA e a sua regulamentação no quadro europeu

In hoc tempore, têm assumido contido protagonismo as alterações aprovadas pelo Parlamento Europeu (PE), em 14 de junho de 2023, sobre a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Regulamento sobre Inteligência Artificial) e que altera determinados atos legislativos da União (COM (2021) 0206) – visando as primeiras a promoção de uma IA centrada no ser humano, segura e transparente, ancorada na proteção da saúde e dos direitos fundamentais dos efeitos perversos que podem resultar

concerne, tal se traduz num tratamento mais célere dos pacientes, na expansão da utilização da telemedicina (em todas as suas modalidades, *eg.*, telecirurgia sem fios), maior eficiência no atendimento de casos urgentes, viaturas médicas de emergência mais conectadas, possibilitando um contacto mais estreito entre o doente e o clínico a partir do próprio veículo ou o recurso a novas terapêuticas para redução desse flagelo denominado ansiedade por via da realidade virtual. A este respeito vide a informação que se encontra disponível para consulta em WWW: <URL: <https://portal5g.pt/temas/e-saude/>> [consultado em 10/08/2023].

¹⁵ *E.g.*, resultem aqueles da disponibilização, no mercado, de produtos defeituosos, condicionando, assim, a possibilidade de obter diagnósticos corretos e precisos, ou, em alternativa, resulte tal mácula de um *bug* na interconectividade do ecossistema digital, daí proliferando um verdadeiro evento adverso.

da sua utilização¹⁶. Voltaremos a este porto, após competente retrospectiva dos que lhe precederam.

A Indústria 4.0. ou quarta revolução industrial, como apelidada por Klaus Schwab¹⁷, clama por um ímpeto reformador dos cânones regulatórios e jurídicos vigentes, aos quais o legislador europeu não tem sabido responder com a celeridade com que a rutura tecnológico-digital o assalta. *Rule or regulate to care, id est*, a necessidade de estabelecer o comando normativo como meio potenciador de superintendência, controlo e mitigação de riscos inerentes ao complexo ecossistema em que se move a IA, e aos danos emergentes do seu uso. Mas não só: a definição de um quadro legal, claro e uniforme, permitirá aos operadores económicos desenvolver, num ambiente de manifesta segurança jurídica, uma estratégia de inovação assente em tecnologia capacitada com IA, cuja principal beneficiada seja a sociedade, como coletivo uno. Não tendo ainda ultrapassado a barreira do debate legislativo-institucional, terá sido tal intenção a presidir às comunicações da Comissão Europeia (CE), datadas de 2018 e 2019, designada e respetivamente, a Comunicação da Comissão sobre IA para a Europa¹⁸ e a Comunicação da Comissão subordinada à epígrafe do aumento da confiança numa IA centrada no ser humano¹⁹⁻²⁰.

¹⁶ Neste sentido, *vide* a informação que encontra disponível para consulta em WWW: <URL: <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/press-room/20230609IPR96212/parlamento-negocia-primeiras-regras-para-inteligencia-artificial-mais-segura>> e em WWW: <URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_PT.html>, [consultado em 10/08/2023]. Será esta última versão da Proposta de Regulamento IA que levaremos em linha de conta ao longo da nossa exposição.

¹⁷ Cf. SCHWAB, KLAUS, “The fourth Industrial Revolution: what it means, how to respond”, *World Economic Forum*, 2016, disponível para consulta em WWW: <URL: <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/>> [consultado em 06/08/2023].

¹⁸ Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Inteligência artificial para a Europa*, Bruxelas, 25 de abril de 2018, COM(2018) 237 final, disponível para consulta em WWW: <URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0237>> [consultado em 06/08/2023].

¹⁹ Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Aumentar a confiança numa inteligência artificial centrada no ser humano*, Bruxelas, 8 de abril de 2019, COM(2019) 168 final, disponível para consulta em WWW: <URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52019DC0168>> [consultado em 06/08/2023].

²⁰ Detalhadamente, *vide*, SOUSA, SUSANA AIRES DE, “Breves notas sobre 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””, em *Direito em Mudança, A Proposta de Regulamento Europeu sobre Inteligência Artificial, Algumas Questões Jurídicas*, Suana Aires de Sousa (Coord.), 2023, disponível para consulta em WWW: <URL: https://www.uc.pt/site/assets/files/1184561/a_proposta_de_regulamento_ebook.pdf>, 1-14, pp.3 e ss. [consultado em 06/08/2023].

O intento daquela instituição europeia prosseguiu, desta feita, densificado no Livro Branco sobre a IA²¹, documento onde seguiu ínsita a dilemática de procurar equilibrar os dois “fiéis da balança”: *ex uno latere*, o intuito de proceder a uma abordagem normativa da tecnologia servida por IA, atentos os riscos associados ao seu emprego e, por outro, permitir que o progresso científico seja cultivado de forma sã, dentro das margens delimitadas pelos valores da União²². A construção do caminho aflorado não se fez sem a adoção de outros documentos de nomeado interesse, entre os quais notabilizamos a Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017²³, a Resolução do Parlamento Europeu, datada de 20 de outubro de 2020²⁴, e o Relatório apresentado pela Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social, datado de 19 de fevereiro de 2020²⁵.

O início da década marca o ponto de viragem: do plano conjectural ao primeiro projeto de tela legal sobre IA (dimensão da ação), substanciada na proposta de Regulamento sobre Inteligência Artificial²⁶. Tal desiderato legislativo traduz o somatório das sinergias das instituições europeias para alcançar um feixe único e harmonizado de regras com o fito de regular a IA

²¹ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Branco sobre a inteligência artificial - Uma abordagem europeia vira-da para a excelência e a confiança*, Bruxelas, 19 de fevereiro de 2020, COM(2020) 65 final, disponível para consulta em WWW: <URL: https://commission.europa.eu/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en> [consultado em 06/08/2023].

²² Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Aumentar a confiança numa inteligência artificial centrada no ser humano...*, op. cit., p. 1.

²³ Cfr. 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)), disponível para consulta em WWW: <URL: www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_PT.pdf> [consultado em 06/08/2023].

²⁴ Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de outubro de 2020, que contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial (2020/2014 (INL)), disponível para consulta em WWW: <URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020IP0276>> [consultado em 06/08/2023].

²⁵ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu - Relatório sobre as implicações em matéria de segurança e de responsabilidade decorrentes da inteligência artificial, da Internet das coisas e da robótica*, Bruxelas, 19 de fevereiro de 2020, COM(2020) 64 final, disponível para consulta em WWW: <URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52019DC0168>> [consultado em 06/08/2023].

²⁶ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de Inteligência Artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e altera determinados atos legislativos da União*, Bruxelas, 21 de abril de 2021, COM(2021) 206 final, 2021/0106 (COD), disponível para consulta em WWW: <URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>> [consultado em 06/08/2023], doravante designado apenas por Proposta de Regulamento IA.

dentro de portas (União Europeia), almejando, *ad summam*, alcançar um elevado nível de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos europeus vinculados à União²⁷.

Desafortunada e inexplicavelmente, o famigerado Regulamento não se ocupou, *per se*, de aventar qualquer solução que pudesse contribuir para a discussão em torno da temática da responsabilidade civil por danos causados por sistemas dotados de IA, o que configura, salvo o devido respeito por diferente opinião, manifesto prejuízo no que à codificação e sistemática jurídicas diz respeito. A utilidade de tal proposta para o apontado efeito resultará da sua conjugação com uma outra: a proposta de Diretiva para a Responsabilidade Civil em assuntos de IA²⁸⁻²⁹⁻³⁰. *Ad conclusum*, a proposta de quadro regulamentar em matéria de IA citada *supra* apresenta os seguintes caracteres: (i) garantir que os sistemas de IA disponibilizados no mercado cumprem os desígnios ético-legais que presidem à União dos 27; (ii) garantir a segurança jurídica como paradigma potencializador de atração de investimento e inovação no domínio da IA (iii) criar as condições necessárias para a melhoria dos mecanismos de boa governança e aplicação efetiva do *corpus juris* em vigor no concernente a matéria de direitos fundamentais (iv) possibilitar o desenvolvimento de um mercado único para as aplicações de IA legítimas, seguras e fiáveis³¹. A concretização dos nominados propósitos é disposta ao correr de doze títulos e outros tantos anexos, os quais materializam as

²⁷ *Idem*, pp. 2-19.

²⁸ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adaptação das regras de responsabilidade civil extracontratual à inteligência artificial (Diretiva Responsabilidade da IA)*, Bruxelas, 28 de setembro de 2022, COM(2022) 496 final, 2022/0303 (COD), disponível para consulta em WWW: <URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496&from=EN>> [consultado em 06/08/2023], doravante designada apenas por Proposta de Diretiva Responsabilidade IA.

²⁹ Isto, sem esquecer a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos - COM. (2022) 495 final – 2022/0302 (COD) - disponível para consulta em WWW: <URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022AE4922>> [consultado em 06/08/2023].

³⁰ Em perfeita comunhão com o que parece resultar da lição de BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “Ainda o futuro da Responsabilidade Civil pelos danos causados por Sistemas de IA”, em *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 5, 2023, disponível para consulta em WWW: <URL: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2023/ainda-o-futuro-da-responsabilidade-civil-pelos-danos-causados-por-sistemas-de-ia-mafalda-miranda-barbosa/>>, 337-369, p. 363 [consultado em 06/08/2023].

³¹ Cfr. Proposta de Regulamento IA, p.3.

obrigações impostas aos operadores económicos que produzam e disponibilizem e utilizem os seus sistemas de IA dentro da União Europeia³².

Já no que tange à abordagem de tal proposta de Regulamento aos sistemas baseados em IA, uma última referência para sublinhar que a mesma é agora baseada no risco (título II, do Regulamento), apresentando uma estrutura de ordem decrescente: risco inaceitável (artigo 5º), risco elevado (artigo 6º) e risco mínimo.

Regressamos ao “porto” de partida, para reiterar a mensagem de raiz: a supressão das linhas do tempo pela evolução hipersónica do processo digital não possibilita discussões eternas sobre o Regulamento perfeito. A posição adotada pelo Parlamento Europeu recentemente, em face do Regulamento sobre Inteligência Artificial – impulsionada pelo advento da IA generativa³³ - é a prova disso mesmo. O Direito não precisará do Direito, mas a Sociedade sim; todos nós, cidadãos da União, carecemos daquela Ciência para a salvaguarda eficaz dos direitos absolutos que se encontram positivados no Direito dos Tratados Europeus como o último reduto de proteção (e de liberdade) da pessoa face aos efeitos nocivos que qualquer tecnologia baseada em IA possa desencadear.

2.3. A responsabilidade civil pela utilização da IA no contexto da saúde digital

Conforme oportunamente referido, a Comissão Europeia adotou, em 28 de setembro de 2022, uma Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adaptação das regras da responsabilidade civil extracontratual à inteligência artificial (Diretiva Responsabilidade IA), com o claro propósito de, por aquela via, proceder a uma harmonização da legislação europeia neste particular, virtude da ausência de imperativos legais uniformes entre os Estados-Membros, atinentes à indemnização dos danos causados

³² *E.g.*, vide o considerando 56, da Proposta de Regulamento IA.

³³ A IA generativa pode ser definida como um processo “automatizado que utiliza algoritmos para produzir, manipular ou sintetizar dados, muitas vezes sob a forma de imagens ou texto legível por humanos”. O seu rosto mais popular são os complexos modelos do ChatGPT ou DALL-E. Cfr. FRUHLINGER, JOSH, “O que é a IA generativa e como funciona?”, 2023, artigo em linha, disponível para consulta em WWW: <URL: <https://www.computerworld.com.pt/2023/03/14/o-que-e-a-ia-generativa-e-como-funciona/>> [consultado em 07/08/2023].

por sistemas de IA. *Grosso modo*, as patentes discrepâncias entre os remédios que cada ordenamento jurídico oferece como meio de belatório da presente contenda – mormente, quando os mencionados sistemas de AI importem o confronto com bens jurídicos fundamentais, como a vida, a saúde, a integridade física e moral ou a identidade pessoal – serviriam apenas para potenciar uma crescente fragmentação decisória e não o inverso³⁴.

No ideário da intenção, tal esforço legislativo é, em qualquer circunstância, objeto do devido aplauso; no plano concreto, a nossa concordância fica por ali. A opção do legislador europeu por um modelo de responsabilidade civil subjetiva assente no juízo de censura sobre o concreto agente (culpa) pressupõe a adoção de um critério de natureza personalístico que, na hipótese sob julgo, não nos permitimos acompanhar. *Lato sensu*, a culpa consiste na imputação de um determinado facto ao agente; mais, *de jure condito*, dir-se-á que, regra geral, o instituto da responsabilidade civil supõe a culpa, a qual traduzirá a situação psicológica do agente para com o facto praticado³⁵. A questão que, então, se coloca é a seguinte: que agente? O ente dotado de IA? Competirá a este ponderar o lado subjetivo da sua conduta? Esperamos, portanto, que o robô-assistente (dimensão física – *hardware*) que, incorporando tecnologia de IA que lhe proporciona 100% de autonomia para a função para a qual foi concebido e programado (dimensão digital), desampara, sem razão justificativa, o doente que carrega desde a viatura de emergência médica até ao bloco operatório, agravando, por consequência, a lesão do enfermo, devesse ter agido de modo diverso com base numa consciência que não possui? Não ignoramos que a proposta de Diretiva em apreço comporta uma inegável dimensão adjetiva temperada por uma variável substantiva, sendo, por tal, aplicável a ações de responsabilidade civil extracontratual por danos causados por sistemas de IA sempre que tais demandas sejam propostas ao abrigo de

³⁴ Cf. Proposta de Diretiva Responsabilidade IA, pp. 5-6.

³⁵ Por todos, *vide*, entre outros, COSTA, MÁRIO J. ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 12.ª Edição, revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 578 e ss.; VARELA, J. ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, volume I, 10ª ed., revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2000, pp.566 e ss.; FARIA, J. RIBEIRO DE; VASCONCELOS, MIGUEL PESTANA; E PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *Direito das Obrigações*, Volume I, 2ª edição – reimpressão 2021, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 436 e ss.; BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Príncipe Editora, 1ª Edição, 2017, pp. 227 e ss.; e CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil VIII – Direito das Obrigações, Gestão de Negócios, Enriquecimento sem Causa, Responsabilidade Civil*, Reimp. da 1ª Edição do Tomo III da parte II de 2010, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 435 e ss.

regimes de responsabilidade culposa (artigo 1º, da Proposta de Diretiva IA)³⁶, aliviando, de uma banda, o ónus da prova do lesado, pela introdução de uma presunção de causalidade (artigo 4º, da Proposta de Diretiva IA), facultando, por outra, célere acesso, por parte daquele, a elementos de prova (artigo 3º, da Proposta de Diretiva IA). Porém, as nuances introduzidas por tal Proposta, complementada, *summo rigore*, pela Proposta de Diretiva 2022/0302 (COD), referente à responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, em nada alteram a questão de facto: a ausência de consciência de si, ou de representação de um dado estado mental, torna o ente dotado de IA suscetível de lhe ver ser assacado um juízo de “reprovabilidade pessoal”?³⁷ Cremos que não. Ao nosso robô assistente faltam-lhe, entre outras, e para além do natural domínio da consciência, a imaginação, a criatividade, o sentimento e a mundividência espiritual próprias do *ser de carne e osso*³⁸⁻³⁹.

Na ótica do legislador europeu, o repto lançado pela IA é, assim, resolúvel com a pedra filosofal da presunção (de causalidade), a qual parece encontrar-se gizada para tribunais alimentados pela denominada IA forte,

³⁶ Cfr. Proposta de Diretiva Responsabilidade IA, p. 13.

³⁷ VARELA, J. ANTUNES, *Das Obrigações em Geral...*, op. cit., p.566.

³⁸ Tampouco aderimos a uma ideia de pampsiquismo, ou seja, reconduzida da animização dos vários elementos da natureza. Por diferentes palavras, a consciência é uma característica fundamental, senão básica, do mundo/matéria física. Com maior detalhe, vide, CURADO, J. M., “Bombarda e a Consciência I”, em *Jornal de Ciência Cognitivas*, 2005, disponível para consulta em WWW: <URL: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/3746/1/JCC%20BOMBARDA%20E%20A%20CONSCIENCIA.pdf>> [consultado em 07/08/2023].

³⁹ Neste sentido, colham-se, de igual sorte, os lapidares ensinamentos de Sónia Moreira da Silva. Questiona a distinta Autora, se, e.g., fará 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 máquina? 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 (...)”. Comungamos ainda de posição idêntica quanto à analogia de base estribada pela Autora, mormente, no que concerne ao facto do nosso ordenamento jurídico não ter criado estatuto similar ao do *homo sapiens* relativamente aos animais, não obstante existirem sólidos indícios de sentiência em animais. Concluir que alguns destes seres vivos possuem a capacidade de experimentar sensações de forma consciente não os torna, *ipso facto*, sujeitos de direitos e obrigações. – Cf. SILVA, EVA SÓNIA MOREIRA DA, “IA e Robótica: a caminho da personalidade jurídica?”, em OLIVEIRA, A. SOFIA PINTO & JERÓNIMO, PATRÍCIA (Coord.), *Liber Amicorum Benedicta Mac Crorie*, Volume II, Braga, Uminho Editora, 2022, p.548; vide ainda, na esteira do exposto, BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução”, em *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 2, 2020, disponível para consulta em WWW: <URL: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2020/o-futuro-da-responsabilidade-civil-desafiada-pela-inteligencia-artificial-as-dificuldades-dos-modelos-tradicionais-e-caminhos-de-solucao-mafalda-miranda-barbosa/>>, p.310 e ss. [consultado em 08/08/2023]; MAIA, ANA RITA, “A Responsabilidade Civil na Era da Inteligência Artificial – Qual o caminho?”, em *Revista Julgar*, 2021, disponível para consulta em WWW: <URL: <http://julgar.pt/a-responsabilidade-civil-na-era-da-inteligencia-artificial-qual-o-caminho/>>, p.33, e HUMPHREY, NICHOLAS, *Senciência: a invenção da consciência*, Bertrand Editora, 2023, pp.222-223.

ou ASI (*Artificial Super Intelligence*)⁴⁰. Além de enformar de um pendor marcadamente assimétrico⁴¹, aparenta confundir, bebendo de melhores palavras, a apreciação do âmbito de “proteção do dever incumprido, a permitir uma presunção baseada na imputação, com uma ideia de probabilidade que nos aponta ainda para uma visão causalista e fisicista e com uma ideia de dificuldade probatória”⁴².

Recuperamos o acarinhado robô-assistente como representação das dificuldades que, neste campo, se apresentam como fraturas expostas. Arredada a possibilidade de atribuição de personalidade jurídica eletrónica a entes despersonalizados, cumprirá determinar, nessa conformidade, o agente sobre o qual recairá a obrigação de indemnizar. O comportamento (positivo ou negativo) a partir do qual é infligida a lesão ao doente – *id est*,

⁴⁰ Vide, pormenorizadamente, SILVA, EVA SÓNIA MOREIRA DA, *IA e Robótica: a caminho da personalidade jurídica?*, *op. cit.*, p.538.

⁴¹ O quadro jurídico para o exercício da contraprova por parte do lesante/demandado é notoriamente desproporcional, compreendendo-se mal como pretende o legislador transnacional acautelar um ambiente digitalmente seguro e transcendentalmente apetecível para o investimento da Indústria tecnológica na União, assegurando-lhe, por via de tal Proposta de Diretiva, que, em caso de evento lesivo, a mesma parte já em desvantagem no que ao juízo imputacional do facto ao agente diz respeito. Caso contrário, vejamos: dispõe o artigo 4º, nº 1, da Proposta de Diretiva IA que, sob “reserva dos requisitos estabelecidos no presente artigo, os tribunais nacionais presumem, para efeitos da aplicação das regras de responsabilidade a uma ação de indemnização, o nexo de causalidade entre o facto culposo do demandado e o resultado produzido pelo sistema de IA ou a incapacidade do sistema de IA de produzir um resultado, se estiverem preenchidas todas as seguintes condições”: (a) “O demandante demonstrou ou o tribunal presumiu, nos termos do artigo 3º, nº 5, a existência de culpa do demandado, ou de uma pessoa por cujo comportamento o demandado é responsável, consistindo tal no incumprimento de um dever de diligência previsto no direito da União ou no direito nacional diretamente destinado a proteger contra o dano ocorrido”; (b) “Pode-se considerar que é razoavelmente provável, com base nas circunstâncias do caso, que o facto culposo influenciou o resultado produzido pelo sistema de IA ou a incapacidade do sistema de IA de produzir um resultado”; (c) O “demandante demonstrou que o resultado produzido pelo sistema de IA ou a incapacidade do sistema de IA de produzir um resultado deu origem ao dano”. Numa temática de cariz iminentemente técnico, com uma complexidade ainda não totalmente descortinada, caberá ao intérprete-julgador presumir um qualquer nexo causal? O “facto culposo” atribuído ao demandado deriva do “incumprimento de um dever de diligência previsto no direito da União ou no direito nacional”. Quedamo-nos, por ora, interrogados: a que dever de diligência se reporta o legislador? Terá debruçado o seu pensamento sobre o critério do *reasonable doctor*, do profissional de saúde médio ou do bom pai de família? Desconhecendo a *ratio essendi* da referida cogitação, qualquer daqueles deverá ser objeto de competente revisão, uma vez que a sua enunciação apresenta uma conexão incidível com a natureza humana. Do mesmo modo, se a intenção daqueloutro redundava no estabelecimento de um novo dever de diligência, ilustrativamente, o do *reasonable computer standard*, somos a entender que a sua formulação não é geneticamente compatível com um modelo assente na responsabilidade civil delitual, porquanto perspetivado para a máquina e não para o Homem. Vide, a respeito da vertente temática, ANTUNES, HENRIQUE SOUSA, “Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil: Enquadramento”, em *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 1, 2019, disponível para consulta em WWW: <URL: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2019/inteligencia-artificial-e-responsabilidade-civil-enquadramento/>>, p. 153 [consultado em 08/08/2023] e ABBOT, RYAN, «The Reasonable Computer: Disrupting the Paradigm of Tort Liability», em *George Washington Law Review*, Volume 86, nº 1, 2018, disponível para consulta em WWW: <URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2877380>, p.37 [consultado em 08/08/2023].

⁴² Cfr. BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, Ainda o futuro da Responsabilidade Civil pelos danos causados por Sistemas de IA..., *op. cit.*, p.363.

o facto daquele robô interromper a sua marcha deixando cair aparatosamente o paciente - é atribuível ao fabricante, ao programador ou ao utilizador (prestador dos cuidados de saúde)? *In secundo luogo*, a ação desencadeada pelo robô resulta da aprendizagem do mesmo quando em contacto com o ambiente que o rodeia?⁴³

A resposta à primeira questão requer um “fumo branco” que ainda não raia. Assim, a geometria variável de agentes a quem pode ser assacada alguma espécie de responsabilidade aliada à complexidade e negritude algorítmica que animam a estrutura física robotizada dificultam a concreta identificação daqueles que deram causa ao dano⁴⁴. Daqui resulta que daquela miríade de sujeitos poderá advir a “desproteção indevida do doente”⁴⁵, personagem esta que deveria permanecer alheia aos efeitos contraproducentes da tecnologia que, ao menos aparentemente, a visa beneficiar.

A segunda questão tem chamado à colação, não raras vezes, o comando legal previsto, pelo nº 2, do artigo 493º, do Código Civil. Nesse sentido, todo aquele que, no exercício de uma atividade perigosa, por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, causar dano a outrem, está obrigado a repará-lo, salvo se lograr demonstrar que envidou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de o prevenir. Na hipótese em equação, a condição evolutiva imprevisível da espécie robótica em crise (robô assistente), e os riscos que dali podem emergir para a saúde e integridade física dos doentes, em virtude da real capacidade de autoaprendizagem da máquina, permitirá concluir que a utilização de tais geringonças encerra perigosidade bastante que justifique a aplicação da presunção vertida no normativo citado⁴⁶. Operando esta última, recairá sobre o prestador de cuidados de saúde a obrigação de proceder à reparação dos danos produzidos no exercício da atividade especialmente perigosa, salvo se ilidir a dita presunção, *de lege lata*.

Se no vertente caso, tendemos a aderir ao entendimento proposto, a verdade é que não descuramos que o emprego casuístico da vertente solução

⁴³ No apontado sentido, *vide*, PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *Breves reflexões sobre a reparação de danos causados na prestação de cuidados de saúde...*, *op. cit.*, pp.160-161.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 176-177.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 177.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 174.

não promove a tão desejada harmonização do sistema jurídico como um todo, até porque se afigura de complexo cotejo, o recorte das situações de perigosidade efetiva envolvendo *robots*⁴⁷.

Até que o nosso humilde saber mature em sentido diverso, e não refutando, em circunstância alguma, que o entendimento agora propugnado enverede por caminho distinto, continuamos a pugnar, acompanhando outros, antes de nós⁴⁸, pela necessidade do legislador europeu ou, na sua ausência, o legislador nacional, prefigurar a previsão de um cenário assente na responsabilidade objetiva, como *iter* mais eficaz no combate e prevenção dos complexos riscos multipolares emergentes da utilização de sistemas baseados em IA.

3. A proteção de dados pessoais na saúde

Será possível prestar cuidados de saúde sem proceder ao tratamento de dados? Toda a informação tratada em contexto de saúde será, necessariamente, considerada informação relativa a uma pessoa identificada ou identificável? Os dados pessoais tratados em contexto de saúde serão sempre considerados dados pessoais de categorias especiais? Qual a relação que se estabelece entre os dados pessoais e a inteligência artificial em contexto de saúde?

Estas são algumas das questões que, frequentemente, emergem no contexto da prestação de cuidados de saúde e às quais tentaremos, de forma sumária, dar resposta ao longo dos próximos capítulos. Se, por um lado, os avanços significativos da tecnologia têm permitido alcançar mais e melhores resultados, por outro lado também tomámos consciência de que, num contexto cada vez mais digital, o tratamento de dados pessoais, alinhado com a estratégia europeia para os dados, deve respeitar os princípios e regras basilares nesta matéria, mormente os prescritos pelo Regulamento Geral

⁴⁷ Cf. BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Inteligência Artificial: entre a utopia e a distopia, alguns problemas jurídicos*, Coimbra, GESTLEGAL, 2021, pp. 88-89.

⁴⁸ *Idem*, pp. 97 e ss.; BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Ainda o futuro da Responsabilidade Civil pelos danos causados por Sistemas de IA...*, *op. cit.*, p.369; e PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *Breves reflexões sobre a reparação de danos causados na prestação de cuidados de saúde...*, *op. cit.*, p. 175.

sobre a Proteção de Dados (RGPD)⁴⁹. Com efeito, a Comissão Europeia, por altura da apresentação de «Uma Agenda Digital para a Europa»⁵⁰, assinalou a falta de confiança dos cidadãos em matéria de proteção da privacidade e segurança e, por conseguinte, o impacto negativo no desenvolvimento do mercado digital. Por essa razão, em 2012, sublinhando o papel crucial da Diretiva 95/46/CE⁵¹, lançou o repto de se proceder à atualização do quadro legal europeu referente à proteção de dados pessoais⁵². Mais tarde, em 2015, através da «Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa»⁵³, a Comissão reconhecendo 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.

Deste modo, depois de dar à luz o RGPD, em 2016; de apresentar, em 2017, o processo de construção de uma economia europeia dos dados⁵⁴; de ser publicado, em 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 Europeia⁵⁵; de apresentar, em 2020, a «Segunda Agenda Digital para a Europa»⁵⁶; de lançar, em 2021, as «Orientações para a Digitalização até 2030: a via europeia para a

⁴⁹ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), OJ L 119, 04 de maio de 2016, pp.1–88.

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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 L281, 23.11.1995, pp. 31–50.

⁵² 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, p. 2.

⁵³ 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, 06 de maio de 2015, COM(2015)192 final.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ OJ L 303, 28 de novembro de 2018, pp. 59–68.

⁵⁶ COMISSÃO EUROPEIA, *Shaping Europe's digital future* [Construir o futuro digital da Europa], Luxemburgo, 19 de fevereiro de 2020, disponível em: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/shaping-europes-digital-future_pt#documentos [consultado em 11.08.2023].

Década Digital»⁵⁷; de ser publicada, em 2022, a «Declaração Europeia sobre os Direitos e Princípios Digitais para a Década Digital»⁵⁸; em maio de 2022, a Comissão Europeia lançou o espaço europeu de dados de saúde (EEDS)⁵⁹, apresentando a «Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao Espaço Europeu de Dados de Saúde»⁶⁰⁻⁶¹. Este espaço comum europeu congrega as necessidades de progresso e evolução, no que respeita à forma e aos meios através dos quais os cuidados de saúde são prestados às pessoas na União, bem como a necessidade de facilitar o controlo dos dados pessoais pelos cidadãos, designadamente através do reforço dos seus direitos.

Sem prejuízo de todos os avanços, iniciativas, propostas e diplomas apresentados no contexto europeu, mantém-se viva a preocupação com a proteção de dados, tendo em conta a experiência europeia recente que demonstrou que sem a confiança dos cidadãos no mercado europeu e nos seus operadores, bem como nas instituições da UE, o futuro do mercado digital claudicará.

Em particular no domínio saúde, constata-se uma maior preocupação relativamente ao tratamento de dados pessoais, o que se justifica, essencialmente, por três razões. Em primeiro lugar, os dados pessoais tratados em contexto de saúde não assumem todos a mesma natureza. Com efeito, aqueles que mais importam para as finalidades de saúde são, por princípio, os dados relativos à saúde – *“dados pessoais relacionados com a saúde física ou mental de uma pessoa singular, incluindo a prestação de serviços de saúde, que revelem*

⁵⁷ 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, 09 de março de 2021, COM(2021) 118 final.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ Disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_22_2711 [consultado em 06/08/2023].

⁶⁰ COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao Espaço Europeu de Dados de Saúde*, Estrasburgo, 03 de maio de 2022, COM(2022) 197 final, 2022/0140(COD).

⁶¹ Cfr. COSTA, TIAGO BRANCO DA, “O altruísmo (económico?) de dados: breves considerações sobre o espaço europeu de dados de saúde e a proteção de dados pessoais”, em OLIVEIRA, A. SOFIA PINTO & JERÓNIMO, PATRÍCIA (Coord.), *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*, Volume II, Braga, Uminho Editora, 2022, pp. 613-622.

informações sobre o seu estado de saúde” –, que são considerados dados de categorias especiais e, portanto, merecedores de uma tutela acrescida⁶²⁻⁶³.

Em segundo lugar, porque os dados elencados no nº 1 do artigo 9º – *dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa* – estão historicamente associados a experiências e acontecimentos sociais que marcaram, profundamente, a forma como encaramos a dignidade humana e a proteção do indivíduo face ao “tratamento (abusivo) de informações que lhe digam respeito”⁶⁴. Por esta razão, o legislador europeu optou por proibir, por princípio, o tratamento deste tipo de dados pessoais. Contudo, ciente de que o seu tratamento pode ser precioso em determinados contextos (de que prestação de cuidados de saúde constitui exemplo) cuidou de estabelecer, a título excecional, um conjunto de situações que poderão justificar o sobredito tratamento⁶⁵.

Em terceiro lugar, porque, para além dos dados relativos à saúde, os dados genéticos e os dados biométricos podem também ser preciosos em contexto de saúde, e estes, por oferecerem informações únicas sobre o titular dos dados, podem constituir um perigo acrescido para a sua esfera privada

⁶² Cfr. artigo 9º do RGD. Esta tutela tem que ver com o grau de privacidade de que gozam estes dados, *i.e.*, os dados pessoais em questão referem-se à esfera íntima do indivíduo. A este respeito, *Vd. VASCONCELOS, PAIS DE, Direitos de Personalidade*, reimpressão da edição de 2006, Coimbra, Almedina, 2017, p. 80, “Tem sido tentado um critério de determinação do conteúdo do direito à privacidade assente sobre a distinção de três esferas concêntricas: a esfera da vida íntima, a esfera da vida privada e a esfera da vida pública. Na esfera da vida íntima compreender-se-ia o que de mais secreto existe na vida pessoal, que a pessoa nunca ou quase nunca partilha com outros, ou que comunga apenas com pessoas muitíssimo próximas, como a sexualidade, a afetividade, a saúde, a nudez; na esfera da privacidade, que é já mais ampla, incluir-se-iam aspetos da vida pessoal, fora da intimidade, cujo acesso a pessoa permite a pessoas das suas relações, mas não a desconhecidos ou ao público; a esfera pública abrangeria tudo o mais, aquilo a que, na vida de relação e na inserção na sociedade, todos têm acesso”.

⁶³ Por todos, *Vd. GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA*, “Categorías especiales de datos personales: los datos de origen étnico o racial, los datos genéticos, los datos biométricos, los datos relativos a la salud, los datos relativos a la vida sexual y la orientación sexual (comentario al artículo 9.1 RGD)”, em TRONCOSO REIGADA, ANTONIO (dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Tomo I, Navarra, Thomson Reuters, 2021, pp. 1041-1063.

⁶⁴ Cfr. ALVES, JOEL A., *O Novo Modelo de Proteção de Dados Pessoais Europeu - Da Heterorregulação à Autorregulação Publicamente Regulada*, Coimbra, Almedina, 2021, p.24; A este respeito, *Vd. DUPRÉ, CATHERINE, The age of dignity*, Oxford and Portland, HART, 2015, pp. 53 e ss..

⁶⁵ Cfr. artigo 9º nº 2 do RGD.

(sobretudo quando inseridos no mercado digital e aliados a uma tecnologia como a inteligência artificial)⁶⁶.

Não obstante, o regime da proteção de dados não conhece significativos desvios quando estamos perante a sua aplicação no contexto da saúde. Senão vejamos: (i) os princípios gerais contidos no artigo 5º do RGPD- *licitude, lealdade e transparência, limitação das finalidades, minimização dos dados, exatidão, limitação da conservação, integridade e confidencialidade e responsabilidade*⁶⁷ – continuam a ter plena aplicação; (ii) os direitos dos titulares dos dados são igualmente válidos⁶⁸; (iii) os deveres a que o prestador de cuidados de saúde, enquanto responsável pelo tratamento de dados, se encontra adstrito também se verificam presentes⁶⁹.

Ainda assim, há que considerar o princípio da necessidade de conhecer (a informação), consagrado no artigo 29º da LERGPD⁷⁰, de acordo com o qual, no âmbito do tratamento de dados relativos à saúde e de dados genéticos, o acesso deve limitar-se ao estritamente necessário, atenta a finalidade do tratamento. Conforme assinala A. Barreto Menezes Cordeiro⁷¹, não seria necessário o legislador nacional acolhê-lo na lei de execução, já que o mesmo

⁶⁶ *Vd. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, Diretrizes 3/2019 sobre tratamento de dados pessoais através de dispositivos de vídeo*, adotadas em 29 de janeiro de 2020, disponível em https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-32019-processing-personal-data-through-video_pt, p.18 [consultado em 06/08/2023]. “A utilização de dados biométricos, mais concretamente o reconhecimento facial, implica riscos acrescidos para os direitos dos titulares dos dados. É crucial que o recurso a este tipo de tecnologias se faça no devido respeito pelos princípios da licitude, da necessidade, da proporcionalidade e da minimização dos dados, tal como estabelecido no RGPD. Embora a utilização destas tecnologias possa ser considerada particularmente eficaz, os responsáveis pelo tratamento devem, antes de mais, avaliar o seu impacto nos direitos e liberdades fundamentais e ponderar a utilização de meios menos intrusivos para atingir a finalidade legítima do tratamento”.

⁶⁷ A respeito dos princípios, *vd.*, por todos, TERWANGNE, CÉCILE DE, “Article 5. Principles relating to processing of personal data”, em KUNER, CHRISTOPHER, et. al. (ed.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) – A Commentary*, United Kingdom, Oxford University Press, 2020, pp.309-320; CORDEIRO, A. BARRETO M., *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei nº 58/2019*, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 101-107.

⁶⁸ Por todos, *vd. VRABEC, HELENA U., Data Subject Rights under the GDPR*, Uited Kingdom, Oxford University Press, 2021, pp.64 e ss.; CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES, *Direito da Proteção de Dados: À luz do RGPD e da Lei nº 58/2019*, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 256 e ss..

⁶⁹ *Cfr. MONIZ, GRAÇA CANTO, Manual de Introdução à Proteção de Dados Pessoais*, Almedina, 2023, pp. 205 e ss.

⁷⁰ Lei nº 58/2019, de 08 de agosto, que assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento 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 (doravante designada apenas por LERGPD).

⁷¹ *Cfr. CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES, Direito da Proteção de Dados, op.cit.*, p. 253.

decorre do princípio da minimização dos dados e concretiza, de certo modo, o princípio da integridade e da confidencialidade⁷².

Ademais, no nº 6, do citado artigo 29º, da LERGPD, consagrou-se um novo dever que recai sobre o responsável pelo tratamento dos dados – o de “*notificar o titular dos dados de qualquer acesso realizado aos seus dados pessoais e de assegurar a disponibilização desse mecanismo de rastreabilidade e notificação*”.

Por outro lado, o legislador nacional tratou também de regulamentar as bases de dados ou registos centralizados de saúde⁷³, permitindo que os dados relativos à saúde sejam organizados em bases de dados ou registos centralizados assentes em plataformas únicas, desde que estas plataformas cumpram os requisitos de segurança e de inviolabilidade e, por sua vez, os dados sejam tratados para efeitos das finalidades legalmente previstas no RGPD e na legislação nacional⁷⁴.

⁷² *Vd.* ainda COSTA, TIAGO BRANCO DA, “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?”, em FONSECA, ISABEL CELESTE M. & BUJOSA VADELL, LORENZO M. (coord.), *SOCIEDADE, DIREITO(S) E TRANSIÇÃO DIGITAL – II Encontro Ibérico de Doutorandos em Direito da Universidade do Minho e da Universidade de Salamanca*, Braga, Centro de Investigação em Justiça e Governação, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2021, 3-25, pp.17-18. Sobre a sua concretização, estabeleceu o legislador que as medidas e os requisitos técnicos mínimos de segurança devem ser aprovados por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da saúde e da justiça, que deve regulamentar, nomeadamente, as seguintes matérias: (a) estabelecimento de permissões de acesso aos dados pessoais diferenciados, em razão da necessidade de conhecer e da segregação de funções; (b) requisitos de autenticação prévia de quem acede; e (c) registo eletrónico dos acessos e dos dados acedidos (cfr. artigo 29º, nº 7, da LERGPD).

⁷³ Cfr. artigo 30º da LERGPD.

⁷⁴ Cfr. COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, Parecer nº 20/2018, Processo nº 6275/2018, 02 de maio de 2018, pp. 29v. e ss., onde se assinala que “Esta norma surge sem qualquer enquadramento justificativo, designadamente na exposição de motivos, que permita compreender a razão de ser da sua previsão. Este artigo não define os aspetos essenciais do tratamento de dados para que possa ser tida como legitimadora do tratamento: desde logo, não define quem é ou pode ser responsável por tais bases de dados, nem as finalidades das mesmas. O teor aberto da norma permitiria a qualquer entidade, pública ou privada, ou pessoa singular criar uma base de dados de saúde centralizada, o que não pode ser o resultado pretendido pelo legislador nacional, por contrariar a proteção específica e reforçada exigida pelo nº 1 do artigo 9º do RGPD para os dados de saúde. A estas objeções acresce ainda o risco que a centralização de informação clínica sempre importa: o evidente valor económico dos dados de saúde (de grande utilidade para laboratórios farmacêuticos e para seguradoras, por exemplo) é potenciado exponencialmente com a centralização dos mesmos (pela amplitude e maior facilidade de relacionamento da informação), sendo correspondentemente acompanhado pelo aumento do risco de violação dos dados pessoais. (...) É que o risco para os direitos e liberdades dos cidadãos da existência de um tratamento com estas características é suscetível de causar danos com tal intensidade, em especial no que respeita à possibilidade de dar origem a discriminação, a prejuízos para a reputação, perdas de confidencialidade de dados pessoais protegidos por sigilo profissional, ou a quaisquer outros prejuízos importantes de natureza económica ou social, que não podem ser tolerados”. Cfr. CORDEIRO, A. BARRETO M., *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei nº 58/2019*, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 626-627.

Por fim, mas não menos importante, a questão da investigação científica conhece novidades em relação ao regime geral consagrado no RGPD: (i) os direitos de acesso, retificação, limitação do tratamento e de oposição podem ser comprimidos, na medida do necessário, se forem suscetíveis de tornar impossível ou prejudicar gravemente a realização dos fins da investigação; e (ii) o consentimento para o tratamento de dados para fins de investigação científica pode abranger diversas áreas de investigação ou ser dado unicamente para determinados domínios ou projetos de investigação específicos⁷⁵.

3.1. Os dados (pessoais?) como fonte de alimentação da IA

Conforme se assinala, expressamente, no novo considerando 2-A, da Proposta de Regulamento IA, “a inteligência artificial depende frequentemente do tratamento de grandes volumes de dados, e de muitos sistemas e aplicações de IA para o tratamento de dados pessoais”, pelo que estas duas realidades são indissociáveis. Por esta razão, considerou a União Europeia que uma das bases para o Regulamento IA terá de ser, necessariamente, o artigo 16º do TFUE⁷⁶, e que terá de ser respeitado o direito fundamental à proteção de dados pessoais⁷⁷. Aliás, se o objetivo é criar uma inteligência artificial centrada no ser humano, não poderia ser outra a opção.

Toda a informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável é considerada, à luz do RGPD, um dado pessoal⁷⁸. Dentro deste universo, o legislador cuidou de distinguir, desde logo, entre dados de categorias gerais e dados de categorias especiais⁷⁹, estabelecendo disciplinas distintas para o tratamento dos dados de cada uma dessas categorias. Ademais, dentro

⁷⁵ Cfr. MARTÍN URANGA, AMELIA, “Protección de datos y fomento de la investigación científica: la necesidad de un equilibrio adecuado (comentario al artículo 9.2.j) RGPD)”, em TRONCOSO REIGADA, ANTONIO (dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Tomo I, Navarra, Thomson Reuters, 2021, pp. 1219-1248.

⁷⁶ “Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito”. *Vd.* considerandos 2º-A e 2º-B da Proposta de Regulamento IA.

⁷⁷ *Idem, Ibidem*. A este respeito, veja-se o considerando 45-A da Proposta de Regulamento IA, onde se diz, aliás, que “o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais deve ser garantido ao longo de todo o ciclo de vida do sistema de IA”.

⁷⁸ Cfr. artigo 4º, nº 1, do RGPD.

⁷⁹ Cfr. artigo 9º, do RGPD.

delas, agrupou alguns tipos de dados e definiu-os – em especial para o contexto da saúde, *dados genéticos*⁸⁰, *dados biométricos*⁸¹, *dados relativos à saúde*⁸².

No âmbito da utilização da inteligência artificial, a biometria assume uma especial dimensão, sobretudo quando aliada a uma medicina de precisão ou personalizada⁸³, razão pela qual a Proposta de Regulamento IA dedica parte do seu texto a esta questão. Apesar da remissão para o RGPD⁸⁴, o legislador, nesta última versão, não deixou de acrescentar um novo conceito – *dados baseados na biometria*⁸⁵. Em suma, estes dados baseados na biometria “podem, ou não, permitir a identificação ou confirmar a identificação única de uma pessoa singular”⁸⁶, pelo que poderão sujeitar-se, ou não, ao regime legal esboçado para o tratamento de dados de categorias especiais⁸⁷. De qualquer modo, não é despendendo lembrar o entendimento perflhado pelo Comité Europeu para a Proteção de Dados CEPD, a respeito da classificação dos dados como biométricos:

“Para que o tratamento seja considerado um tratamento de categorias especiais de dados pessoais (artigo 9º), é necessário que os dados biométricos sejam tratados «para identificar uma pessoa de forma inequívoca». Em suma, à luz do artigo 4º, ponto 14, e do artigo 9º [do RGPD], há que ter em conta três critérios:

– a natureza dos dados: dados relacionados com as características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa singular,

⁸⁰ Cfr. artigo 4º, nº 13, do RGPD.

⁸¹ Cfr. artigo 4º, nº 14, do RGPD.

⁸² Cfr. artigo 4º, nº 15, do RGPD.

⁸³ *Vd. NUNES, RUI, Ensaios em bioética*, Brasília, Conselho Federal de Medicina (CFM), 2017, p.199, que se refere à «medicina 4P» - “Trata-se da possibilidade criada pela análise do genoma humano de implementar sistemática e articuladamente a Medicina Preditiva, a Medicina Preventiva e a Medicina Participativa contribuindo para nova filosofia, segundo a qual o doente é parceiro verdadeiramente ativo porque geneticamente informado sobre os cuidados de saúde que pode e deve receber, ou seja, uma Medicina Personalizada”.

⁸⁴ Cfr. artigo 3º, §1, ponto 33, em articulação com o considerando 7, da Proposta de Regulamento IA.

⁸⁵ *Vd. artigo 3º §1, ponto 33-A* – “dados resultantes de um tratamento técnico específico relativo às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa singular” –, em articulação com o considerando 7 da Proposta de Regulamento IA – “Os dados baseados na biometria são dados adicionais resultantes de um tratamento técnico específico relacionado com os sinais físicos, fisiológicos ou comportamentais de uma pessoa singular, como expressões faciais, movimentos, frequência cardíaca, voz, digitação ou marcha”, que podem, ou não, permitir a identificação ou confirmar a identificação única de uma pessoa singular”.

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ Cfr. Considerando 24 da Proposta de Regulamento IA.

- *o meio e a forma de tratamento: dados «resultantes de um tratamento técnico específico»,*
- *a finalidade do tratamento: os dados devem ser utilizados para identificar uma pessoa de forma inequívoca.”*

Assim se compreende que a barreira entre «dados biométricos» e «dados baseados na biometria» pode ser ténue. A par disto, temos também de considerar outros termos associados à biometria (e que implicam, necessariamente, o tratamento de dados biométricos e, em alguns casos, de outros “dados sensíveis”): «identificação biométrica»⁸⁸, «verificação biométrica»⁸⁹, «categorização biométrica»⁹⁰ e «sistema de identificação biométrica à distância»⁹¹.

Neste sentido, e ciente do risco que estas operações de tratamento de dados podem representar para os titulares dos dados, o legislador europeu, de entre várias, veio a acolher a proibição de colocação no mercado, de colocação em serviço ou de utilização de sistemas de categorização biométrica,

⁸⁸ *Vd.* artigo 3º, §1, ponto 33-B – “o reconhecimento automatizado de características humanas físicas, fisiológicas, comportamentais e psicológicas para efeitos de determinação da identidade de uma pessoa, comparando os dados biométricos dessa pessoa com os dados biométricos de pessoas armazenados numa base de dados (identificação «um para muitos»)”, em articulação com o considerando 7-A da Proposta de Regulamento IA – “A definição de «identificação biométrica» usada neste regulamento deve ser entendida como o reconhecimento automatizado de características humanas físicas, fisiológicas, comportamentais e psicológicas, tais como o rosto, o movimento dos olhos, as expressões faciais, a forma do corpo, a voz, a fala, a marcha, a postura, a frequência cardíaca, a pressão arterial, o odor, a força dos dedos ao digitar, reações psicológicas (raiva, angústia, tristeza, etc.) com o objetivo de verificar a identidade de um indivíduo, comparando os dados biométricos desse indivíduo com dados biométricos de indivíduos armazenados numa base de dados (identificação de um-para-muitos), independentemente do seu respetivo e prévio consentimento”.

⁸⁹ *Vd.* artigo 3º, §1, ponto 33-C – “a verificação automatizada da identidade de pessoas singulares através da comparação de dados biométricos de uma pessoa com dados biométricos previamente fornecidos (verificação «um para um», incluindo a autenticação)”.

⁹⁰ *Vd.* artigo 3º, §1, ponto 35 – “a classificação de pessoas singulares em categorias específicas, ou a dedução das suas características e atributos com base nos seus dados biométricos ou dados baseados em biometria, ou que possam ser inferidas a partir desses dados”, em articulação com o considerando 7-B da Proposta de Regulamento IA – “A definição de «categorização biométrica» utilizada neste regulamento deve ser entendida como a inserção de indivíduos em categorias específicas, ou o processo de inferir as suas características e atributos, como o género, sexo, idade, cor do cabelo, cor dos olhos, tatuagens, origem étnica ou social, saúde, capacidade mental ou física, traços comportamentais ou de personalidade, características da linguagem, religião, ou pertença a uma minoria nacional, ou orientação sexual ou política, com base nos seus dados biométricos ou de base biométrica, ou que possam ser razoavelmente inferidos a partir desses dados”.

⁹¹ *Vd.* artigo 3º, §1, ponto 36 – “sistema de IA concebido para identificar pessoas singulares à distância por meio da comparação dos dados biométricos de uma pessoa com os dados biométricos contidos numa base de dados de referência, sem que o responsável pela implantação do sistema de IA saiba antecipadamente se a pessoa em causa estará presente e pode ser identificada, excluindo os sistemas de verificação”, em articulação com o considerando 8 da Proposta de Regulamento IA.

que categorizam as pessoas singulares de acordo com atributos ou características sensíveis ou protegidos, ou com base nesses atributos ou características inferidos⁹². Todavia, esta proibição pode resultar afastada quando estejamos perante “sistemas de IA concebidos para serem utilizados para fins terapêuticos aprovados com base no consentimento informado específico das pessoas que lhes são expostas ou, se for caso disso, do seu tutor legal”⁹³. De todo o modo, ainda que não abrangidos pelas proibições previstas no artigo 5º da Proposta de Regulamento IA, devem ser classificados como de risco elevado os sistemas de IA concebidos para serem utilizados na identificação biométrica de pessoas singulares, assim como os sistemas de IA concebidos para serem utilizados para inferir sobre as características pessoais de pessoas singulares com base na biometria ou em dados biométricos, incluindo sistemas de reconhecimento de emoções⁹⁴.

Claro está que a inteligência artificial não se alimenta apenas de dados pessoais, embora, neste particular, seja essa a utilização que nos importa, sem ignorarmos, porém, que a “divisão exata entre dados pessoais e não pessoais nestes conjuntos de dados está a tornar-se cada vez mais ténue, devido à evolução tecnológica”, designadamente no que se refere aos dados relativos à saúde⁹⁵. Neste sentido, quando estejam em causa dados pessoais (ou um conjunto de dados que não permita a destrição entre dados pessoais e dados não pessoais⁹⁶), não poderemos deixar de chamar à colação o regime legal da proteção de dados pessoais.

⁹² Cfr. artigo 5º, nº 1, alínea b-A), da Proposta de Regulamento IA.

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ Cfr. considerando 33-A, da Proposta de Regulamento IA.

⁹⁵ 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, p.11. Sobre a questão da convivência entre dados pessoais e dados não pessoais no contexto do mercado da União, *vide*, entre outros, MASSENO, MANUEL DAVID, “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) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 1, nº 9, 2020, pp. 12-31; COSTA, TIAGO BRANCO DA, *O altruísmo (económico?) de dados...*, *op. cit.*, pp. 613-643.

⁹⁶ Neste sentido, cfr. considerando 2º-A, da Proposta de Regulamento IA, onde se afirma que os Regulamentos (UE) 2016/679 e (UE) 2018/1725, a Diretiva (UE) 2016/680 e a Diretiva 2002/58/CE “constituem a base para um tratamento dos dados sustentável e responsável, nomeadamente nos casos em que os conjuntos de dados contêm uma combinação de dados pessoais e não pessoais”.

3.2. A proteção dos dados pessoais no contexto da saúde digital: em particular na utilização da IA

No que concerne à proteção de dados no contexto da saúde digital, em particular quando falamos da introdução da inteligência artificial no contexto da saúde, devemos ter presente, para facilitar a nossa exposição os diversos momentos da relação estabelecida entre o prestador de cuidados de saúde (responsável pelo tratamento dos dados) e a pessoa em contexto de saúde (titular dos dados): (i) aquando da recolha dos dados; (ii) durante a relação entre o responsável pelo tratamento e o titular dos dados; (iii) término da relação entre o responsável pelo tratamento e o titular dos dados. De entre os três, selecionaremos, os dois primeiros, que apresentam, no nosso entendimento, maiores desafios.

No primeiro momento assinalado, antevemos dificuldades ou desafios relacionados, desde logo, com a questão da licitude do tratamento dos dados. Será que a utilização deste tipo de sistemas de IA poderá estar abrangida pela condição de licitude referente à prestação de cuidados de saúde? Será que esta ferramenta de IA é indispensável àquela prestação de cuidados de saúde? Ou pelo contrário dependerá da adesão voluntária da pessoa em contexto de saúde (titular dos dados)?

De seguida, e com igual relevo, o cumprimento dos deveres de informação que recaem sobre o responsável pelo tratamento dos dados pode sair prejudicado. Com efeito, quando pensamos na introdução e utilização de tecnologia conhecida pela sua opacidade e falta de transparência, por um lado, e com a necessidade de informar detalhadamente o titular dos dados, de entre outros elementos, da existência de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis, bem como da lógica subjacente, importância e consequências de tal tratamento para o titular dos dados, por outro lado, impõe-se a seguinte questão: como poderá o responsável pelo tratamento dos dados assegurar o cumprimento deste seu dever de informação, concretamente no que respeita à lógica subjacente ao sistema de IA e às suas consequências, quando, concomitantemente, se assume que poderá haver uma utilização indevida do mesmo, resultante de comportamentos humanos ou de interações com outros sistemas?⁹⁷

⁹⁷ Cfr. ANDRADE, FRANCISCO, "Análise crítica de alguns aspetos da proposta de regulamento europeu para a inteligência artificial", em SILVA, EVA SÓNIA MOREIRA DA & FREITAS, PEDRO MIGUEL (Eds.), *Inteligência artificial*

Mas esta não é a única questão que poderá surgir neste contexto, uma vez que o artigo 52º da Proposta de Regulamento IA cuidou de estabelecer obrigações de transparência, que deverão ser respeitadas pelos fornecedores e pelos utilizadores dos sistemas de IA. Opacidade, ininteligibilidade não rimam com segurança e confiança, mas têm, necessariamente, de rimar com responsabilidade.

No que diz respeito ao segundo momento e, portanto, ao decurso da relação, devemos ter presente a importância das medidas técnicas e organizativas que os fornecedores e utilizadores dos sistemas de IA devem adotar com vista a garantir a integridade e a confidencialidade dos dados pessoais tratados⁹⁸. Conforme já tivemos oportunidade de referir, a proteção de dados deve ser garantida ao longo de todo o ciclo de vida do sistema de IA, pelo que os princípios da minimização de dados e da proteção desde a conceção e por defeito são fundamentais⁹⁹. Atento o contexto em que operamos, não deixa de causar alguma dúvida e inquietação o desenvolvimento e a utilização de um sistema de inteligência artificial (que quanto mais e melhores dados recolher, melhor resultados poderá oferecer), ao mesmo tempo que se tenta dar cumprimento, por exemplo, ao princípio da minimização dos dados.

Ainda a este respeito, afigura-se relevante a manutenção de registos (em relação aos sistemas de IA de risco elevado), que permitam rastrear o funcionamento do sistema de IA, já que estes devem ser concebidos e desenvolvidos de forma a permitir a supervisão humana (“ferramentas de interface homem-máquina”¹⁰⁰). Do mesmo modo, quando pensamos em sistemas autónomos, capazes de gerar respostas e de apresentar novos resultados com base no

e robótica: desafios para o direito do século XXI, Coimbra, GESTLEGAL, 2022, p.332, “o sistema de Inteligência Artificial pode ter a sua utilização (comportamento) alterada por interações quer com humanos, quer com outros sistemas de Inteligência Artificial. No entanto, estranha-se a referência a “outros sistemas razoavelmente previsíveis”. É que se torna evidente que o grande problema na atuação dos sistemas de Inteligência Artificial será precisamente a alteração comportamental decorrente de interações (sobretudo, as não previsíveis) com humanos ou outros sistemas autónomos de Inteligência Artificial. A este respeito, seria até mais do que conveniente uma qualquer referência aos estados cognitivos e intencionais do software ou à consideração das razões que podem levar o software a atuar de um determinado modo”.

⁹⁸ Cfr. Considerando 45-A da Proposta de Regulamento IA, onde se acrescenta que “Essas medidas devem incluir não só a anonimização e a cifragem mas também a utilização de tecnologias cada vez mais disponíveis, que permitem a introdução de algoritmos nos dados e a obtenção de informações valiosas sem a transmissão entre as partes ou a cópia desnecessária dos próprios dados em bruto ou estruturados”.

⁹⁹ Neste sentido, cfr. considerando 45 da Proposta de Regulamento IA.

¹⁰⁰ Cfr. artigos 12º e 13º da Proposta de Regulamento IA.

conjunto de dados recolhidos e tratados, pela interação com o homem ou com a máquina (ou outros sistemas de IA) também não deixa de ser preocupante a questão da segurança dos dados, pelo que se prescreve (ainda que em relação aos sistemas de IA de risco elevado) a necessidade de garantir a (exatidão, solidez e) cibersegurança do sistema, impedindo tentativas de terceiros não autorizados de alterar a utilização do sistema ou desempenho, atendendo às circunstâncias e aos riscos de cada caso¹⁰¹.

3.3. A responsabilidade civil pelo tratamento de dados pessoais no contexto da saúde digital

Um dos princípios basilares em matéria de tratamento de dados pessoais é o princípio da responsabilidade, de acordo com o qual o responsável pelo tratamento dos dados é responsável pelo cumprimento de todos os princípios consagrados no artigo 5º do RGPD (e demais regras que os concretizam), pela demonstração desse cumprimento¹⁰², e ainda pelo ressarcimento dos danos que possam resultar da violação do RGPD.

A par deste princípio (e porque o seu conteúdo, como se explicou, contende com todos os demais), o princípio da integridade e da confidencialidade sujeita o responsável pelo tratamento dos dados ao tratamento de forma segura, isto é, mediante a necessária proteção contra o tratamento não autorizado ou ilícito, a perda, a destruição ou danificação accidental. Esta segurança do tratamento deve ser assegurada pela adoção das medidas técnicas e organizativas adequadas a assegurar e comprovar que o tratamento dos dados é feito em conformidade com o RGPD¹⁰³. Assim, para o que aqui nos importa, este princípio da responsabilidade implica para o responsável pelo tratamento dos dados: (i) tratar dados de forma segura, adotando para o efeito as medidas técnicas e organizativas adequadas à proteção contra o tratamento não autorizado ou ilícito, a perda, a destruição ou danificação accidental; (ii) registar todas as atividades de tratamento sob a sua responsabilidade; (iii) comprovar o cumprimento das regras referentes ao tratamento

¹⁰¹ Cfr. Artigo 15º da Proposta de Regulamento IA.

¹⁰² Cfr. artigo 5º, nº 2, em articulação com o artigo 82º, do RGPD.

¹⁰³ *Vd.* Artigo 24º do RGPD.

dos dados; (iv) responder pelos danos causados aos titulares em virtude da violação do RGPD.

No que tange à responsabilidade civil pela violação do RGPD, devemos começar por assinalar a amplitude da responsabilidade que resulta, desde logo, do termo empregue pelo legislador no artigo 82º do RGPD – *tratamento que viole o regulamento*. A pergunta que se impõe é: o que significa violar o RGPD? Apesar da relação que estabelecemos entre o princípio da responsabilidade e o direito de indemnização e responsabilidade consagrada no artigo 82º, a violação ao regulamento não deve ser apenas entendida como uma violação dos princípios fundamentais consagrados no artigo 5º do RGPD. Ainda que possamos estar perante uma situação em que a infração ao regulamento não consubstancie, pelo menos de forma direta e evidente, uma infração aos princípios fundamentais do artigo 5º, a mesma deve ser considerada relevante para efeitos de apuramento da responsabilidade civil ao abrigo do artigo 82º do RGPD¹⁰⁴.

Sem prejuízo do que acabámos de referir, o próprio RGPD tratou de estabelecer uma “isenção” a esta responsabilidade, nos casos em que o responsável pelo tratamento dos dados (ou o subcontratado) provar que *não é de modo algum responsável pelo evento que deu origem aos danos*¹⁰⁵. Se estamos perante (i) um evento; (ii) ilícito, na medida em que viola o RGPD; (iii) que causa danos¹⁰⁶; e (iv) há umnexo causal entre o evento e os danos; então, demonstrar que *não é de modo algum responsável pelo evento que deu origem*

¹⁰⁴ Cfr. COELHO, CRISTINA PIMENTA, “Anotação ao artigo 82º”, em PINHEIRO, ALEXANDRE SOUSA (coord.), *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, Almedina, 2018, pp. 635-636; CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES, *Direito da Proteção de Dados...*, op. cit., p. 383, “O campo de aplicação material do artigo 82º compreende, para além de violações dos RGPD, todos os outros tratamentos – na mesma aceção ampla – que violem os atos delegados e de execução adotados nos termos do RGPD, bem como o Direito dos Estados-Membros que dê execução a regras do RGPD”.

¹⁰⁵ Cfr. artigo 82º do RGPD.

¹⁰⁶ A este respeito, *vd.* TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, Acórdão de 04 de maio de 2023, Processo C-300/21, *UI contra Österreichische Post AG*, onde se afirma que: “A simples violação das disposições deste regulamento não é suficiente para conferir um direito de indemnização”; “Os artigos 77.º e 78.º do RGPD (...) preveem vias de recurso interpostos numa ou contra uma autoridade de controlo, em caso de alegada violação deste regulamento, sem que aí seja mencionado que o titular dos dados deve ter sofrido um «dano» ou um «[prejuízo]» para poder interpor esses recursos, contrariamente aos termos utilizados no referido artigo 82.º no que respeita às ações de indemnização”; “Não é menos verdade que a interpretação assim acolhida não pode ser entendida no sentido de que um titular dos dados, afetado negativamente pela violação do RGPD, esteja dispensado de demonstrar que essas consequências negativas constituem um dano imaterial”; “[O artigo 82º opõe-se a uma] norma ou a uma prática nacional que subordina a indemnização de um dano imaterial, na aceção desta disposição, à condição de o dano sofrido pelo titular dos dados atingir um certo grau de gravidade”.

aos danos só pode significar que o responsável pelo tratamento, para ficar isento de responsabilidade, tem de demonstrar que não agiu de forma dolosa, nem negligente. No entanto, nos casos em que se verifique a intervenção de terceiros (*v.g.* acesso ilegítimo), poderá ser possível (pelo menos em tese) acionar a sua responsabilidade civil e/ou penal.

Ainda no que se refere à responsabilidade civil, deve-se sublinhar que o titular dos dados está duplamente protegido, na medida em que poderá acionar diretamente o responsável pelo tratamento dos dados e/ou o subcontratado¹⁰⁷, pois estamos perante uma responsabilidade solidária¹⁰⁸. No entanto, conforme assinala Mafalda Miranda Barbosa¹⁰⁹, “lidando com sistemas autónomos, as lesões podem ser causadas pela corrupção de dados provocada pelo funcionamento algorítmico”, pelo que a expectativa de ressarcimento do titular dos dados poderá sair gorada à luz do regime legal constante do RGPD ou do Código Civil.

4. Conclusões

O fenómeno disruptivo-digital em curso – uma espécie de *El niño tecnológico* – augura uma transformação perpétua da sociedade em que vivemos e, no seu seio, alguns setores são, inelutavelmente, mais permeáveis à sua presença, como claramente parece ser o caso do setor da saúde. O ecossistema de ferramentas e serviços que utilizam tecnologias de informação e comunicação centradas na melhoria dos cuidados de saúde proporcionados ao doente e na gestão ótima do sistema de saúde como um todo fazem hoje parte integrante do universo clínico. Neste particular, apesar da inegável complementaridade no que respeita ao diagnóstico e tratamento de enfermidades, na disseminação e acesso a cuidados de saúde por banda dos mais vulneráveis, na instituição de farmacologia e medicina personalizada, na

¹⁰⁷ Cfr. artigo 82º, do RGPD.

¹⁰⁸ Sem prejuízo do eventual direito de regresso entre o responsável pelo tratamento de dados e subcontratado. Neste sentido, *Vd. COELHO, CRISTINA PIMENTA, Anotação ao artigo 82º...*, *op. cit.*, p. 637.

¹⁰⁹ BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “Proteção de dados e inteligência artificial (também a propósito do ChatGPT)”, em *Revista de Direito Comercial*, 2023, 753-802, disponível em: <https://www.revistadedireitocomercial.com/protacao-de-dados-e-inteligencia-artificial>, [consultado em 11.08.2023], p.788; e ainda, a respeito da Diretiva Responsabilidade da IA, pp. 799 e ss..

impressiva medicina de precisão, na criação de dispositivos IoHT, ou na predição e prevenção de surtos epidêmicos, emergem da utilização das TIC desafios ímpares no concernente à conceção, registo e certificação de novos *wearables* clínicos assistidos por IA, no uso e recurso crescente à robótica baseada na mesma tecnologia, sem olvidar as dificuldades que se vêm fazendo sentir no que diz respeito à subsunção do apontado desiderato tecnológico ao quadro legal vigente em matéria de recolha, tratamento e partilha de dados pessoais em ambientes colaborativos (*Big Data*).

Nesta senda, a União Europeia tem procurado pôr em prática uma abordagem normativa da tecnologia servida por IA, atentos os riscos associados ao seu emprego, tentando, concomitantemente, permitir que o progresso científico seja cultivado de forma sã, dentro das margens delimitadas pelos valores da União. Destacam-se, assim, a proposta de Regulamento sobre Inteligência Artificial, bem como a proposta de Diretiva para a Responsabilidade Civil em assuntos de IA.

No que tange à responsabilidade civil pela utilização da IA no setor da saúde, e sem prejuízo dos avanços que se venham a registar neste contexto, pugnamos, por ora, pela necessidade do legislador europeu ou, na sua ausência, o legislador nacional, prefigurar a previsão de um cenário assente na responsabilidade objetiva, como *iter* mais eficaz no combate e prevenção dos complexos riscos multipolares emergentes da utilização de sistemas baseados em IA.

Sem prejuízo do que resulta expresso, não nos negamos, todavia, a colocar o “dedo na ferida”. O modelo de responsabilidade civil projetado para os danos advindos da utilização de sistemas de AI é, por agora, uma realidade retórica. Tem cabido ao intérprete construir o que pode, servindo-se do que tem. Por uso de diferente verbo, a inteligência artificial tem merecido, por aquele a quem compete legislar, uma resposta artificial.

A falta de confiança dos cidadãos em matéria de proteção da privacidade e segurança e, por conseguinte, o impacto negativo no desenvolvimento do mercado digital deram o mote para a reforma do quadro legal atinente à proteção de dados pessoais na União.

O regime da proteção de dados oferecido pelo RGPD não conhece significativos desvios quando estamos perante a sua aplicação no contexto da saúde: (i) os princípios gerais contidos no artigo 5º – *licitude, lealdade e*

transparência, limitação das finalidades, minimização dos dados, exatidão, limitação da conservação, integridade e confidencialidade e responsabilidade – continuam a ter plena aplicação; (ii) os direitos dos titulares dos dados são igualmente válidos; (iii) os deveres a que o prestador de cuidados de saúde, enquanto responsável pelo tratamento de dados, se encontra adstrito também se verificam presentes. Todavia, o tratamento de dados pessoais em contexto de saúde, designadamente quando associados a tecnologias de IA, merece particular atenção, mormente pela natureza dos dados que frequentemente são objeto de tratamento. Com efeito, no âmbito da utilização da inteligência artificial, a biometria assume uma especial dimensão, sobretudo quando aliada a uma medicina de precisão ou personalizada, o que poderá ser preocupante, uma vez que os dados biométricos (tal como os dados genéticos) oferecem informações únicas sobre o titular dos dados.

Antevemos que a introdução e a utilização de tecnologia conhecida pela sua opacidade e falta de transparência poderá colocar desafios ao nível dos deveres de informação (existência de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis; lógica subjacente, importância e consequências do tratamento de dados para o titular dos dados); quando se assume, designadamente, a possibilidade de utilização indevida dos sistemas de IA, resultante de comportamentos humanos ou de interações com outros sistemas. Ao mesmo tempo, as medidas técnicas e organizativas que os fornecedores e utilizadores dos sistemas de IA devem adotar com vista a garantir a integridade e a confidencialidade dos dados pessoais tratados serão fundamentais, já que a proteção de dados deve ser garantida ao longo de todo o ciclo de vida do sistema de IA.

O princípio da responsabilidade consagrado no RGPD implica para o responsável pelo tratamento dos dados: (i) tratar dados de forma segura, adotando para o efeito as medidas técnicas e organizativas adequadas à proteção contra o tratamento não autorizado ou ilícito, a perda, a destruição ou danificação acidental; (ii) registar todas as atividades de tratamento sob a sua responsabilidade; (iii) comprovar o cumprimento das regras referentes ao tratamento dos dados; (iv) responder pelos danos causados aos titulares em virtude da violação do RGPD. Contudo é necessário ponderar a aplicação dos regimes legais constantes do RGPD e do Código Civil, no sentido de perceber se os mesmos são aptos a responder aos desafios colocados pela IA.

Em suma: “a inteligência artificial deve ser uma ferramenta ao serviço das pessoas e uma força positiva para a sociedade com o objetivo final de aumentar o bem-estar dos seres humanos”¹¹⁰, pelo que o nosso justificado receio se deve prender não propriamente com o aparecimento e desenvolvimento destas novas tecnologias, mas antes com as causas a que as mesmas podem servir¹¹¹.

¹¹⁰ Cfr. Proposta de Regulamento IA, exposição de motivos, ponto 1.1., §2.

¹¹¹ Na expressão de ALVES, JOEL A., *O Novo Modelo de Proteção de Dados Pessoais Europeu...*, *op. cit.*, p. 23, “a lógica de “domínio total” preconizada por regimes como o Third Reich veio a atingir o seu máximo expoente, demonstrando ao mundo que tudo é possível – mormente, quando o progresso da ciência e da técnica é colocado ao serviço das causas erradas”.

O DIREITO ANTE A COMERCIALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES ESPACIAIS: NOVAS TECNOLOGIAS, VELHOS PROBLEMAS?

Bruno Reynaud de Sousa¹
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.148.8>

Resumo: O presente capítulo foca a regulamentação jurídico-internacional das atividades espaciais. Se durante décadas a inovação em matéria de tecnologias espaciais foi liderada pelo setor público, mais recentemente o contributo do setor privado para o progresso tecnológico gerou uma singular dinâmica de comercialização do espaço exterior, que levou ao surgimento de termos como “economia do espaço”, “setor do espaço” ou “empresa espacial”. Principiando com uma breve caracterização da chamada terceira era espacial, o presente capítulo apresenta sucintamente o regime jurídico-internacional aplicável às atividades espaciais no sentido de analisar duas questões a título principal. Em primeiro lugar, é equacionada a ausência de consenso jurídico-internacional quanto à delimitação interna do espaço exterior. Seguidamente, é abordado o regime jurídico-internacional em matéria de registo de objetos espaciais à luz das especificidades da dinâmica de comercialização caracterizada. O capítulo conclui que na terceira era espacial, as respostas mais eficazes aos desafios enunciados serão mais provavelmente geradas ao nível do Direito Interno. Não obstante, não poderá ser afastada a possibilidade de no quadro comunitário, se buscarem soluções com base no Direito da União Europeia.

¹ Professor Convidado

1. Introdução

Hodiernamente, o espaço é por vezes percecionado, sobretudo por parte da comunidade científica, como sendo “um faroeste”². Esta expressão remete evidentemente para um período da história dos EUA marcado pela expansão territorial para o Oeste, onde era ténue a presença do Estado nas longínquas fronteiras que os pioneiros privados desbravavam com recurso frequente à violência.

Por um lado, graças ao investimento privado, os avanços registados na tecnologia de lançamento espacial permitiram o surgimento dos astronautas privados e de novos *astroturistas*. Simultaneamente, a ficção científica acha-se transportada para a realidade sob a forma de projetos privados para a colonização humana do planeta Marte. Uma leitura crítica desta nova realidade conduz parte da comunidade científica a concluir que o espaço terá deixado de ser exclusivamente o apanágio de toda a Humanidade para ser também o apanágio de um grupo de multimilionários com ilusões de grandeza.

Por outro lado, há que considerar a componente de violência necessária à plena concretização da citada perceção. É facto que um grupo muito reduzido de Estados tem um historial de uso limitado da força no espaço exterior, se bem que dirigido exclusivamente contra objetos espaciais próprios. Especificamente, estão em causa os testes de armamento antissatélite (ASAT) realizados pelos Estados Unidos da América (EUA), pela Federação da Rússia, pela República Popular da China (RPC) e pela União Indiana. Em bom rigor, o Direito Internacional não proíbe que um Estado destrua os seus próprios satélites, datando o mais recente teste de armamento ASAT do dia 15 de novembro de 2021, sob responsabilidade da Federação da Rússia³. Ante o risco mais elevado que estes testes representam no contexto da comercialização das atividades espaciais, os EUA deram o importante passo de anunciarem a renúncia unilateral à realização destes testes de armamento,

² JORNAL DE NEGÓCIOS, “David Sobral: “O Espaço É Hoje Uma Espécie De Faroeste”,” 19 de agosto de 2022, <https://www.jornaldenegocios.pt/weekend/detalhe/david-sobral-o-espaco-e-hoje-uma-especie-de-faroeste>.

³ EUA, “Russian Direct-Ascent Anti-Satellite Missile Test Creates Significant, Long-Lasting Space Debris,” U.S. Space Command Public Affairs Office, 15 de novembro de 2021, <https://www.spacecom.mil/Newsroom/News/Article-Display/Article/2842957/russian-direct-ascent-anti-satellite-missile-test-creates-significant-long-last/>.

convidando todas as outras potências espaciais detentoras desta capacidade a renunciar em termos semelhantes⁴.

Malgrado o desconforto que geram nalguns setores da comunidade espacial, estas são atividades espaciais que não ocorrem no vazio legal – bem pelo contrário. Em primeiro lugar, o espaço é um dos raros casos em que o Direito Internacional se antecipou à realidade que pretendia regular, com o primeiro instrumento jurídico-internacional a surgir em 1967, cerca de dois anos antes da primeira presença humana na superfície lunar. Quando o “grande salto para a Humanidade” teve lugar, estava já resolvida uma questão central suscitada pela aterragem de astronautas de um Estado num corpo celeste: a da apropriação. Com efeito, o *Tratado sobre os Princípios Que Regem as Atividades dos Estados na Exploração e Utilização do Espaço Exterior, Incluindo a Lua e Outros Corpos Celestes* (1967) (doravante Tratado sobre o Espaço Exterior) havia consagrado no seu Artigo II o princípio da inapropriabilidade, tendo tornado insustentável qualquer pretensão territorial sobre corpos celestes incluindo a Lua. Acresce que, do Artigo VI, do Tratado sobre o Espaço Exterior citado, decorre para os Estados-parte a obrigação de, em sede de Direito Interno, regulamentar as atividades espaciais. Nos EUA, a título de exemplo, a colocação de um satélite em órbita é uma atividade espacial sujeita a significativas exigências e objeto de rigoroso escrutínio.

Ao nível federal dos EUA existem três entidades da Administração Pública com competências em matéria de licenciamento e autorização de atividades espaciais, a saber: a Administração Federal de Aviação (com competência em matéria de lançamento e reentrada de objetos espaciais); a Administração Atmosférica Oceânica Nacional (com competência em matéria de deteção remota); e, a Administração Federal das Comunicações (com competência em matéria de telecomunicações com utilização do espectro rádio). Acresce ainda a circunstância de ao nível estadual haver a necessidade de interagir com outras entidades, por exemplo na medida em que tenham competências sobre infraestruturas tais como portos espaciais. Sendo certo que os EUA concentram um número de empresas diretamente envolvidas

⁴ EUA, “New U.S. Commitment on Destructive Direct-Ascent Anti-Satellite Missile Testing,” The White House, 18 de abril de 2022, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/04/18/fact-sheet-vice-president-harris-advances-national-security-norms-in-space/>.

em atividades espaciais superior ao conjunto do resto do mundo, é difícil consubstanciar a afirmação de que o espaço é um “faroeste”.

Nos últimos quinze anos, porém, os diferentes avanços tecnológicos proporcionados pela comercialização levaram a uma surpreendente democratização do acesso ao espaço exterior. A maior capacidade de lançamento, aliada à miniaturização dos componentes conduziu a um aumento excepcional do número das partes interessadas no espaço, com a novidade de abranger pessoas coletivas e inclusivamente pessoas singulares. Cerca de cinco a sete dezenas de milhares de euros bastam para colocar um satélite de pequenas dimensões em órbita. Mais surpreendente, talvez, é o facto de hoje haver satélites de dimensões extremamente reduzidas que, se bem que com funcionalidades muito limitadas, estão acessíveis a qualquer pessoa por cerca de mil euros⁵. Com efeito, a comercialização tornou as tecnologias espaciais acessíveis a qualquer Estado no mundo, sendo o Uganda ou o Zimbabué exemplos recentes desta nova realidade⁶.

As relações internacionais contemporâneas têm vindo a demonstrar o contributo que a comercialização do espaço tem aportado à segurança e defesa. A Guerra da Ucrânia surgiu como a *primeira guerra transparente* da humanidade, graças aos avanços nas tecnologias espaciais, nomeadamente em matéria de conectividade e de observação terrestre: qualquer cidadão no mundo pode escrutinar, opinar, e apoiar a guerra com um *smartphone*, ao passo que nos órgãos de comunicação social e redes sociais as imagens de satélite passaram a surgir quase diariamente permitindo um escrutínio sem precedentes da conduta das partes no conflito. O acesso à internet via satélite enquanto serviço prestado pela empresa *SpaceX*, teve um inegável efeito multiplicador da capacidade de combate das forças ucranianas, ao passo que impediu o isolamento comunicacional das populações.

O presente capítulo principia por uma caracterização da comercialização das atividades espaciais, analisando uma dinâmica que, em bom rigor, principiou há cerca de um século atrás. Seguidamente, o regime

⁵ INTERESTING ENGINEERING, “Send Your Own Satellite to Space for Just \$1000,” 10 de abril de 2016, <https://interestingengineering.com/science/send-own-satellite-space-just-1000>.

⁶ ONU, “Zimbabwe and Uganda Launched Their First Satellites: Zimsat-1 and Pearlaficasat-1,” Office for Outer Space Affairs – UN-SPIDER Knowledge Portal, 08 de novembro de 2022, <https://www.un-spider.org/news-and-events/news/zimbabwe-and-uganda-launched-their-first-satellites-zimsat-1-and-pearlaficasat-1>.

jurídico-internacional aplicável às atividades espaciais é apresentado a fim de permitir o aprofundamento de algumas questões jurídicas amplificadas pela extraordinária dinâmica de comercialização das atividades espaciais. Entre outras, revestem-se de relevância a questão da ausência de consenso quanto à delimitação interna do espaço exterior, assim como a questão da aparente desadequação do regime jurídico-internacional relativo ao registo de objetos espaciais.

2. A comercialização das atividades espaciais e a terceira era espacial

O espaço é a futura fronteira da economia global e da sociedade internacional⁷, sendo que à escala mundial as sociedades estão crescentemente dependentes de serviços prestados com recurso a tecnologias espaciais⁸. Na última década e meia, o setor do espaço constituiu-se num dos mais promissores da economia global, graças a uma rápida dinâmica de crescimento que abrange a indústria, a investigação científica e os serviços financeiros⁹.

No âmbito do presente capítulo temos em especial atenção aquelas atividades espaciais que implicam a colocação de um satélite na órbita mais próxima do planeta Terra. Em termos gerais, há a considerar a *órbita terrestre baixa (OTB)*, a *órbita terrestre média (OTM)*, a *órbita elíptica de grande excentricidade (OEGE)*, e a *órbita terrestre geoestacionária (OTG)*. A OTB situa-se entre 160 km e 2000 km acima da Terra sendo utilizada para a colocação em órbita de satélites de deteção remota e, mais recentemente, para as constelações de grande dimensões de satélites de telecomunicações para a prestação do serviço de internet via satélite. Esta órbita acomoda a Estação Espacial Internacional, localizada a cerca de 400km acima da Terra. A OTM situa-se entre 2000 km e menos de 35786 km e é quase exclusivamente utilizada para a colocação em órbita de satélites de navegação. A OEGE tem cerca de

⁷ GROUP OF SEVEN, *Carbis Bay G7 Summit Communiqué: Our Shared Agenda for Global Action to Build Back Better (11-13 June 2021)* (2021). §31

⁸ COMISSÃO DA UNIÃO EUROPEIA/PwC, *Dependence of the European Economy on Space Infrastructures*, by EU (Brussels: EU Commission, March 2017). European Space Agency, *Dependence of the European Economy on Space Infrastructures* (2021).

⁹ UE, *New Space for People*, Conclusões do Conselho da UE de 04 de maio de 2021 (2021).

40000 km no seu ponto mais distante da Terra e é útil por exemplo para a cobertura da região do Ártico. Por fim, a OTG está localizada precisamente a 35786 km de distância face ao equador do planeta, órbita em que um satélite, uma vez colocado, permanecerá estacionário na respetiva posição relativamente à superfície terrestre. Por conseguinte, a OTG é frequentemente utilizada para a colocação de satélites de telecomunicações, pois permite uma cobertura contínua de uma determinada zona da Terra.

O progresso científico e tecnológico alcançado ao longo dos anos tem sido o catalisador para uma aceleração notável das descobertas e a criação de novas tecnologias, possibilitando que um crescente número de empresas privadas entre no setor do espaço. Neste contexto, termos como “economia do espaço”, “setor do espaço” e “empresa espacial” são frequentemente utilizados. Subsiste, porém, uma significativa fluidez conceptual porquanto inexistente uma definição precisa de cada um dos três conceitos¹⁰. Desde logo, uma empresa espacial não é exclusivamente uma empresa que fabrique, lance ou opere satélites. A título de exemplo, pode questionar-se em que medida a *Apple* pode ser considerada uma empresa espacial, sendo certo que o último modelo de telemóvel desta empresa comporta a funcionalidade de conexão direta a satélites de telecomunicações. Em termos semelhantes, prevê-se que a constelação *Starlink* da empresa *SpaceX* venha a providenciar conectividade via satélite de modo direto aos automóveis da empresa *Tesla*. Nestes termos, a dúvida surge quanto a como classificar a empresa do setor automóvel a partir do momento em que o respetivo modelo de negócio passe claramente a depender de tecnologias espaciais.

Por conseguinte, delimitar a “economia do espaço” é um exercício dificultado pelo grau de dependência das tecnologias espaciais verificado em diferentes setores económicos, ao que acresce o modo como estas tecnologias são crescentemente alavancadas¹¹. Quanto ao “setor do espaço” a delimitação conceptual variará consoante a abordagem seja do ponto de vista da cadeia de valor, ou a partir do ponto de vista do segmento de mercado. De acordo com o primeiro ponto de vista, o setor do espaço divide-se entre o setor a

¹⁰ De modo aprofundado, cf. JOEL S. GREENBERG, e HENRY R. HERTZFELD, eds., *Space Economics*, vol. 144, *Progress in Astronautics and Aeronautics*, ed. A. Richard Seebass (Washington, D.C.: American Institute of Aeronautics and Astronautics, 1992).

¹¹ GREENBERG, e HERTZFELD.

montante (*upstream*), e o setor a jusante (*downstream*). Noutros termos, de acordo com o segundo ponto de vista teremos essencialmente três segmentos de mercado: lançamento; satélites (p. ex.: fabrico); e, serviços prestados por satélites¹².

À fluidez conceptual acresce o facto da visão dos “barões do espaço”¹³ do século XXI – Richard Branson, Elon Musk, Jeff Bezos – não ser muito diferente da visão dos pioneiros espaciais da década de 1920 como Hermann Oberth, Willy Ley, Hermann Potocnik e Konstantin Tsiolkovsky¹⁴. Sucede é que, mais recentemente, a dinâmica de comercialização apresenta características únicas que permitiram a entrada numa nova fase da presença da humanidade no espaço: a “terceira era espacial”¹⁵. Se durante longas décadas a inovação no setor de espaço foi liderada pelo setor público, com a tecnologia ao serviço das prioridades políticas¹⁶, os anos 2000 representaram o início de uma nova dinâmica com a inovação novamente a ser liderada pelo setor privado.

Diversas empresas têm embarcado em projetos extremamente ambiciosos, como sejam a mineração de corpos celestes, ou o estabelecimento de uma presença humana permanente na Lua e em Marte. No curto-prazo, a implementação de soluções tecnológicas espaciais inovadoras permitirá prolongar significativamente a vida útil de satélites de grandes dimensões, resultando numa maior eficiência e na economia de recursos. Este novo tipo de atividades espaciais é particularmente importante, considerando o papel essencial que os satélites mais antigos continuam a desempenhar em matéria de telecomunicações, observação terrestre, meteorologia e outras aplicações cruciais para a sociedade moderna.

¹² GREENBERG, E HERTZFELD.

¹³ CHRISTIAN DAVENPORT, *The Space Barons: Elon Musk, Jeff Bezos, and the Quest to Colonize the Cosmos*, First edition. ed. (New York: PublicAffairs, 2018).

¹⁴ JEFF MANBER, *From the Earth to Mars – the Surprising History of the Rocket Pioneers Who Launched Humanity into Space* (Washington D.C. : Multiverse Publishing, 2023).

¹⁵ TODD HARRISON, *Understanding the Third Space Age*, vol. May 2023 (Metrea Strategic Insights, 2023).

¹⁶ MANBER.

2.1. A terceira era espacial

O lançamento do satélite Sputnik I é o facto que marca o início da primeira era espacial, que abrange o longo período entre 1957 e 1990¹⁷. Este período, ficou marcado pelo domínio dos EUA, Estado responsável por 96% dos lançamentos orbitais e por 93% dos satélites colocados em órbita¹⁸. Contrastando bem com a terceira era espacial e a dinâmica de comercialização que lhe assiste, é de salientar que 65% dos mais de 4.000 satélites lançados na primeira era espacial se destinavam a missões militares e de recolha de informações¹⁹.

Em 1991, a dissolução da União Soviética teve como reflexo a diminuição acentuada do número de lançamentos, facto que marca o início da segunda era espacial que se prolongou até meados da década de 2010²⁰. Foi um período em que os sistemas espaciais comerciais começaram a desempenhar um papel mais visível, correspondendo a 30% de todos os satélites lançados, ao passo que nas décadas da primeira era espacial os satélites privados correspondiam apenas a 5% do total de satélites colocados em órbita²¹.

Desde meados da década de 2010 em diante, o surgimento de satélites de pequenas dimensões conduziu a uma nova forma de aproveitamento da OTB sob a forma de constelações de satélites na ordem das dezenas ou centenas. Por sua vez, este novo modelo de missão espacial impulsionou o número de lançamentos de objetos espaciais, alavancando o aumento da capacidade efetiva de lançamento decorrente de novos sistemas de lançamento desenvolvidos por empresas privadas²², alguns dos quais assentes num modelo de reutilização parcial. Essencialmente, quando no passado o mais comum era ter um número muito reduzido de satélites ao dispor, as empresas privadas começaram a oferecer serviços inovadores graças à possibilidade de colocar em órbita grandes constelações compostas por satélites de pequenas dimensões, lançados por empresas privadas que desenvolveram tecnologias de lançamento muito competitivas.

¹⁷ HARRISON.

¹⁸ HARRISON. p. 1

¹⁹ HARRISON. p. 1

²⁰ HARRISON, cit.

²¹ HARRISON. p.1.

²² HARRISON. p. 2.

Estatisticamente, entre 2011 e 2020, foram lançados 3.968 satélites de massa variável, totalizando cerca de 4.000 toneladas²³. O ano de 2020 foi particularmente notável, porquanto 40% de todos os satélites de pequenas dimensões lançados nos dez anos precedentes foram lançados neste ano²⁴. Concretamente, foram lançados 1.282 satélites em 2020, totalizando cerca de 554 toneladas, 94% dos quais corresponderam a satélites de pequenas dimensões (com massa igual ou inferior a 600 kg), por sua vez correspondendo a 43% do volume total²⁵.

Com efeito, o impacto da comercialização refletiu-se de modo mais evidente no segmento do lançamento de objetos espaciais. Isto mesmo pode ser demonstrado através de uma métrica particularmente elucidativa: a capacidade efetiva de lançamento²⁶. Ou seja, o dado estatístico determinante é a massa que teria sido lançada se todos os lançamentos que ocorreram fossem usados para colocar em órbita objetos espaciais de massa correspondente à carga útil máxima de cada respectivo veículo espacial em particular e por lançamento²⁷.

De acordo com esta métrica, a capacidade global anual – ou seja, a massa total suscetível de em abstrato ser colocada em órbita – aumentou de entre 800 a 900 toneladas anuais na década de 2010, para um máximo histórico de mais de 1.800 toneladas em 2022²⁸. Esta tendência de crescimento deverá manter-se, especialmente se o sistema de lançamento *Starship* da *SpaceX* atingir os marcos de desenvolvimento projetados, introduzindo no mercado uma capacidade adicional notável correspondente a 100 toneladas por lançamento²⁹.

Nos últimos anos, esta dinâmica de comercialização contribuiu para o que o espaço esteja mais congestionado, sendo um domínio contestado onde os Estados competem já não apenas entre si, mas também a par de um

²³ BRYCETECH, "Smallsats by the Numbers 2021," 2021, <https://brycetechnology.com/reports>.

²⁴ Union of Concerned Scientists, *Ucs Satellite Database, In-depth details on the 4,550 satellites currently orbiting Earth, including their country of origin, purpose, and other operational details* (2021).

²⁵ BRYCETECH, cit.

²⁶ HARRISON, cit..

²⁷ HARRISON. p. 3.

²⁸ HARRISON. p. 4.

²⁹ HARRISON, cit.

crescente número de empresas privadas³⁰. A OTB concentra atualmente mais de 4.550 satélites ativos³¹, e empresas privadas como a *SpaceX*, a *Blue Origin* e a *Rocket Labs* têm lançamentos mais bem-sucedidos do que a maioria das economias do G7 e Estados como a Índia, cuja base tecnológica espacial apresenta um considerável grau de desenvolvimento³². Por fim, é de sublinhar que esta dinâmica é significativamente apoiada por alguns Estados, uma vez que os incentivos governamentais à economia espacial (por exemplo, incentivos fiscais) são quase exclusivamente orientados para os serviços de lançamento enquanto atividade espacial.

Nos próximos cinco anos, espera-se que os custos de acesso ao espaço diminuam, levando a um maior número de satélites ativos na OTB. O objetivo anunciado pela *SpaceX* é colocar em órbita um espantoso máximo de 42.000 satélites de telecomunicações *Starlink*. Por sua vez, a empresa chinesa *SatNet* pretende colocar em órbita até 12.992 satélites, ao passo que a *OneWeb* submeteu a licenciamento uma constelação de 6.372 satélites e a *Kuiper Systems LLC* (empresa detida pela *Amazon.com Inc.*) tem prevista uma constelação composta por 3.236 satélites³³.

A confirmarem-se estas expectativas, uma consequência negativa é um aumento gradual do risco de colisões em órbita. Um indicador neste sentido é o número de manobras realizadas a fim de diminuir o risco de uma colisão, reportadas por operadores do setor privado. Nos seis meses contados até maio de 2023, os satélites *Starlink* da *SpaceX* terão realizado mais de 25.000 manobras na sequência de um alerta de colisão em órbita³⁴. Demonstrando o crescimento exponencial desta estatística, temos que no primeiro semestre de 2021 os satélites *Starlink* terão realizado apenas 2.219 manobras da mesma natureza³⁵. Muito embora, atualmente, o nível de congestionamento na OTB ainda esteja aquém de patamares que o tornam impossível de gerir, a

³⁰ ROGER G. HARRISON, "Unpacking the Three C's: Congested, Competitive, and Contested Space," *Astropolitics* 11, no. 3 (2013/09/01 2013), <https://dx.doi.org/10.1080/14777622.2013.838820>.

³¹ UNION OF CONCERNED SCIENTISTS, cit.

³² BRYCETECH, "2020 Orbital Launches Year in Review," 2020, <https://brycetek.com/reports>.

³³ HARRISON. p. 4

³⁴ TEREZA PULTAROVA, "SpaceX Starlink Satellites Had to Make 25,000 Collision-Avoidance Maneuvers in Just 6 Months — and It Will Only Get Worse," *Space.com* 2023, <https://www.space.com/starlink-satellite-conjunction-increase-threatens-space-sustainability>.

³⁵ PULTAROVA, cit.

manter-se a tendência de incremento da atividade de lançamento de objetos espaciais, é provável que no médio prazo haja alterações em sentido negativo³⁶.

Se bem que as previsões relativas às atividades espaciais possam ser afetadas por outros fatores com impacto para a vida operacional dos satélites na OTB – como sejam as variações na meteorologia espacial – há pelo menos dois fatores que vão concorrer para moldar a trajetória da terceira era espacial nos próximos cinco anos. Um primeiro fator respeita à capacidade efetiva de lançamento e à entrada no mercado de novos sistemas de lançamento que vão incrementar a capacidade efetiva de lançamento global face às soluções existentes no mercado atualmente. Em particular, a entrada em operação de novos sistemas de lançamento como o *Starship* da empresa *SpaceX*, o *New Glenn* da *Blue Origin* e o *Ariane 6* do *ArianeGroup* terá influência decisiva no modo como a comercialização do espaço poderá evoluir³⁷. Um segundo fator, respeita à colocação em órbita das constelações de grandes dimensões, sendo que é grande a incerteza sobre se, efetivamente, entrarão em pleno funcionamento. Neste particular, importa ter presente que as grandes constelações citadas são orientadas a um modelo de negócio que assenta num serviço que, embora não seja novo, é hoje consideravelmente diferente do que era no passado: o acesso à internet via satélite.

3. O Direito Internacional do Espaço Exterior: breve abordagem no contexto da comercialização das atividades espaciais

No que respeita à regulamentação das atividades espaciais, esteve sempre presente uma complexidade única porquanto se trata de atividades que decorrem para lá do horizonte e fora de alcance, muitas vezes inaugurando a utilização de novas tecnologias. A regulamentação de atividades espaciais não pode obviar às necessidades de planeamento minucioso a que obrigam o lançamento de objetos controlados a distância via radiofrequências que só têm três destinos possíveis após o final da vida útil: regressar à Terra com

³⁶ HENRY R. HERTZFELD, E SERGE PLATTARD, "Adressing Space Debris: A Simple Beginning to a Very Complex Problem" (paper presented at the 73rd International Astronautical Congress (IAC), Paris, France, 18-22 September, 2022).

³⁷ HARRISON, cit.

danos; a sua destruição (total, ou, parcial, aqui convertendo-se em *detritos espaciais* – v. *infra*); ou, ficarem à deriva no espaço exterior. Não obstante a consciencialização desta circunstância, é facto que as preocupações da década de 1950 relativamente à segurança das atividades espaciais eram diferentes.

Pensar a regulamentação jurídico-internacional das atividades espaciais obriga a uma delimitação conceptual. As designações “Direito do Espaço” ou “Direito Espacial” apontam para um âmbito mais amplo, permitindo apresentar o regime jurídico das atividades espaciais como composto por normas jurídicas, quer de Direito Internacional, quer de Direito Interno. Nestes termos, e tendo conta os limites do presente capítulo, referir-nos-emos sobretudo às normas jurídicas que integram o Direito Internacional do Espaço Exterior (DIEE)³⁸, um ramo autónomo do Direito Internacional Público, essencialmente composto por cinco instrumentos jurídico-internacionais³⁹, surgidos entre 1967 e 1979 a par de diferentes instrumentos não-vinculativos surgidos a partir da década de 1980. Sucintamente, o ritmo do desenvolvimento da regulamentação internacional do espaço exterior foi, por comparação com outros regimes de Direito Internacional, acelerado. No quadro multilateral, os Estados lograram negociar e concluir – ao longo de apenas duas décadas – cinco tratados relativos ao espaço exterior, quatro dos quais representam o núcleo do DIEE.

³⁸ JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual De Direito Internacional Público: Uma Perspetiva De Língua Portuguesa*, 5 ed. (Coimbra: Almedina, 2017). p. 633

³⁹ *Tratado sobre os Princípios Que Regem as Atividades dos Estados na Exploração e Utilização do Espaço Exterior, Incluindo a Lua e Outros Corpos Celestes* (1967) (Cf. Decreto-Lei nº 286/71 de 30 de junho, publicado no Diário do Governo nº 152/1971, Série I de 30/06/1971. Portugal depositou o instrumento de ratificação em 29/05/1996); *Acordo sobre o Salvamento dos Astronautas, Regresso dos Astronautas e Restituição dos Objetos Lançados no Espaço Extra-Atmosférico* (1968) (Aprovado para ratificação pelo Decreto-Lei nº 49057, publicado no Diário do Governo nº 137/1969 de 12/06/1969. Portugal depositou o instrumento de ratificação em 23/03/1970); *Convenção sobre Responsabilidade por Danos Causados por Objetos Espaciais* (1972) de que Portugal se tornou Estado parte apenas em 2019, cf. Decreto nº 14/2019 que aprova, para adesão a *Convenção sobre Responsabilidade por Danos Causados por Objetos Espaciais, adotada em Washington, Londres e Moscovo, em 29 de março de 1972*, publicado no Diário da República, nº 75/2019, Série I, de 16/04/2019; *Convenção relativa ao Registo de Objetos Lançados no Espaço Exterior* (1976) de que Portugal só muito recentemente ratificou (cf. Decreto nº 24/2018, publicado no Diário da República, nº 192/2018, Série I, de 04/10/2018; cf. Aviso nº 143/2018, publicado no Diário da República nº 229/2018, Série I, de 28/11/2018, que torna público o depósito do instrumento de ratificação da Convenção citada); e, o *Acordo que regula as atividades dos Estados na Lua e em outros Corpos Celestes de 18 de dezembro de 1979* (não ratificado por Portugal).

Resumidamente, o DIEE surgiu fruto do contexto de finais da década de 1950 e da identificação da necessidade de uma moldura jurídico-internacional destinada a reger as atividades dos Estados no espaço exterior⁴⁰. Nesta senda, a opção foi a de encetar esforços sob a égide da ONU com base num consenso internacional e sob a forma de tratado multilateral geral, privilegiando a forma de elenco de princípios gerais⁴¹. É incontornável uma referência à criação em 1958 do Comité para a Utilização Pacífica do Espaço Exterior (doravante, COUPOS)⁴² pela Assembleia-geral da ONU. Este órgão da ONU conta atualmente com 102 membros⁴³, sendo Portugal um membro de pleno direito desde 1994⁴⁴.

Em termos gerais⁴⁵, pode afirmar-se que a um período de criação de instrumentos jurídico-internacionais vinculativos, se seguiu um período de conceção de instrumentos jurídicos não-vinculativos. O primeiro tratado internacional em matéria de DIEE – o Tratado sobre o Espaço Exterior – representa o culminar do debate que havia principiado em finais da década de 1950 no seio do COPUOS, sendo que já em 1959 os respetivos Estados Membros se haviam debruçado sobre a questão da negociação de um tratado multilateral geral em matéria de espaço⁴⁶. Contudo, os receios quanto às consequências de uma codificação prematura do DIEE numa época em que o conhecimento do espaço exterior era muito mais limitado terão refreado aquela dinâmica. Contrastando com este período de desenvolvimento inicial, a entrada na década de 1980 marca o início de um período de elaboração de *princípios* plasmados em Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU). Por fim, é de destacar o desenvolvimento de instrumentos não-vinculativos, especificamente recomendações ou de linhas-de-orientação, abrangentes de diversas temáticas relativas ao espaço exterior.

⁴⁰ Em maior desenvolvimento, BRUNO REYNAUD DE SOUSA, "O Espaço Exterior," in *Regimes Jurídicos Internacionais Volume 1*, ed. José Alberto Azeredo Lopes (Porto: Universidade Católica Editora Porto, 2020).

⁴¹ SOUSA, in *Regimes Jurídicos Internacionais Volume 1*.

⁴² Cf. Resolução da Assembleia-Geral da ONU, nº 1348 (XIII) de 13 de dezembro de 1958.

⁴³ Cf. Resolução da Assembleia-Geral da ONU, nº A/RES/77/121, de 15 de dezembro de 2022.

⁴⁴ Cf. Resolução da Assembleia-Geral da ONU, nº A/RES/49/33, de 30 de janeiro de 1995.

⁴⁵ SOUSA, in *Regimes Jurídicos Internacionais Volume 1*.

⁴⁶ SOUSA, in *Regimes Jurídicos Internacionais Volume 1*.

3.1. A articulação entre Direito Internacional e Direito Interno: a legislação nacional em matéria de espaço⁴⁷

A criação de Direito Interno para disciplinar as atividades espaciais é uma decorrência do Artigo VI do TEE, na medida em que faz depender as atividades espaciais de “entidades não governamentais no espaço exterior [...] da autorização e supervisão contínua do competente Estado Parte no Tratado” (v. Artigo VI, do TEE, citado), sendo essencial à plena concretização do regime jurídico-internacional, posto que lhe dá continuidade, completando-o⁴⁸.

O crescimento contínuo das atividades espaciais conduziu lentamente ao incremento da atividade legislativa dos Estados, sendo evidente um contraste entre a década de 1970 e a atualidade. Há cerca de cinco décadas, os únicos Estados cujo ordenamento jurídico interno contemplava legislação nacional sobre espaço eram a Noruega⁴⁹ e os EUA⁵⁰, sendo que até ao final do ano 2000 apenas a Suécia⁵¹, o Reino Unido⁵², a África do Sul⁵³ e a Austrália⁵⁴ possuíam legislação em matéria de espaço. Curiosamente, de 2005 em diante registou-se um incremento do número de Estados com legislação nacional sobre espaço, a saber: Bélgica⁵⁵; França⁵⁶; EUA⁵⁷; Nova Zelândia⁵⁸; Reino Unido⁵⁹; e, Luxemburgo⁶⁰. No caso de Portugal, o regime jurídico em matéria de espaço data de 2019⁶¹, estando em perspetiva uma revisão possivelmente

⁴⁷ Este ponto recupera e desenvolve as conclusões do autor datadas de 2020, cf. SOUSA, in *Regimes Jurídicos Internacionais Volume 1*.

⁴⁸ SOUSA, in *Regimes Jurídicos Internacionais Volume 1*.

⁴⁹ Cf. Noruega, *Act on Launching Objects from Norwegian Territory in Outer Space, Act n. 38 of 13 June 1969*.

⁵⁰ Cf. EUA, *National Aeronautics and Space Act of 1958, Public Law #85-568, 72 Stat., 426*.

⁵¹ Cf. Suécia, *Lag (1982:963) om rymdverksambet (1982)*.

⁵² Cf. Reino Unido, *Outer Space Act, 1986*.

⁵³ Cf. África do Sul, *Space Affairs Act (Statutes of the Republic of South Africa - Trade and Industry No. 84 of 1993)*.

⁵⁴ Cf. Austrália, *Space Activities Act No.123, 1998*.

⁵⁵ Cf. Luxemburgo, *Loi du 17 septembre 2005 relative aux activités de lancement, d'opération de vol ou de guidage d'objets spatiaux*.

⁵⁶ Cf. França, *Loi n.º 2008-518 du 3 juin 2008 relative aux opérations spatiales*.

⁵⁷ Cf. EUA, *U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act, Space Resource Exploration and Utilization Act of 2015; American Space Commerce Free Enterprise Act of 2018*.

⁵⁸ Cf. Nova Zelândia, *Outer Space and High-altitude Activities Act of 2017*.

⁵⁹ Cf. Reino Unido, *Space Industry Act of 2018*.

⁶⁰ Cf. Luxemburgo, *Law on the exploration and use of Space resources, 2017*.

⁶¹ Cf. Decreto-lei nº 16/2019 de 22 de janeiro, publicado no Diário da República, 1ª série, nº 15 de 22 de janeiro de 2019.

tendo em perspetiva uma aproximação do regime jurídico Português ao que possa vir a ser determinado com referência ao setor do espaço no quadro da União Europeia.

No contexto da comercialização, agrava-se o risco de fragmentação em matéria de regulamentação das atividades espaciais. O principal fator que contribui para este risco é a latitude de que os Estados dispõem para adotar em sede de direito interno entendimentos quanto a questões ainda controvertidas na doutrina. De entre estas, destacam-se a questão relativa à delimitação da fronteira entre o espaço aéreo e o espaço exterior, assim como a questão relativa à parametrização dos requisitos relativos ao registo de objetos espaciais.

O citado risco de fragmentação tem o potencial de gerar, no médio-prazo, um fenómeno jurídico que se verifica no transporte marítimo internacional: os “pavilhões de conveniência”⁶². Neste particular, recorde-se que em muitos quadrantes do setor do espaço, o Direito Internacional do Mar é elevado ao patamar de musa inspiradora para a resolução de algumas das principais questões do DIEE. Em especial, esta perspetiva é acompanhada por uma defesa aguerrida de uma abordagem centralizada, assente em tratados multilaterais sob a égide da ONU, a questões como a gestão do tráfego espacial. Importa recordar, porém, que em quatro décadas de vigência da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982), após dezenas de acidentes com navios de transporte de produtos petrolíferos, e na era do ambientalismo militante, permanecem por resolver questões sobejamente conhecidas como a relativa aos navios mono-casco⁶³.

Relativamente ao citado risco de fragmentação com referência aos Estados-Membros da UE, é de questionar qual o papel que o Direito da União Europeia poderá ter potencial para desempenhar. Se é facto que há Estados Membros da UE que não dispõem de qualquer regime jurídico de direito interno aplicável às atividades espaciais, é igualmente certo que, nos

⁶² ULRICH DROBNIG ET AL., *Recht Der Flagge Und "Billige Flaggen": Neuere Entwicklungen Im Internationalen Privatrecht Und Völkerrecht, Berichte Der Deutschen Gesellschaft Für Völkerrecht*, vol. Heft 31 (Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1990). Boleslaw Adam Boczek, *Flags of Convenience; an International Legal Study* (Cambridge,: Harvard University Press, 1962).

⁶³ ANDRÉS BETANCOR RODRÍGUEZ, *Responsabilidad Y Aseguramiento Por Daños Ambientales: El Caso Prestige, Derecho Económico Ambiental* (Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018).

países que legislaram nesta matéria, os respetivos regimes jurídicos refletem as prioridades nacionais para o respetivo setor do espaço – e esta é uma circunstância que qualquer pretensão de harmonização dificilmente poderá influenciar. Nivelar o mercado interno com recurso ao Direito da União Europeia poderia certamente contribuir para mitigar o risco de fragmentação da legislação nacional em matéria de espaço. Não obstante, admitindo que tal possa ser compatível com o Tratado de Lisboa, importa ter presente que o Artigo 189º, nº 2, do TFUE proíbe expressamente a harmonização da legislação nacional dos Estados-Membros da UE em matéria espacial.

No entanto, do ponto de vista puramente teórico, é vislumbrável a hipótese da Comissão da UE pretender ancorar uma proposta legislativa em preocupações ambientais, alavancando as ligações entre o espaço, a proteção do meio ambiente e o desafio mais vasto da sustentabilidade. Optando por definir o centro de gravidade jurídico da proposta legislativa com base numa relação espaço-ambiente-sustentabilidade, teoricamente poder-se-ia argumentar no sentido de um enquadramento de uma tal iniciativa legislativa nos termos do Artigo 114º do TFUE, frequentemente a base jurídica primária da legislação da UE em sede de processo legislativo ordinário. Em termos gerais, não se afigura ser totalmente incompatível com o TFUE a definição de normas mínimas para as atividades espaciais, porquanto o nº 1 do Artigo 114º do TFUE citado, permite a adoção de «medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno», sendo certo que o nº 3 do mesmo Artigo 114º do TFUE faz referência específica à «proteção do ambiente» assim como à «evolução baseada em dados científicos». Concretizando, do ponto de vista teórico poder-se-ia talvez vislumbrar que o início de um processo legislativo ordinário em matéria de espaço poderia eventualmente vir a ser ancorado na sobejamente documentada congestão da OTB, assim como nos efeitos laterais para o meio ambiente decorrentes do fabrico, do lançamento e do fim-de-vida dos satélites, independentemente das respetivas dimensões.

3.2. Ausência de consenso jurídico-internacional quanto à delimitação interna do espaço exterior⁶⁴

No que respeita à sua delimitação externa, o espaço exterior abrange uma área física heterogénea para lá dos espaços pertencentes à Terra, abrangendo “a imensidão conhecida e desconhecida do Universo [...] planetas, satélites, asteroides, cometas, meteoritos e estrelas”⁶⁵. Diferentemente, a delimitação interna do espaço exterior permanece sem definição consensual em termos jurídico-internacionais, sendo objeto de controvérsia doutrinal, também por razões científicas⁶⁶.

Sucintamente⁶⁷, a doutrina divide-se em dois grandes campos: “espacialistas” e “funcionalistas”⁶⁸. A doutrina dita “espacialista” defende a necessidade de uma delimitação clara de uma fronteira entre o *espaço aéreo* e o *espaço exterior*, sendo as principais propostas teóricas: a teoria do limite atmosférico (limite da atmosfera terrestre em termos geofísicos); a teoria da fixação da fronteira no perigeu mais baixo dos satélites (a adotar por tratado multilateral geral); a teoria do limite gravitacional (ponto a partir do qual a gravidade terrestre deixa de se sentir); a teoria do controlo efetivo (ou do controlo real do Estado); e, por fim, a teoria da delimitação arbitrária (consensual)⁶⁹. Em sentido oposto, a doutrina dita “funcionalista” afirma a quase impossibilidade da tarefa de delimitação interna do espaço exterior, desvalorizando a sua utilidade porquanto questiona a existência de uma base científica para a definição de um limite vertical natural⁷⁰. Uma proposta frequentemente referida é a do limite da “Linha Kármán”⁷¹, situada a 100 km

⁶⁴ Este ponto, em parte, recupera e reequaciona as conclusões datadas de 2020 pelo autor. Em maior aprofundamento, cf. SOUSA, in *Regimes Jurídicos Internacionais Volume 1*.

⁶⁵ JOAQUIM DA SILVA CUNHA, e MARIA DA ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *Manual De Direito Internacional Público*, 2 ed. (Coimbra: Almedina, 2004).p. 688-689.

⁶⁶ OLAVO DE OLIVEIRA BITTENCOURT NETO, *Defining the Limits of Outer Space for Regulatory Purposes* (Heidelberg: Springer, 2015). Entre nós, referindo a mesma questão, cf. José Manuel Pureza, *O Património Comum Da Humanidade: Rumo a Um Direito Internacional Da Solidariedade?* (Porto: Edições Afrontamento, 1998).pp. 143-150.

⁶⁷ SOUSA, in *Regimes Jurídicos Internacionais Volume 1*.

⁶⁸ NETO. pp. 32-40.

⁶⁹ NETO. pp. 689-690.

⁷⁰ NETO. pp. 32-34.

⁷¹ NETO. p. 46.

acima do nível do mar – na senda da teoria de Theodore von Kármán, sendo este o limite proposto pela da Federação Aeronáutica Internacional.

Curiosamente, a questão da delimitação do espaço exterior é um exemplo do potencial para uma complementaridade positiva Direito Internacional e Direito Interno. Com efeito, a delimitação interna do espaço exterior é algo que pode ser previsto em sede de legislação nacional em matéria de espaço, melhor se delimitando o respetivo âmbito de aplicação. A legislação da Dinamarca, por exemplo, define como espaço exterior “o espaço acima da altitude de 100 km acima do nível do mar”⁷², contrastando com o regime Português e com a maioria dos Estados onde vigora um regime jurídico aplicável às atividades espaciais, porquanto se opta por não abordar diretamente a citada *vexata quaestio*.

À presente data, a margem para encontrar uma solução para esta questão ter-se-á reduzido consideravelmente na sequência das sucessivas intrusões em espaço aéreo dos EUA recentemente ocorridas. Uma intrusão em particular resultou na decisão, sem precedentes naquele Estado, de destruir o objeto voador detetado a grande altitude a 04 de fevereiro de 2023⁷³. Atribuída à RPC, a citada conduta intrusiva configura uma violação do Direito Internacional à qual os EUA responderam legitimamente com o uso da força. Em termos mais amplos, este caso contribui para que se mantenha a indefinição quanto ao limite interior do espaço exterior, uma vez que nesta circunstância qualquer Estado mantém a máxima discricionariedade para responder face a situações futuras que possam envolver outro tipo de plataformas capazes de se deslocar a grande altitude. Dito de outro modo, o exercício da soberania sobre o espaço aéreo sairia enfraquecido na eventualidade de haver um consenso jurídico-internacional quanto à definição de uma fronteira entre espaço aéreo e espaço exterior.

⁷² DINAMARCA, *Part 2, 4, N° 4, Outer Space Act., Act No. 409 of 11 May 2016* (2016).

⁷³ EUA. "F-22 Safely Shoots Down Chinese Spy Balloon Off South Carolina Coast ", on Departamento de Defesa, 2023, <https://www.defense.gov/News/News-Stories/Article/Article/3288543/f-22-safely-shoots-down-chinese-spy-balloon-off-south-carolina-coast/>.

3.3. O regime jurídico-internacional relativo ao registo de objetos espaciais⁷⁴: incompletude, imprecisão, extemporaneidade e aleatoriedade

Tal como descrito, a comercialização do espaço contribuiu para a consolidação de um cenário de crescente congestionamento da OTB. Muito embora os satélites, à semelhança das aeronaves e dos navios, também estejam sujeitos a registo, o sistema internacional opera em termos muito peculiares. Curiosamente, o registo de objetos espaciais começou por ser informal, nos termos do chamado “Sistema de Harvard” criado em finais da década de 1950⁷⁵, contexto que se manteve até à aprovação da Resolução da Assembleia-Geral da ONU nº 1721 B (XVI) de 1961, que introduziu a ideia de que cumpriria aos Estados registar, quer os lançamentos, quer os objetos espaciais lançados.

Nesta senda, a *Convenção relativa ao Registo de Objetos Lançados no Espaço Exterior* (1976)⁷⁶, veio cumprir um primeiro objetivo de criação de um registo centralizado obrigatório dos objetos espaciais lançados para o espaço exterior, bem como o objetivo de facilitar a respetiva identificação dos objetos espaciais (cf. Artigo II, da Convenção de 1976, citada)⁷⁷.

A citada Convenção de 1976 sofre de três problemas centrais, dela resultando essencialmente um regime incompleto, impreciso, extemporâneo e não-padronizado. Em primeiro lugar, não contém uma definição clara de objeto espacial. Concretizando, este tratado define um objeto espacial como incluindo “peças componentes de um objeto espacial e também o seu veículo de lançamento e peças do mesmo”, nos termos do Artigo I, al. b), da Convenção de 1976, citada, estabelecendo a obrigação de registo de objetos espaciais sempre que “um objeto espacial é lançado em órbita em torno da Terra ou mais além” devendo o “Estado de lançamento (...) inscrevê-lo num registo adequado que ele próprio manterá”, nos termos do Artigo II, nº 1, da

⁷⁴ O presente ponto dá continuidade à análise do autor datada de 2020, por vezes seguindo-a muito de perto como devidamente assinalado – cf. SOUSA, in *Regimes Jurídicos Internacionais Volume 1*.

⁷⁵ HENRY R. HERTZFELD, “Unsolved Issues of Compliance with the Registration Convention,” *Journal of Space Safety Engineering* 8, no. 3 (2021). p. 1

⁷⁶ Quanto a Portugal, cf. Decreto nº 24/2018, publicado no Diário da República, nº 192/2018, Série I, de 04/10/2018; cf. Aviso nº 143/2018, publicado no Diário da República nº 229/2018, Série I, de 28/11/2018, que torna público o depósito do instrumento de ratificação da Convenção citada.

⁷⁷ SOUSA, in *Regimes Jurídicos Internacionais Volume 1*.

Convenção de 1976, citada. Bem se compreende que assim seja, porquanto àquela data a ênfase foi colocada no risco de queda de objetos e produção de danos na superfície terrestre fruto de acidentes aquando do lançamento, e não na circunstância de haver objetos perdidos em órbita na sequência de lançamentos bem sucedidos – preocupação que, como vimos, adquire toda uma outra dimensão na terceira era espacial. Em termos simples, resulta que todos os detritos espaciais são objetos espaciais, mas nem todos os objetos espaciais são detritos espaciais – naturalmente, pense-se nos satélites durante o respetivo período de vida útil.

Em segundo lugar, o registo de um objeto espacial não implica, nem equivale à propriedade sobre o mesmo, para além de ser uma questão separada das questões de responsabilidade por danos que o mesmo objeto espacial possa causar. Com efeito, apenas os Estados têm acesso direto ao registo junto da ONU, cumprindo às empresas interessadas agir através da respetiva administração pública⁷⁸. Por conseguinte, quanto a objetos espaciais propriedade de empresas privadas, qualquer Estado depende das informações que lhe possam vir a ser comunicadas no prazo estipulado pelo regime de Direito Interno, para o posterior cumprimento da obrigação jurídico-internacional *supra* citada. Neste particular, importa sublinhar a diferença entre os conceitos de *Estado do lançamento* e de *Estado do registo* do objeto espacial, porquanto muito embora ambas as condições devam, desejavelmente, ser preenchidas pelo mesmo Estado, por vezes tal poderá não se verificar⁷⁹.

Outra questão prende-se com as referências ao registo de objetos espaciais noutros instrumentos jurídico-internacionais. Por exemplo, se o Artigo VIII do TEE se refere ao registo, é facto que apenas a Convenção de 1976 citada requer a comunicação à ONU. Com efeito, tal obrigação surge como devendo ser cumprida num momento posterior ao lançamento do objeto espacial, porém havendo margem para que um Estado possa introduzir precisões a esta obrigação em sede de legislação em matéria de atividades espaciais⁸⁰. Em suma, o facto de um Estado ratificar a citada Convenção de 1976 é uma questão separada da criação de um registo nacional de objetos

⁷⁸ HERTZFELD, e PLATTARD. p. 6.

⁷⁹ Em maior desenvolvimento, v. SOUSA, in *Regimes Jurídicos Internacionais Volume 1*.

⁸⁰ HERTZFELD.

espaciais, e, inclusivamente, da criação de legislação nacional em matéria de espaço que preveja expressamente a obrigatoriedade de registo de objetos espaciais⁸¹.

Acresce que a norma do Artigo II da citada Convenção de 1976 não estabelece um prazo específico para o cumprimento por um Estado-parte da obrigação de registo relativamente a um objeto espacial. No entanto, prevê-se um dever de informação do Secretário-Geral da ONU, a cumprir pelo Estado parte “assim que seja possível em termos práticos” (no original, “as soon as practicable”) abrangendo a comunicação de um conjunto de informações relativas a “cada objeto espacial, inscrito no seu registo”, nos termos do Artigo IV, nº 1, da Convenção de 1976, citada.

Ora, no contexto da comercialização é facto que os satélites de pequenas dimensões são projetados para permanecer pouco tempo na OTB, o que suscita pelo menos duas interrogações⁸². Primeiro, será necessário determinar em que termos se deve proceder ao registo de objetos espaciais com vida útil limitada. Segundo, manter as informações de registo atualizadas exigirá a instalação de uma capacidade adicional de rastreio de objetos espaciais porquanto ficar na dependência de comunicações por parte dos operadores parece ser insustentável – em especial, ante o alarme em alguns setores da sociedade internacional quanto ao problema dos detritos espaciais.

Em suma, se pensarmos em satélites de pequenas dimensões desprovidos de capacidade de manobra colocados na OTB, é inevitável que a respetiva órbita progressivamente baixe em altitude até à desintegração por contacto com a atmosfera do planeta. Ou seja, os parâmetros de um satélite deste tipo comunicados à data do registo não se manterão constantes durante a vida útil do mesmo objeto espacial. Acresce que o regime jurídico-internacional não prevê uma obrigatoriedade de atualizar a submissão de registo original, nem aquando do final de vida do objeto espacial, nem na circunstância da propriedade do objeto espacial ser transferida⁸³. Nestes termos, como conclui Hertzfeld, as soluções relativas ao registo de objetos espaciais tornaram-se, fruto do dinamismo que caracteriza a comercialização das atividades espaciais,

⁸¹ HERTZFELD.

⁸² Mais aprofundadamente, v. HERTZFELD, E PLATTARD.

⁸³ HERTZFELD, E PLATTARD.

inadequadas ao rastreamento e à monitorização de satélites maioritariamente (a) de pequenas dimensões, (b) propriedade de empresas privadas, (c) colocados em grande número, e (d) integrados em constelações de grandes dimensões⁸⁴.

4. Conclusões

As atividades espaciais não ocorrem num vazio legal: o espaço exterior não é um “faroeste”. No entanto, o aumento do número de objetos espaciais em órbita e o crescimento das empresas privadas no setor do espaço são tendências interconectadas que vão moldar os termos da presença da humanidade no espaço nas próximas décadas. Por um lado, a comercialização das atividades espaciais veio amplificar questões que não foram relevantes durante as décadas em que o setor público marcava o ritmo da inovação das tecnologias espaciais. Por outro lado, a nova arquitetura das missões espaciais tem vindo a suscitar novas e complexas interrogações, sendo certo que a dinâmica de comercialização vai continuar a elevar as tecnologias a novos patamares de disrupção.

Face a um congestionamento crescente da OTB, a imprecisão conceptual relativamente ao que configura um objeto espacial tem como espelho a inexistência de um conceito internacionalmente aceite de detrito espacial. Quando poderia ser expectável que o DIEE fosse um auxiliar tal como no passado aquando da definição do princípio da inapropriabilidade, é facto que o instrumento jurídico-internacional dedicado ao registo de objetos espaciais não é útil para reduzir a incerteza no quadro da comercialização das atividades espaciais.

No que concerne ao registo de objetos espaciais para além de não ser definido nenhum prazo em específico para o cumprimento da obrigação, nada se prevê quanto a eventuais atualizações à submissão original. Acresce que as informações relativas ao objeto espacial que devem ser apresentadas em sede de registo não se encontram especificadas. Por conseguinte diferentes Estados cumprirão com a obrigação de registo de modo diferente, situação que contribui para o risco de fragmentação.

⁸⁴ HERTZFELD, E PLATTARD. p. 11.

Afigura-se-nos como muito pouco provável que seja possível encontrar soluções no quadro multilateral para as questões que a comercialização do espaço veio amplificar em conexão com a Convenção de 1976 citada. Assim, restará aos Estados procurar agir em sede de Direito Interno por exemplo articulando entendimentos com referência à otimização dos registos nacionais. No que concerne aos Estados Membros da UE, talvez haja uma margem muito estreita para agir ao nível comunitário lançando mão do Direito da UE.

Na União Europeia persiste uma disparidade entre os Estados que possuem legislação nacional em matéria de espaço e os que não têm qualquer regime jurídico específico aplicável a estas atividades como é o caso da Alemanha. Não obstante as conhecidas lacunas da UE quanto ao registo dos satélites que servem o programa espacial europeu, parece ser certo que o Direito da União Europeia reserva o potencial para auxiliar os Estados-Membros a lidar com as questões relativas ao registo de objetos espaciais. Contudo, qualquer proposta legislativa em matéria de atividades espaciais em conexão com o mercado interno irá requerer uma abordagem precisa por força da proibição relativa à harmonização legislativa que consta do Artigo 189º, nº 2, do TFUE.

Muito embora se consiga vislumbrar uma via que passa pela fixação do centro de gravidade da proposta legislativa nas questões ambientais e de sustentabilidade, e às quais o espaço não escapa, permanecem muitas dúvidas quanto à real eficácia das soluções que eventualmente pudessem vir a ser adotadas. Em especial, será de acompanhar até que ponto o ímpeto legislativo a latitudes de Bruxelas e Estrasburgo conduzirá a uma circunstância em que ao espaço seja imputado um nível manifestamente inusitado de perigosidade ambiental, próprio de outras indústrias, essas sim reconhecidamente poluentes.

Bibliografia

- Betancor Rodríguez, Andrés. *Responsabilidad Y Aseguramiento Por Daños Ambientales: El Caso Prestige. Derecho Económico Ambiental*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018.
- Boczek, Boleslaw Adam. *Flags of Convenience; an International Legal Study*. Cambridge;: Harvard University Press, 1962.
- BryceTech. "2020 Orbital Launches Year in Review." 2020. <https://brycetek.com/reports>.
- BryceTech. "Smallsats by the Numbers 2021." 2021. <https://brycetek.com/reports>.

- Cunha, Joaquim da Silva, and Maria da Assunção do Vale Pereira. *Manual De Direito Internacional Público*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- Davenport, Christian. *The Space Barons : Elon Musk, Jeff Bezos, and the Quest to Colonize the Cosmos*. 1ª ed. Nova Iorque: PublicAffairs, 2018.
- Dinamarca, *Part 2, 4, Nº 4, Outer Space Act., Act No. 409 of 11 May 2016*. 2016.
- Drobnig, Ulrich, Jürgen Basedow, Rüdiger Wolfrum, and Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht. Tagung. *Recht Der Flagge Und "Billige Flaggen" : Neuere Entwicklungen Im Internationalen Privatrecht Und Völkerrecht. Berichte Der Deutschen Gesellschaft Für Völkerrecht*, vol. Heft 31. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1990.
- EUA. "F-22 Safely Shoots Down Chinese Spy Balloon Off South Carolina Coast ", on Departamento de Defesa. 04 de fevereiro de 2023. <https://www.defense.gov/News/News-Stories/Article/Article/3288543/F-22-safely-shoots-down-chinese-spy-balloon-off-south-carolina-coast/>.
- EUA. "New U.S. Commitment on Destructive Direct-Ascent Anti-Satellite Missile Testing." The White House. 18 de abril de 2022. <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/04/18/fact-sheet-vice-president-harris-advances-national-security-norms-in-space/>.
- EUA. "Russian Direct-Ascent Anti-Satellite Missile Test Creates Significant, Long-Lasting Space Debris." U.S. Space Command Public Affairs Office. 15 de novembro de 2021. <https://www.spacecom.mil/Newsroom/News/Article-Display/Article/2842957/russian-direct-ascent-anti-satellite-missile-test-creates-significant-long-last/>.
- European Space Agency. *Dependence of the European Economy on Space Infrastructures*. 2021.
- Gouveia, Jorge Bacelar. *Manual De Direito Internacional Público: Uma Perspetiva De Língua Portuguesa*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- Greenberg, Joel S., and Henry R. Hertzfeld, eds. *Space Economics*. Vol. 144. *Progress in Astronautics and Aeronautics*. Editado por A. Richard Seebass. Washington, D.C.: American Institute of Astronautics and Astronautics, 1992.
- Group of Seven. *Carbis Bay G7 Summit Communiqué: Our Shared Agenda for Global Action to Build Back Better (11-13 June 2021)*. 2021.
- Harrison, Roger G. "Unpacking the Three C's: Congested, Competitive, and Contested Space." *Astropolitics* 11, nº 3 (2013/09/01). Pp. 123-31. <https://dx.doi.org/10.1080/14777622.2013.838820>.
- Harrison, Todd. *Understanding the Third Space Age*. Vol. May 2023: Metrea Strategic Insights, 2023.
- Hertzfeld, Henry R. "Unsolved Issues of Compliance with the Registration Convention." *Journal of Space Safety Engineering* 8, nº. 3 (2021): 238-44.
- Hertzfeld, Henry R., and Serge Plattard. "Adressing Space Debris: A Simple Beginning to a Very Complex Problem." Paper apresentado na conferência: 73rd International Astronautical Congress (IAC), Paris, França, 18-22 setembro, 2022.
- Interesting Engineering. "Send Your Own Satellite to Space for Just \$1000." 10 de abril de 2016. <https://interestingengineering.com/science/send-own-satellite-space-just-1000>.
- Manber, Jeff. *From the Earth to Mars – the Surprising History of the Rocket Pioneers Who Launched Humanity into Space*. Washington D.C. : Multiverse Publishing, 2023.
- Jornal de Negócios. "David Sobral: "O Espaço É Hoje Uma Espécie De Faroeste". 19 de agosto de 2022. <https://www.jornaldenegocios.pt/weekend/detalhe/david-sobral-o-espaco-e-hoje-uma-especie-de-faroeste>.
- Neto, Olavo de Oliveira Bittencourt. *Defining the Limits of Outer Space for Regulatory Purposes*. Heidelberg: Springer, 2015.
- ONU. "Zimbabwe and Uganda Launched Their First Satellites: Zimsat-1 and Pearlaficasat-1." Office for Outer Space Affairs – UN-SPIDER Knowledge Portal. 08 de novembro de 2022. <https://www.un-spider.org/news-and-events/news/zimbabwe-and-uganda-launched-their-first-satellites-zimsat-1-and>.

- Pultarova, Tereza. "SpaceX Starlink Satellites Had to Make 25,000 Collision-Avoidance Maneuvers in Just 6 Months — and It Will Only Get Worse." *Space.com*. 06 de julho de 2023, <https://www.space.com/starlink-satellite-conjunction-increase-threatens-space-sustainability>.
- Pureza, José Manuel. *O Patrimônio Comum Da Humanidade: Rumo a Um Direito Internacional Da Solidariedade?* Porto: Edições Afrontamento, 1998.
- Sousa, Bruno Reynaud de. "O Espaço Exterior." In *Regimes Jurídicos Internacionais Volume 1*. Edited by José Alberto Azeredo Lopes. Porto: Universidade Católica Editora Porto, 2020.
- UE, Comissão da UE/PwC. *Dependence of the European Economy on Space Infrastructures*. Brussels, March 2017.
- UE, *New Space for People, Council Conclusions Adopted on 28 May 2021*. 2021.
- Union of Concerned Scientists. *Ucs Satellite Database*. "In-depth details on the 4,550 satellites currently orbiting Earth, including their country of origin, purpose, and other operational details", 2021.

UMA RETROSPECTIVA DOS ÚLTIMOS TRINTA ANOS DE CODIFICAÇÃO DO DIREITO DOS VALORES MOBILIÁRIOS EM PORTUGAL

Célia Dias Pereira¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.148.9>

Resumo: A comemoração dos trinta anos da Escola de Direito da Universidade do Minho é o mote ideal para revisitarmos as três últimas décadas de codificação do Direito dos Valores Mobiliários. O foco passará inicialmente pelo primeiro Código mobiliário para, de seguida, centrar as atenções no Código que lhe sucedeu e que se mantém ainda hoje em vigor. Perante as dezenas de alterações à versão originária do Código dos Valores Mobiliários muitos são os aspetos que marcaram a evolução legislativa deste ramo do Direito e sobre os quais poderemos e devemos refletir. Concomitantemente, aproveitaremos o ensejo para analisar criticamente o estado atual do Direito Mobiliário numa tentativa de projeção de alguns cenários futuros que nos poderão bater à porta a breve trecho.

¹ Assistente Convidada na Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação. Doutoranda em Ciências Jurídicas Privatísticas. Advogada.

Palavras-chave: Código do Mercado de Valores Mobiliários, Código dos Valores Mobiliários, Direito da União Europeia, Reforma Legislativa.

Abstract: The celebration of the 30th anniversary of the Minho University Law School is the ideal occasion to revisit the last three decades of Securities Law codification. The focus will be initially on the first Securities Code and then on its successor Code, which is still in force today. Given the dozens of amendments to the original version of the Securities Code, there are many aspects that have marked the legislative evolution of this branch of the Law and on which we can and should reflect. At the same time, we will take the opportunity to critically analyse the current state of Securities Law in an attempt to project some future scenarios that may soon knock on our door.

Keywords: Securities Market Code, Securities Code, European Union Law, Legislative Reform.

1. Introdução ao tema

A configuração que hoje conhecemos do Direito dos Valores Mobiliários enquanto ramo de direito autonomizado foi o culminar de um processo evolutivo em relação ao qual a codificação desempenhou um papel preponderante. A demarcação de outros ramos do direito, como o Direito Comercial e o Direito Bancário, começou a fazer-se sentir com a elaboração de diplomas legais avulsos de âmbito de aplicação mais especializado², mas sem dúvida que o grande passo foi dado com a elaboração do primeiro código dedicado às matérias jusmobiliárias.

Várias décadas volvidas, o Direito dos Valores Mobiliários afirmou-se como ramo de direito especializado e sistematizado sem, no entanto, perder de vista as suas raízes. O Direito dos Valores Mobiliários é autónomo, porém, não deixa de ser multidisciplinar mantendo pontos de contacto com outros ramos do direito e até com outras áreas do saber.

Centremos a nossa atenção nesta evolução materializada no antigo e no atual código, designadamente nos aspetos positivos e negativos da codificação.

2. O Código do Mercado de Valores Mobiliários (Cód. MVM)

2.1. Contextualização

Foram as particulares circunstâncias da época que impulsionaram, nos finais da década de oitenta e início da década de noventa, a elaboração do Cód. MVM. Fatores externos e internos, como a adesão de Portugal na, à data, Comunidade Económica Europeia e a implementação de uma política de desgovernamentalização e reprivatizações conduziram ao crescimento da Bolsa de Valores³. A integração europeia de Portugal abriu horizontes à economia nacional, impondo a reformulação da legislação em consonância com a estrutura europeia, que aliada às debilidades estruturais do nosso sistema, evidenciadas pelo *crash* de 1987, tornaram urgente dotar o nosso ordenamento

² Para mais detalhes do prisma histórico sobre esta evolução *vide* A. BARRETO MENEZES CORDEIRO in *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. I, Almedina, 2015, pp. 124-129.

³ AMADEU JOSÉ FERREIRA in *Direito dos Valores Mobiliários*, AAFDL, 1997, pp. 78 e 79 e A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Uma Introdução ao Direito dos Valores Mobiliários” in *Revista Jurídica*, Nº 30, AAFDL, 2016, p. 15.

jurídico de modernidade na negociação e liquidação das operações financeiras, de forma a responder às exigências do mercado⁴.

Efetivamente, a viragem económica operada constituiu uma circunstância favorável ao desenvolvimento do mercado nacional diante das opções pela liberdade económica e iniciativa privada, a par da implementação de programas de incentivos fiscais com a concessão de benefícios às empresas emitentes e aos investidores⁵. Vivia-se um período de “crescimento exponencial” do mercado com reflexos no número de empresas que abriram o capital ao investimento do público, no volume de transações, nas cotações das ações e no número de intermediários financeiros habilitados ao exercício das atividades de intermediação⁶.

Neste contexto, tornou-se clara a inevitabilidade e a necessidade de elaboração de um diploma legal específico, sistematizado e unificador, traçando-se objetivos concretos de (i) aproximação do mercado português aos mercados europeus, (ii) criação de normas e regras legais adequadas ao forte desenvolvimento que se verificava na emissão e transação de valores mobiliários e (iii) privatização do mercado⁷. Segundo Fernando da Costa Lima, os objetivos foram traçados em três linhas fundamentais: a desgovernamentalização, materializada na criação da CMVM como entidade independente do poder político e com competências de supervisão; a desestatização obtida pela “devolução das infraestruturas de negociação (...) aos intermediários financeiros”; e a liberalização mediante a eliminação de certas autorizações administrativas no âmbito das ofertas públicas⁸.

Nesse seguimento, foi criada uma secção especializada, presidida pelo Dr. José Luís Sapateiro, que preparou e elaborou o Cód. MVM, diploma que

⁴ FERNANDO DA COSTA LIMA, “30 Anos de Regulamentação do Mercado de Valores Mobiliários – Uma Visão Crítica” in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários sobre os Vinte Anos do Código dos Valores Mobiliários*, Coord. CMVM, Almedina, 2021, p. 47.

⁵ CARLOS GOMES DA SILVA e ABEL SEQUEIRA FERREIRA, “O Papel do Código dos Valores Mobiliários no Desenvolvimento do Mercado de Capitais Português” in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários sobre os Vinte Anos do Código dos Valores Mobiliários*, Coord. CMVM, Almedina, 2021, pp. 886 e 887.

⁶ FERNANDO DA COSTA LIMA in “30 Anos de Regulamentação do Mercado de Valores Mobiliários – Uma Visão Crítica”, *cit.*, p. 45.

⁷ ANTÓNIO DA CUNHA REIS, “A Proteção dos Investidores face ao Código de Valores Mobiliários” in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, Nº 11, agosto 2001, p. 1.

⁸ In “30 Anos de Regulamentação do Mercado de Valores Mobiliários – Uma Visão Crítica”, *cit.*, pp. 48 e 49.

constituiu o “principal marco fundador do Direito dos Valores Mobiliários em Portugal”⁹ e que vigorou entre 1991 e 2000.

2.2. Breves considerações sobre o diploma legal

Decorrido este longo hiato temporal desde o primeiro código português a regular as relações jusmobiliárias, os aspetos normativos que perduram na memória como sinónimos de progresso legislativo nesta sede são, em primeira linha, aqueles que se prenderam com a privatização das bolsas de valores de Lisboa e do Porto. Assim, liberalizaram-se os mercados de valores mobiliários, ainda que a constituição de bolsas continuasse dependente de autorização governamental¹⁰. Não só a propriedade deixou de pertencer ao Estado, como a administração passou a ser privada e aproveitou-se para proceder à clarificação da distinção entre bolsa e respetiva entidade gestora¹¹.

Ademais, é de salutar a eliminação da necessidade de autorização administrativa para as ofertas públicas e o reforço nos sistemas de registo, controlo e depósito, de compensação e liquidação de valores mobiliários, criando-se “as condições para a implementação do sistema de negociação em contínuo, por via eletrónica e a criação da Central de Valores Mobiliários que permitiria o maior ganho de eficiência de sempre no nosso mercado: a desmaterialização dos títulos”¹².

A previsão de um regime dos ilícitos do mercado com o devido enquadramento sancionatório foi igualmente um passo importante juntamente com a criação da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) responsável pela regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros¹³.

⁹ CARLOS GOMES DA SILVA e ABEL SEQUEIRA FERREIRA in “O Papel do Código dos Valores Mobiliários no Desenvolvimento do Mercado de Capitais Português”, *cit.*, p. 886. Para uma compreensão mais completa da redação deste diploma legal *vide* MARIA LUÍSA AZEVEDO [*et. al.*] in *Código do Mercado de Valores Mobiliários e Legislação Complementar: Anotado e Comentado*, Bolsa de Derivados, 1996.

¹⁰ PAULO CÂMARA in *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 4ª Ed., Almedina, 2018, pp. 534 e 535.

¹¹ Com a entrada em vigor do novo Cód. VM e procurando uma redação sintética e estável, o regime das entidades gestoras, que carece de alguma pormenorização, veio a ser regulado em diploma próprio e estipulou-se a obrigatoriedade de adotarem a forma de sociedade anónima.

¹² FERNANDO DA COSTA LIMA in “30 Anos de Regulamentação do Mercado de Valores Mobiliários – Uma Visão Crítica”, *cit.*, p. 49.

¹³ Na doutrina, realçando os feitos descritos *vide* CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Preparação do Código dos Valores Mobiliários: Circunstâncias Felizes” in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários sobre os Vinte Anos do Código dos Valores Mobiliários*, Coord. CMVM, Almedina, 2021, pp. 18 e 19; CARLOS GOMES DA SILVA e ABEL

De referir ainda que o Cód. MVM forneceu-nos uma importante definição no que toca ao conceito de mercado de valores mobiliários distinguindo o mercado primário do mercado secundário¹⁴ tendo, posteriormente, introduzido o conceito de mercados regulamentados como um subtipo do mercado secundário.

Desta feita, a abertura dos mercados à autonomia privada e a criação de estruturas que permitissem a fluidez das negociações e transações atinentes às operações financeiras com o respetivo enquadramento legal não só conferiram segurança jurídica, como contribuíram para a existência de condições favoráveis ao funcionamento dos mercados. Como complemento, a preocupação com a tutela de interesses públicos relacionados com a regulação, supervisão e previsão de sanções para a prática de condutas tipificadas como ilícitas foram fatores relevantes para transmitir aos participantes no mercado a imagem de que este era fidedigno, transparente e seguro, características imprescindíveis a qualquer economia que tenha a pretensão de dispor de um mercado de capitais atrativo e concorrente.

3. O Código dos Valores Mobiliários (Cód. VM)

3.1. As circunstâncias da época

Aprovado pelo Decreto-Lei nº 486/99, de 13 de novembro e com entrada em vigor a 01 de março de 2000, o Cód. VM¹⁵ não foi mais de que um evidente reflexo do rápido desenvolvimento dos mercados que impôs rever, atualizar, simplificar e modernizar o diploma central em matéria mobiliária¹⁶.

SEQUEIRA FERREIRA in “O Papel do Código dos Valores Mobiliários no Desenvolvimento do Mercado de Capitais Português”, *cit.*, p. 887.

¹⁴ Referimo-nos ao art. 3º nº 1 alíneas b), c) e d): “Para os efeitos deste diploma consideram-se: b) O mercado de valores mobiliários – o conjunto dos mercados organizados ou controlados pelas autoridades competentes e onde esses valores se transacionam; c) Mercado primário - o conjunto dos mercados de valores mobiliários através dos quais as entidades emittentes procedem à emissão desses valores e à sua distribuição pelos investidores; d) Mercado secundário - o conjunto dos mercados de valores mobiliários organizados para assegurar a compra e venda desses valores mobiliários depois de distribuídos aos investidores através do mercado primário”.

¹⁵ Debruçando-se sobre a preparação deste código *vide* PORTUGAL, MINISTÉRIO DAS FINANÇAS e CMVM in *Trabalhos Preparatórios do Código dos Valores Mobiliários*, CMVM, 1999.

¹⁶ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO in *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Almedina, 2016, p. 49 e *Direito dos Valores Mobiliários*, *cit.*, pp. 129 e ss.; CARLOS GOMES DA SILVA e ABEL SEQUEIRA FERREIRA in “O Papel do Código dos Valores Mobiliários no Desenvolvimento do Mercado de Capitais Português”, *cit.*, p. 887.

Apesar da inegável importância da elaboração do primeiro código mobiliário, o mesmo rapidamente se tornou insatisfatório para dar resposta ao enorme crescimento evolutivo dos mercados, a par dos constantes atos legislativos de fonte europeia¹⁷ que careciam de ser vertidos no ordenamento jurídico interno. Como principais razões apontadas para a substituição do Cód. MVM encontramos a sua prolixidade expressa no facto de ser composto por mais de 690 artigos, tendencialmente densos e longos, a reduzida conexão com normas gerais de direito conduzindo a uma desconfiança sistemática e o diminuto enquadramento numa perspetiva internacional dos mercados¹⁸.

Deste modo, a elaboração do novo código tinha como principais objetivos a codificação, a clarificação e simplificação formal e estrutural, a flexibilização, a coordenação com outros diplomas legais, a modernização e a internacionalização assentes nos princípios da transparência e da eficiência e num panorama amplo de reforma dos mercados de capitais incluindo a revisão do regime das entidades gestoras e do estatuto da CMVM¹⁹. Na altura foram oficialmente definidas linhas gerais de condução dos trabalhos, das quais realçamos: a revisão da redação e terminologia para mais fácil compreensão; a redução da extensão dos artigos; a coordenação com outros textos legais aplicáveis à área financeira; a clarificação dos âmbitos material e espacial de aplicação em face da integração e globalização como novas realidades; a consideração do acréscimo da concorrência nos mercados; a consagração de um tratamento diferenciado dos investidores em função das necessidades de proteção que reclamam; a reanálise dos mercados secundários²⁰.

¹⁷ Sobre a forte influência do Direito da UE no impulso da regulamentação jurídica da matéria mobiliária *vide* A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Direito Europeu dos Valores Mobiliários: Evolução e Linhas Gerais” in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano 7, Nº 2, 2015, pp. 273-296.

¹⁸ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA in “Preparação do Código dos Valores Mobiliários: Circunstâncias Felizes”, *cit.*, p. 19; LUCA ENRIQUES e PAULO CÂMARA, “The Portuguese Securities Code at Twenty: Some Comments on the Expansion, Goals and Limits of EU Financial Market Law” in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários sobre os Vinte Anos do Código dos Valores Mobiliários*, Coord. CMVM, Almedina, 2021, p. 26.

¹⁹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA in “Preparação do Código dos Valores Mobiliários: Circunstâncias Felizes”, *cit.*, pp. 19 e 20; CARLOS GOMES DA SILVA e ABEL SEQUEIRA FERREIRA in “O Papel do Código dos Valores Mobiliários no Desenvolvimento do Mercado de Capitais Português”, *cit.*, p. 888.

²⁰ FERNANDO DA COSTA LIMA in “30 Anos de Regulamentação do Mercado de Valores Mobiliários – Uma Visão Crítica”, *cit.*, pp. 51 e 52.

3.2. A evolução da sua redação ao longo dos tempo

Se inicialmente o Cód. VM visou uma continuidade do projeto iniciado pelo Cód. MVM aprimorada pelo trabalho doutrinário que vinha sendo realizado²¹, rapidamente as constantes alterações provenientes do Direito da União Europeia (UE) romperam com essa ligação, além de que os desenvolvimentos sentidos no funcionamento dos mercados e na negociação, por exigirem uma nova configuração da lei, impuseram forçosamente essa rutura.

Ao longo da sua vigência e perante tantas alterações e retificações – repare-se que o Cód. VM vai já na 51ª versão, à data da redação deste artigo²² –, muito dificilmente se evitaria a perda gradual da essência que esteve na estrutura base da sua preparação e elaboração. Pese embora no balanço feito por Carlos Ferreira de Almeida, o autor considere que o Cód. VM “mantém a sua estrutura original, os princípios basilares, a quase totalidade das regras mais genéricas, a relação das normas legais com preceitos regulamentares e uma moderada autorregulação”²³, ainda que assim o seja, representa um pequeno resquício daquilo que foi nos seus primeiros anos e não invalida que os objetivos que se traçaram à data se tenham vindo a tornar uma miragem. Como denotam Luca Enriques e Paulo Câmara, o objetivo de apresentar um código mais simples e conciso desapareceu à medida em que surgiam sucessivas diretivas a serem transpostas para o direito interno, além de que a unificação também não se atingiu na sua plenitude com o código a ser complementado por outros textos legais²⁴.

²¹ CARLOS GOMES DA SILVA e ÁBEL SEQUEIRA FERREIRA in “O Papel do Código dos Valores Mobiliários no Desenvolvimento do Mercado de Capitais Português”, *cit.*, p. 888.

²² O presente artigo foi elaborado no decurso do mês de julho de 2023 com a última revisão a 30 de Novembro do mesmo ano.

²³ In “Preparação do Código dos Valores Mobiliários: Circunstâncias Felizes”, *cit.*, p. 17.

²⁴ In “The Portuguese Securities Code at Twenty: Some Comments on the Expansion, Goals and Limits of EU Financial Market Law”, *cit.*, p. 26.

De entre todas as alterações, poderemos destacar a transposição das Diretivas do Abuso de Mercado²⁵, do Prospeto²⁶, da Transparência²⁷ e dos Mercados de Instrumentos Financeiros (DMIF I e DMIF II)²⁸ e, mais recentemente, a reforma operada no final de 2021²⁹. Deixa-se a nota de que em 2022 apenas ocorreram duas intervenções no Cód. VM, ambas cirúrgicas³⁰. Igualmente, no ano corrente de 2023, até à data em que se escreve o presente artigo, o Cód. VM sofreu modificações decorrentes da aprovação de dois diplomas legais que incidem em matérias específicas, sendo que as repercussões maiores prendem-se com a inclusão das unidades de participação em organismos de investimento coletivo na norma que tipifica os valores mobiliários e a previsão do exercício das funções de depositário de organismo de investimento coletivo como uma atividade de intermediação financeira³¹. Efetivamente, o impacto do Direito da UE na codificação portuguesa do Direito dos Valores Mobiliários é indiscutível, assim como também é clarividente o seu crescente peso em termos de extensão e de conteúdo, pois os indicadores dão conta de que o número de artigos que compõem o Cód. VM foi aumentando e

²⁵ Diretiva 2003/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro de 2003, transposta para o nosso ordenamento jurídico pelo Decreto-Lei n.º 52/2006, de 15 de março, posteriormente revogada pelo Regulamento 596/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, relativo ao abuso de mercado (regulamento abuso de mercado).

²⁶ Diretiva 2003/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de novembro de 2003, transposta para a ordem jurídica interna pelo Decreto-Lei n.º 52/2006, de 15 de março, posteriormente revogada pelo Regulamento (UE) 2017/1129 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, relativo ao prospeto a publicar em caso de oferta de valores mobiliários ao público ou da sua admissão à negociação num mercado regulamentado.

²⁷ Diretiva 2004/109/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 2004, transposta para o nosso ordenamento jurídico pelo Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31 de outubro.

²⁸ Respetivamente, Diretiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, transposta para a ordem jurídica interna pelo Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31 de outubro, e Diretiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, transposta para o nosso ordenamento jurídico pela Lei n.º 35/2018, de 20 de julho.

²⁹ Cfr. ponto 3.2.3 do presente artigo.

³⁰ Referimo-nos às alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 31/2022, de 06 de maio, que aprova o Regime Jurídico das Obrigações Cobertas e transpõe a Diretiva (UE) 2019/2162 e a Diretiva (UE) 2021/2261, alterando os arts. 257º-G e 375º do Cód. VM; e pela Lei n.º 23-A/2022, de 09 de dezembro, que transpõe a Diretiva (UE) 2019/878, relativa ao acesso à atividade bancária e supervisão prudencial, e a Diretiva (UE) 2019/879, relativa à recuperação e resolução de instituições de crédito e empresas de investimento, alterando, entre outra legislação, o art. 267º do Cód. VM.

³¹ Reportamo-nos às alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 27/2023, de 28 de abril, que aprova o regime da gestão de ativos, alterando os arts. 10º, 2º, 8º, 20º, 26º-H, 30º, 63º, 289º, 305º, 359º, 363º, 388º, 400º, 404º e 422º-A do Cód. VM e aditando o art. 397º-B; e pelo Decreto-Lei n.º 66/2023, de 08 de agosto, que procede à execução de regulamentos relativos a serviços financeiros e à transposição parcial da Diretiva (UE) 2021/2118, relativa ao seguro de responsabilidade civil da circulação de veículos automóveis, alterando diversos diplomas legais, sendo que no que diz respeito ao Cód. VM apenas modifica o seu art. 359º

de que a influência do Direito Europeu na redação dos artigos também tem vindo a alastrar-se³².

Não nos sendo possível percorrer todas ou grande parte das alterações ocorridas nas últimas décadas, uma vez que não é nossa pretensão uma análise exaustiva de índole histórico-jurídica atendendo aos limites de extensão deste artigo, selecionamos algumas modificações que nos parecem serem mais impactantes e, por isso, são merecedoras do nosso destaque nos pontos seguintes.

3.2.1. A conceção de mercado e as mutações na negociação de instrumentos financeiros

Na redação originária do Cód. VM foi necessário, desde logo, proceder à transposição das Diretivas que tratavam “das condições de admissão de valores mobiliários à cotação em bolsa e das informações a publicar por sociedades emitentes de ações admitidas à cotação, dos requisitos do prospeto de oferta pública de subscrição ou de venda de valores mobiliários, dos serviços de investimento, da supervisão prudencial, dos sistemas de pagamentos e do abuso de informação”, assim como se teve em consideração o projeto de Diretiva referente ao regime das OPA’s obrigatórias³³. Ademais, foram revogadas e alteradas várias normas do Código das Sociedades Comerciais com o objetivo de permitir “a aproximação à unidade de regimes sobre sociedades abertas, transmissão de ações e aquisição tendente ao domínio total”³⁴.

Em termos substanciais, as alterações de fundo verificaram-se na eliminação das OPA’s parciais e na desmutualização das bolsas, pondo-se fim à existência de duas bolsas e criando-se um mercado de bolsa de âmbito nacional³⁵. Foram reforçadas as regras de transparência e modernizaram-se

³² Evidenciando esta tendência através da apresentação de dados que demonstram a evolução nos últimos anos *vide* LUCA ENRIQUES e PAULO CÂMARA in “The Portuguese Securities Code at Twenty: Some Comments on the Expansion, Goals and Limits of EU Financial Market Law”, *cit.*, pp. 27-33. Os autores advertem que os números apresentados subestimam o papel do Direito da UE na legislação dos mercados de capitais, uma vez que existe legislação europeia que não carece de transposição e outra que está vertida em legislação fora do Cód. VM – *cf.* p. 30.

³³ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA in “Preparação do Código dos Valores Mobiliários: Circunstâncias Felizes”, *cit.*, p. 21.

³⁴ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA in “Preparação do Código dos Valores Mobiliários: Circunstâncias Felizes”, *cit.*, p. 23.

³⁵ FERNANDO DA COSTA LIMA in “30 Anos de Regulamentação do Mercado de Valores Mobiliários – Uma Visão Crítica”, *cit.*, p. 53.

os mecanismos de pós-negociação³⁶ sempre numa lógica de proteção, integridade e eficiência dos mercados com a finalidade última de atingir a integração do mercado decorrente da ideia de mercado único europeu ao nível dos mercados financeiros³⁷.

Relativamente à noção de mercado, na versão originária³⁸ do Cód. VM o legislador optou por um conceito restrito de mercado. Abandonou-se a distinção entre mercado primário e mercado secundário, adotando-se os conceitos de mercados regulamentados e outros mercados organizados por preterição do conceito de bolsa, como espelho da noção escolhida pelo Direito da UE enquanto conceito de referência. Em face da rápida evolução das plataformas de negociação, atualmente o legislador limitou-se a elencar as diversas formas de organização através de noções amplas³⁹ – preferindo a ideia de ‘sistema’ como elemento definitório e suprimindo a referência espacial – que conferem mais flexibilidade à letra da lei para se adaptar às mudanças que se vão sentido e às novas realidades que vão surgindo. Este processo de transição da concentração de negociação nos mercados regulamentados para a negociação noutras formas organizadas foi gradual com os primeiros sinais a serem dados pela DMIF I, uma vez que tinham sido traçados objetivos claros de dinamização e competitividade da economia europeia. O seu ímpeto ocorreu com a DMIF II ao, entre outros aspetos, reconhecer os sistemas organizados de negociação. Também a nível nacional, estando intimamente dependente das diretrizes europeias, o sistema jurídico foi a passo e passo afastando-se da concentração bolsista e prevendo atualmente a possibilidade da CMVM reconhecer outras formas organizadas de negociação de instrumentos financeiros, além daquelas que estão consagradas no Cód. VM⁴⁰.

³⁶ Com mais detalhe relativamente ao regime jurídico instituído pelos dois códigos *vide* JOSÉ NUNES PEREIRA, “Quinze Anos de Codificação Mobiliária em Portugal” in *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. VIII, Coimbra Editora, 2008, pp. 265-317.

³⁷ Aludindo aos objetivos do Direito da UE em matéria de mercados financeiros *vide* LUCA ENRIQUES e PAULO CÂMARA in “The Portuguese Securities Code at Twenty: Some Comments on the Expansion, Goals and Limits of EU Financial Market Law”, *cit.*, pp. 33-36.

³⁸ O art. 198º nº 1 do Cód. VM tinha a seguinte redação: “considera-se mercado de valores mobiliários qualquer espaço ou organização em que se admite a negociação de valores mobiliários por um conjunto indeterminado de pessoas atuando por conta própria ou através de mandatário”. Deixa, assim, de se abranger a simples confluência ou reunião entre quaisquer procura e oferta de valores mobiliários.

³⁹ Cfr. arts. 198º-201º do Cód. VM.

⁴⁰ Sobre estas alterações *vide* ANTÓNIO SOARES, “Mercados Regulamentados e Mercados Não Regulamentados” in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, Nº 7, 2000, pp. 276-282; PAULO CÂMARA in *Manual de Direito*

Assim, desde a entrada em vigor do Cód. VM e com o avançar dos anos que a evolução tecnológica e a crescente informatização se foram fazendo sentir mais intensamente repercutindo-se diretamente na estrutura e funcionamento dos mercados financeiros. A afirmação de novas realidades na negociação e transmissão de instrumentos financeiros é precisamente o seu resultado: a negociação automatizada; a negociação cada vez mais globalizada e concorrencial através de plataformas de negociação sem um espaço físico como elemento essencial, deixando de estar circunscrita à tradicional Bolsa de Valores (*v.g.* sistemas multilaterais de negociação e sistemas organizados de negociação); a negociação algorítmica e a negociação algorítmica de alta frequência⁴¹, que vieram a ser reguladas pela DMIF II como manifestação da cautela do legislador quanto aos riscos potenciais que envolvem para os mercados; a tecnologia *blockchain*⁴²; a crescente diversidade de instrumentos financeiros que extravasam as operações que têm por objeto os tradicionais valores mobiliários.

3.2.2. As atividades de intermediação financeira e a proteção do investidor

Podemos arriscar dizer que a evolução da legislação no que concerne às atividades de intermediação financeira anda de mãos dadas com a própria

dos Valores Mobiliários, cit., pp. 536, 545 e 557-564. Também sobre o conceito de mercado não regulamentado (os designados mercados organizados), SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, “Cabimento da Figura dos Mercados Não Regulamentados no Âmbito da DMIF e na Consequente Revisão do Cód. VM” in *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. VIII, *Wolters Kluwer*, Coimbra Editora, 2008, pp. 319-335.

⁴¹ Sobre esta temática indicamos ilustrativamente: FERNANDO GILBERTO in *Negociação Algorítmica de Alta Frequência – Negócios à Velocidade da Luz*, Vida Económica, 2015; ISABEL BARROS DE SOUSA in *Negociação Algorítmica de Alta Frequência: Questões Jurídicas e Económicas*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016; MIGUEL SANTOS ALMEIDA, “High-Frequency Trading: Regulamentação e Compliance no Contexto da Nova DMIF II” in *O Novo Direito dos Valores Mobiliários: I Congresso sobre Valores Mobiliários e Mercados Financeiros*, Coord. Paulo Câmara, Almedina, 2017, pp. 427-446; TERESA MIRA OLIVEIRA, “High-Frequency Trading: o Novo Paradigma da Negociação Automatizada” in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano 10, Nº 2, 2018, pp. 319-361. Para uma compreensão do seu impacto numa perspetiva mais economicista *vide* CATARINA FERRAZ, “20 Anos na Dinâmica da Negociação em Valores Mobiliários” in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários sobre os Vinte Anos do Código dos Valores Mobiliários*, Coord. CMVM, Almedina, 2021, pp. 365-382.

⁴² Para umas noções gerais *vide* FRANCISCO MENDES CORREIA, “A Tecnologia Descentralizada de Registo de Dados (Blockchain) no Setor Financeiro” in *FinTech: Desafios da Tecnologia Financeira*, 2ª Ed. – Reimp. 2020, Almedina, 2019, pp. 83-88; MARTINHO LUCAS PIRES, “Breve Nota sobre os Desafios Jurídicos da Blockchain” in *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Vol. III, Coord. José Lobo Moutinho, [et. al.], Universidade Católica Editora, 2020, pp. 1969-1993.

evolução do setor financeiro. Com a afirmação da figura do intermediário financeiro, a par da sofisticação dos instrumentos financeiros e, por conseguinte, do desenvolvimento das próprias atividades e serviços de investimento, a atuação do legislador naturalmente que se fez sentir a este nível, sendo certo que a regulação de novas operações e contratos foi conformada pelas recomendações das organizações internacionais. Paralelamente, a consolidação da importância da regulação para que os mercados funcionem de forma eficiente, transparente e segura teve, do mesmo modo, influência na intervenção legislativa. Este cuidado em regulamentar as atividades e serviços prestados no seio do mercado de capitais é igualmente fruto da crise financeira de 2007-2008, sobretudo ao nível da supervisão e que tem como intuito conferir mais segurança aos participantes do mercado e prevenir ou, pelo menos, minimizar os efeitos de períodos económico-financeiros menos favoráveis.

Portanto, uma das evidências que mais salta à vista nestes trinta anos de codificação é a gradual preocupação com a proteção dos investidores. Além da consagração de princípios norteadores das atividades exercidas pelos intermediários financeiros, a imposição de deveres foi-se densificando e está presente não só na fase de celebração e execução dos serviços, como também na fase prévia à contratação. Os deveres são de índole variada⁴³ – dever de conhecer o perfil do cliente, dever de categorização do cliente, dever de adequação das operações, dever de prevenção de conflitos de interesses, deveres de organização, etc. –, mas a verdade é que o legislador conferiu especial enfoque aos deveres de informação.

⁴³ Na doutrina, a título meramente exemplificativo: A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Os Deveres de Adequação dos Intermediários Financeiros à Luz da DMIF II” in *O Novo Direito dos Valores Mobiliários: II Congresso sobre Valores Mobiliários e Mercados Financeiros*, Vol. II, Coord. Paulo Câmara, Almedina, 2019, p. 61-80; ANDRÉ ALFAR RODRIGUES in *Deveres e Responsabilidade dos Intermediários Financeiros*, Almedina, 2020; JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, “Deveres e Responsabilidade do Intermediário Financeiro – Alguns Aspectos” in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, Nº 56, abril 2017, p. 31-52; MARGARIDA AZEVEDO DE ALMEIDA, “A Responsabilidade Civil do Intermediário Financeiro por Informação Deficitária ou Falta de Adequação dos Instrumentos Financeiros” in *O Novo Direito dos Valores Mobiliários: I Congresso sobre Valores Mobiliários e Mercados Financeiros*, Coord. Paulo Câmara, Almedina, 2017, pp. 411-424; PAULO CÂMARA, “Os Deveres de Categorização de Clientes e de Adequação dos Intermediários Financeiros” in *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coord. Maria Fernanda Palma, [et. al.], Coimbra Editora, 2009, pp. 299-324; PEDRO MIGUEL RODRIGUES, “A Intermediação Financeira: Em Especial, os Deveres de Informação do Intermediário Perante o Cliente” in *Data Venia*, Ano 1, Nº 2, 2013, pp. 101-131; RAFAELA ROCHA, “Categorização de Investidores no Âmbito da Intermediação Financeira. Apontamentos sobre o Novo Regime” in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, Nº 27, agosto 2007, pp. 97-106.

De mencionar o alargamento da previsão de forma escrita para a generalidade os contratos de intermediação financeira⁴⁴, e o aditamento de um artigo que tem por objeto a definição de um conteúdo mínimo dos contratos celebrados com investidores não profissionais⁴⁵. Para além disso, há que destacar o aperfeiçoamento das normas atinentes à responsabilidade civil do intermediário financeiro como salvaguarda dos direitos e interesses legítimos dos investidores, em particular dos investidores não profissionais⁴⁶. Quanto aos tipos de contratos em específico as alterações substanciais operaram, essencialmente, na regulação do contrato de consultoria para investimento, destacando-se, em jeito sucinto: a alteração da sua qualificação de serviço auxiliar para serviço ou atividade de investimento; a previsão de informação específica a prestar no seu âmbito⁴⁷; a distinção entre consultoria para investimento prestada numa base independente e a consultoria para investimento prestada numa base dependente; e a consagração de um regime de proibição de benefícios ilegítimos que veio a ser reforçado pela DMIF II⁴⁸.

3.2.3. A reforma de 2021, em particular

A reforma do Cód. VM no final do ano de 2021, concretizada pela Lei nº 99-A/2021, de 31 de dezembro, que entrou em vigor no dia 30 de janeiro de 2022, foi o culminar de muitas vozes que vinham soando a urgência em intervir na principal lei mobiliária, sem prejuízo da diversa legislação avulsa que foi igualmente objeto de alterações. Argumentos intimamente ligados à necessidade de dinamizar o nosso mercado de instrumentos financeiros e

⁴⁴ Cfr. art. 321º nº 1 do Cód. VM. Na versão anterior deste preceito a forma escrita apenas era exigível para certos contratos (relativos aos serviços previstos nas alíneas a) e d) do nº 1 do art. 290º e alíneas a) e b) do art. 291º, ambos do Cód. VM) e quando celebrados com investidores profissionais e não profissionais.

⁴⁵ Cfr. art. 321º-A do Cód. VM aditado pela Lei nº 35/2018, de 20 de julho e alterado pela Lei nº 99-A/2021, de 31 de dezembro.

⁴⁶ Cfr. art. 304º-A, aditado pelo Decreto-Lei nº 357-A/2007, de 31 de outubro, que presume no seu nº 2 a culpa do intermediário financeiro no âmbito da relações pré-contratuais e contratuais e, em qualquer caso, pela violação de deveres de informação; e, ainda, art. 324º Cód. VM que na sua versão original consagrava um prazo prescricional de dois anos e na versão atual o prazo difere consoante a categorização do investidor.

⁴⁷ Cfr. art. 312º-H do Cód. VM, aditado pela Lei nº 35/2018, de 20 de julho.

⁴⁸ Para uma análise mais aprofundada das alterações no que diz respeito não só à consultoria para investimento, como também aos contratos de intermediação em geral *vide* RUI PINTO DUARTE, “Os Contratos de Intermediação no Código dos Valores Mobiliários Vinte Anos Depois” in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários sobre os Vinte Anos do Código dos Valores Mobiliários*, Coord. CMVM, Almedina, 2021, pp. 395-425.

de o tornar mais atrativo, de forma a finalmente começar a ter um peso significativo na economia nacional, foram invocados pela globalidade daqueles que têm conhecimento de causa e estão amplamente familiarizados com a realidade financeira portuguesa.

Em termos gerais, foi nesse sentido que se introduziram alterações relacionadas com a própria técnica de redação das normas, a fim de as tornar mais leves, harmonizáveis, com uma linguagem mais simplificada e clarificada.

Em termos substanciais, a intervenção legislativa fez-se sentir em determinadas normas: (i) relativas ao registo na CMVM visando a simplificação dos procedimentos; (ii) no título respeitante à negociação dos instrumentos financeiros e nas disposições sobre os valores mobiliários com a finalidade de clarificar a redação; (iii) relativas à supervisão, regulação e cooperação; (iv) e nas matérias de crimes e ilícitos de mera ordenação social.

Duas das mais significativas alterações foram ao nível da revogação do regime das sociedades abertas e da revisão do regime das ofertas públicas, especialmente no que diz respeito ao prospeto. A título exemplificativo, podemos referir que o legislador deixou cair o conceito de sociedades abertas optando pelo regime das ‘sociedades cotadas’, sendo que as normas até então aplicáveis àquelas passam a cingir-se às sociedades com ações admitidas à negociação em mercado regulamentado. Além disso, o limiar dos direitos de voto para a comunicação das participações qualificadas foi aumentado fixando-se nos cinco por cento, tornou-se admissível a emissão de ações com direito ao voto plural, como instrumento adicional de dispersão do capital em mercado e foram introduzidas clarificações quanto ao regime de imputação de direitos de voto, bem como regras no sentido de facilitar o exercício do direito de voto em Assembleia Geral, incluindo uma nova figura de certificados de legitimação. Foi ainda eliminada a obrigatoriedade de contratação pelos emitentes de serviços de assistência e colocação em ofertas públicas, afastada a responsabilidade obrigatória dos intermediários financeiros pelo conteúdo do prospeto, alargado o patamar até ao qual não é exigível a publicação de prospeto e, por fim, passa a ser permitida a apresentação do prospeto em inglês.

Também no que concerne à tutela do investidor houve intervenção do legislador, nomeadamente modificando os arts. 321º nº 1, 324º nº 2 e 330º n.ºs 14 e 17 do Cód. VM. Estas modificações prendem-se com a imposição de forma

escrita para todos os contratos de intermediação financeira independentemente da categorização do investidor; a invocação da nulidade de forma reservada aos investidores não profissionais; a alteração dos prazos de prescrição da responsabilidade do intermediário financeiro, consagrando-se o prazo de dez anos no caso de investidores não profissionais; a previsão de prazos para a disponibilização e divulgação de informação no âmbito da execução de ordens.

No fundo, a intervenção legislativa de 2021 seguiu uma linha de simplificação, redução de encargos e de barreiras regulatórias e alinhamento com a legislação europeia com o fim último de tornar o mercado de capitais português mais atrativo.

4. Análise crítica e projeções futuras

O trabalho que foi sendo feito nos últimos anos teve em vista a implementação e a consolidação de uma política de regulação do sistema financeiro e das relações jurídicas estabelecidas no seu seio. Ou seja, houve o intuito de demarcação das estratégias intervencionistas que asfixiam os mercados e colocam entraves a um funcionamento competitivo e atrativo, passando-se a utilizar os mecanismos legais como ferramentas para uma regulação e supervisão equilibradas que garantam a defesa de princípios essenciais à transparência, proteção e eficiência do mercado, mas que simultaneamente não causem um impacto negativo na concorrência, no dinamismo e no incentivo à autonomia privada⁴⁹.

Contudo, o declínio da eficácia na implementação prática desta estratégia não tardou. Se, globalmente, o balanço é francamente positivo quanto aos resultados atingidos com o Cód. MVM e se na preparação e elaboração do Cód. VM o trabalho alcançado manteve-se numa rota de dinamização e afirmação do mercado português de capitais, lamentavelmente os desígnios iniciais pelos quais a codificação se pautou foram-se desvanecendo com relativa rapidez.

A intensa produção legislativa, sobretudo, devido à proliferação de atos legislativos oriundos da UE desencadearam sucessivas alterações e retificações

⁴⁹ JOSÉ NUNES PEREIRA in “Quinze Anos de Codificação Mobiliária em Portugal”, *cit.*, pp. 270 e 271. O autor afirma que “a codificação está na base da modernização do nosso mercado de capitais” e que “o impulso fortemente inovador e reformador do primeiro código mobiliário” foi atualizado e melhorado pelo código em vigor – *cf.* p. 298.

a que já aludimos e que fizeram com que o Cód. VM ficasse “desvirtuado das suas ideias orientadoras originais, em especial de simplificação e de flexibilização”⁵⁰. A crescer, deparamo-nos hoje com um texto confuso, complexo, opaco e com extensas exigências que, muitas das vezes, decorrem da densidade e exaustividade que caracteriza os textos de fonte europeia, mas que tantas outras se devem a uma opção nacional e não por força do comando normativo europeu. As lacunas na gestão legislativa, nomeadamente em termos do processo de transposição de diretivas, na harmonização e coordenação com o nosso sistema interno e na organização sistemática dos próprios regimes e dos respetivos diplomas legais conexos com o Cód. VM são outros fatores desfavoráveis que, infelizmente, facilmente identificamos.

Concluindo, perdeu-se a simplicidade e a sistematização que nortearam a elaboração do Cód. VM, porquanto que perante a sua versão atual constatamos um diploma legal exaustivo, com menos clareza e cada vez mais confuso para todos os intervenientes do mercado⁵¹. Estas circunstâncias geram consequências não só ao nível jurídico (*v.g.* obstáculos para o intérprete e aplicador do direito, preceitos inexecutáveis em termos práticos, dificuldades acrescidas no controlo do cumprimento efetivo dos preceitos, nomeadamente no que diz respeito aos deveres dos intermediários financeiros, resultados desajustados atendendo às circunstâncias concretas), mas também no próprio funcionamento do mercado e na sua importância no panorama da economia portuguesa tornando-o pouco atrativo pela imposição de muitos requisitos legais, pela oneração (por vezes, desproporcionada) dos intermediários financeiros, pela excessiva burocracia, pela falta de incentivos à permanência das empresas e à alocação do investimento⁵².

Posto que, e diante do atual cenário, a simplificação, a clarificação, a eliminação de normas desajustadas à realidade, a redução dos aspetos burocráticos e das formalidades, a diminuição dos encargos regulatórios, a promoção

⁵⁰ CARLOS GOMES DA SILVA e ABEL SEQUEIRA FERREIRA in “O Papel do Código dos Valores Mobiliários no Desenvolvimento do Mercado de Capitais Português”, *cit.*, p. 889.

⁵¹ Bastante críticos do presente Cód. VM, *vide* CARLOS GOMES DA SILVA e ABEL SEQUEIRA FERREIRA in “O Papel do Código dos Valores Mobiliários no Desenvolvimento do Mercado de Capitais Português”, *cit.*, pp. 889 e ss., entendendo até que o referido diploma legal desconsidera como princípio estruturante do sistema a promoção do desenvolvimento do mercado – *cfr.* p. 890.

⁵² CARLOS GOMES DA SILVA e ABEL SEQUEIRA FERREIRA in “O Papel do Código dos Valores Mobiliários no Desenvolvimento do Mercado de Capitais Português”, *cit.*, pp. 891-893.

do desenvolvimento do mercado em pé de igualdade com a proteção do investidor e a modernização no sentido de aproximação às práticas internacionais têm sido os principais aspetos apontados como cruciais para a dinamização do mercado e, conseqüente, inversão da tendência negativa e dos indicadores desfavoráveis que são a radiografia do nosso sistema financeiro nos dias de hoje⁵³.

Na nossa modesta opinião, cremos que alguns passos já foram dados como a reforma de 2021 que abordamos anteriormente, visto que as medidas adotadas são reveladoras das tais finalidades de simplificação, clarificação, desburocratização e harmonização. Porém, e sem a pretensa de apresentarmos uma visão pessimista, parece-nos que “a promoção e desenvolvimento do mercado português, como fonte de financiamento complementar ao serviço das empresas”⁵⁴ não será verdadeiramente alcançada – de forma a que gere resultados com um impacto generalizado no mercado de capitais ao ponto de reverter a atual tendência de declínio – se não houver uma cooperação institucional multidisciplinar e uma participação transversal dos setores económico e social. Ademais, a extensão, a densidade, a complexidade e a falta de clareza da redação das normas do Cód. VM, assim como a própria apresentação do mesmo com uma série de artigos revogados e artigos aditados, não são indicadores favoráveis a uma vida (muito mais) longa do principal diploma legal do Direito dos Valores Mobiliários e, certamente, irão desaguar na propugnação de uma revitalização profunda do mesmo que não nos parece que se compagine com sucessivas alterações.

5. Súmula conclusiva

Ao longo deste texto já fomos deixando alguns sinais das conclusões que nos afiguram como pertinentes e que, para fechar este breve estudo, as podemos sintetizar pela repartição em três momentos:

⁵³ Assim o defendendo e antecipando algumas medidas da reforma do Cód. VM que, à data do artigo, tinham sido apresentadas como proposta e que, posteriormente, vieram a ser concretizadas, *vide* CARLOS GOMES DA SILVA e ABEL SEQUEIRA FERREIRA in “O Papel do Código dos Valores Mobiliários no Desenvolvimento do Mercado de Capitais Português”, *cit.*, pp. 894-899.

⁵⁴ CARLOS GOMES DA SILVA e ABEL SEQUEIRA FERREIRA in “O Papel do Código dos Valores Mobiliários no Desenvolvimento do Mercado de Capitais Português”, *cit.*, pp. 897 e 898.

- i) Um primeiro momento muito positivo traduzido na compilação das matérias principais num único código unificador e devidamente sistematizado, tendo sido vital para projetar o mercado português e retirar proveito da fase de expansão que se vivia naquela época. Não poderíamos acompanhar, ainda que ao nosso ritmo, o desenvolvimento dos mercados financeiros à escala mundial sem legislação sólida que regulamentasse os aspetos estruturantes do funcionamento dos mercados, desde a emissão, passando pela negociação, até às relações contratuais, paralelamente com a consagração de regimes de controlo e supervisão. Portanto, é unânime que o Cód. MVM foi crucial para a afirmação do Direito dos Valores Mobiliários e para a projeção do mercado português de capitais.
- ii) Um segundo momento, aquando da elaboração do Cód. VM, que se revelou inevitável por força das circunstâncias evolutivas e que se iniciou tendo por base princípios e finalidades de louvar, dando seguimento à consolidação do Direito dos Valores Mobiliários que vinha sendo construída.
- iii) Numa fase posterior e devido a uma conjugação de fatores que fomos elencando no corpo do texto, um terceiro momento caracterizado, em certa medida, por um retrocesso ou, pelo menos, uma desorientação daquelas linhas basilares e que são comumente entendidas como favoráveis à formação de um mercado competitivo e aliciante. Apesar do sinal que nos foi dado com a reforma de 2021 no sentido de reverter o estado atual das coisas, é neste estágio que (ainda) nos encontramos onde os ‘remendos’ que têm segurado o Cód. VM, mais cedo ou mais tarde, irão revelar-se in comportáveis e conduzirão, no nosso entendimento, à preparação de um novo código que recupere os objetivos iniciais presentes no processo de codificação, agora devidamente enquadrados na nova realidade do mercado de capitais: um mercado cada vez mais globalizado, interconectado, digital, tecnológico e inovador.

30 ANOS (1993-2023) NO DIREITO DA FAMÍLIA

Cristina Dias¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.148.10>

I. Nota prévia

Os últimos anos do século passado e primeiros do presente século trouxeram importantes alterações no âmbito do Direito da Família português, acompanhando as mudanças na sociedade e nos respetivos valores. Desde a regulamentação da união de facto e o seu reconhecimento como nova relação familiar, ou a alteração das modalidades de casamento e do seu conceito, ao novo regime jurídico do divórcio com mudanças de relevo nas suas causas e efeitos, entre outras. Poderíamos também referir as alterações ocorridas no domínio do Direito das Crianças e Jovens, destacando-se, além das alterações na regulamentação do exercício das responsabilidades parentais (que aqui falaremos), a adaptação da legislação portuguesa à Convenção dos Direitos da Criança e outros documentos internacionais, com o aparecimento da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo e da Lei Tutelar Educativa, as alterações no instituto da adoção e o surgimento do apadrinhamento civil, bem como as repercussões no estabelecimento da filiação do recurso a técnicas

¹ Professora Catedrática da Escola de Direito da Universidade do Minho

de procriação medicamente assistida (PMA). Deixaremos, todavia, essa área à margem desta análise, bem como o Direito das Sucessões (mais estático, mas onde podíamos também mencionar algumas alterações significativas, como a abertura à admissibilidade, em certos casos, dos pactos sucessórios renunciativos ou os efeitos sucessórios decorrentes da admissibilidade de técnicas de PMA homóloga *post mortem*).

Deixamos de parte também o regime jurídico do maior acompanhado, introduzido pela Lei nº 49/2018, de 14 de agosto, que eliminou os institutos da interdição e da inabilitação, e que trouxe reflexos importantes no domínio do Direito da Família e no tratamento de adultos vulneráveis, como acontece com alguns idosos.

A análise que nos propomos fazer da evolução do Direito da Família, no nosso ordenamento jurídico, nos últimos 30 anos é parcialmente coincidente com as alterações mais relevantes nesse domínio do saber jurídico. Naturalmente que não poderemos analisar todas as alterações legislativas nem proceder a um estudo aprofundado das mesmas. Tentaremos, por isso, referir as mais significativas e com maior impacto jurídico-social, sendo a referência essencialmente descritiva.

II. O que mudou nos últimos 30 anos no Direito da Família

1. A eliminação da moratória – o Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro

O art. 1696º do Código Civil² determina os bens que respondem pelas dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges, válido para todos os regimes de bens, embora especialmente apontado para os regimes de comunhão. Por essas dívidas respondem, em primeiro lugar, os bens próprios do cônjuge devedor e subsidiariamente a sua meação nos bens comuns, mantendo-se, quer na redação de 1966, quer com a Reforma de 1977, a moratória já estabelecida no § 1º do art. 1114º do Código de Seabra, quanto à execução dessa meação, em homenagem à afetação dos bens comuns à satisfação das

² Sempre que sejam citados artigos, sem indicação expressa do diploma a que pertencem, a menção reporta-se ao Código Civil.

necessidades comuns do casal, tendo o credor que aguardar pela cessação da moratória. Segundo o art. 1696º, nº 1, na redação anterior ao Decreto-Lei nº 329-A/95, de 12 de dezembro, “pelas dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges respondem os bens próprios do cônjuge devedor e, subsidiariamente, a sua meação nos bens comuns; neste caso, porém, o cumprimento só é exigível depois de dissolvido, declarado nulo ou anulado o casamento, ou depois de decretada a separação judicial de pessoas e bens ou a simples separação judicial de bens”.

Havia, porém, exceções à moratória. Desde logo, as previstas no nº 2 do art. 1696º, em atenção à natureza dos bens e, por isso, respondiam esses bens ao mesmo tempo que os bens próprios do cônjuge devedor, e no nº 3 do mesmo artigo, atendendo à índole da fonte de onde a dívida provinha.

De referir que, até ao Decreto-Lei nº 329-A/95, de 12 de dezembro, existindo a moratória, o outro cônjuge poderia opor-se a que os bens comuns respondessem nos termos do nº 1 do art. 1696º, invocando a moratória aí existente, ou requerendo a separação judicial de bens (nos casos admitidos por lei) ou ainda embargando a penhora dos bens comuns no que ela excedesse o valor provável da meação do devedor (se, neste caso, não tivesse havido moratória nem separação judicial de bens).

A ressalva à moratória estabelecida no nº 3 do art. 1696º, que permitia que a meação do cônjuge devedor fosse executada sem moratória se a dívida proviesse de crime ou outro facto imputável ao mesmo cônjuge (o que protegia o interesse das vítimas desses factos ou o Estado), tinha também precedentes no direito anterior.

Uma das exceções à moratória do art. 1696º, nº 1, constava do art. 10º do Código Comercial³: tratava-se das dívidas comerciais de qualquer dos cônjuges, que seriam pagas pela meação dele nos bens comuns, cujo pagamento podia ser exigido, de acordo com esse artigo, antes de dissolvido, declarado nulo ou anulado o casamento ou de haver separação judicial de pessoas e bens ou só de bens. Sendo a dívida comercial, mas não sendo comerciante o cônjuge que a contraiu, ou se a dívida é comercial, e comerciante o cônjuge

³ Art. 10º do Código Comercial: “Não há lugar à moratória estabelecida no nº 1 do art. 1696º do Código Civil quando for exigido de qualquer dos cônjuges o cumprimento de uma obrigação emergente de ato de comércio, ainda que este o seja apenas em relação a uma das partes”.

que a contraiu, mas a obrigação nasce de um ato que nenhuma conexão tem com o exercício do comércio do cônjuge devedor, nenhuma aplicação teria a esses casos o disposto na al. *d*) do nº 1 do art. 1691º; mas, ser-lhes-ia, em princípio, aplicável a disposição do art. 10º do Código Comercial, em que a proteção especial concedida à atividade mercantil, em geral, e o conseqüente reforço do crédito, se traduziam na exequibilidade imediata da meação do cônjuge devedor.

A razão da moratória assim estabelecida era, como se sabe, estarem os bens comuns afetados à satisfação das necessidades comuns do casal. Sendo essa a sua natureza, não deviam tais bens responder por dívidas próprias de um dos cônjuges antes de cessar a afetação referida. Uma vez dissolvido o casamento ou decretada a separação de bens, a cada um dos cônjuges será atribuída a sua meação nos bens que foram comuns, meação que podia agora ser executada para satisfação das dívidas próprias do respetivo cônjuge.

Era neste contexto que intervinha o art. 10º do Código Comercial, ao estatuir que era dispensada a moratória quando fosse exigido o cumprimento de uma obrigação emergente de ato de comércio, ainda que este o fosse apenas em relação a uma das partes. Assim, e de acordo com o art. 825º, nº 1, do Código de Processo Civil anterior a 2013 (na sua primeira redação), podiam ser imediatamente penhorados bens comuns do casal, desde que o exequente, ao nomeá-los à penhora, pedisse a citação do cônjuge do executado para requerer a separação de bens.

Parece-nos claro que, suprimida a moratória que se previa na anterior versão do art. 1696º, nº 1, como veremos, aquela disposição da lei comercial perde a sua razão de ser, deixa de fazer sentido; em suma, parece desaparecer do ordenamento jurídico, por força da mencionada revogação tácita.

Com o Decreto-Lei nº 329-A/95, de 12 de dezembro, alterou-se, significativamente, o regime previsto no art. 1696º (aboliu-se a moratória do nº 1 e revogou-se o seu nº 3), deixando de haver a distinção entre as dívidas que davam lugar à moratória e aquelas que permitiam a imediata execução dos bens comuns, logo que se verificasse a falta ou insuficiência dos bens próprios do cônjuge devedor. Agora todas as dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges podem levar à penhora (subsidiária) dos bens comuns, sem esperar pela dissolução, anulação ou declaração de nulidade do casamento ou pela separação judicial de pessoas e bens ou só de bens.

O regime anterior, fazendo prevalecer o interesse da família sobre o do credor, era, no mínimo, injusto. O credor que estivesse sujeito ao regime-regra da moratória e que não conseguisse fazer-se pagar pelos bens próprios do cônjuge devedor, tinha de esperar por tempo indefinido o pagamento, por muito avultado que fosse o património comum dos cônjuges.

2. As medidas de proteção da união de facto (Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, com as alterações subsequentes)

Quer em Portugal quer no domínio jurídico europeu, começou a assis-tir-se a movimentos que admitiam outras formas de família. Neste contexto, assumiram papel de relevo as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem⁴. Mas quer se considere ou não a união de facto como relação familiar, o legislador optou por atribuir alguns efeitos jurídicos a tais uniões. Existindo na realidade social, e ainda que deva, nas palavras de Guilherme de Oliveira, manter-se como “*não jurídica*”⁵, o legislador não podia ignorá-la. É verdade que há várias referências à união de facto, ou à vida em condições análogas às dos cônjuges, em diferentes normas (desde o Código Civil, à legislação laboral, da segurança social, etc.), mas só com a Lei nº 135/99, de 29 de agosto, passou a existir um diploma que adotava medidas de proteção da união de facto. A legislação necessária à execução desta lei nunca chegou a ser publicada e acabou por ser substituída pela Lei nº 7/2001, de 11 de maio, que efetivamente regula alguns efeitos jurídicos da união de facto e que veio dar relevância jurídica às uniões entre pessoas do mesmo sexo, equiparando-as às uniões entre pessoas de sexo diferente. Esta Lei nº 7/2001 sofreu algumas alterações em 2010 (com a Lei nº 23/2010, de 30 de agosto). Foi, na verdade, a Lei nº 23/2010, de 30 de agosto, que introduziu a noção de união de facto, no art. 1º, nº 2, definindo-a como a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges

⁴ A interpretação objetivista atualista, necessária para que a nova realidade social esteja abrangida nas normas internacionais, é utilizada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em vários aspetos relativos à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e, especialmente, sobre o respeito pela vida privada e familiar e o direito a contrair casamento – arts. 8º e 12º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

⁵ Guilherme de Oliveira, “Notas sobre a Lei nº 23/2010, de 30 de agosto (alteração à Lei das Uniões de Facto)”, *Lex Familiariae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 7, nº 14, 2010, p. 140.

há mais de dois anos. Para que a união de facto produza os efeitos previstos na lei importa que não se verifique qualquer um dos impedimentos à atribuição de direitos ou benefícios fundados na união de facto (art. 2º da Lei nº 7/2001, de 11 de maio).

Em relação à prova da união de facto, o legislador português optou por um regime de prova por qualquer meio (não exigindo um registo da união).

A Lei nº 7/2001, de 11 de maio, com as alterações introduzidas pelas Leis nº 23/2010, de 30 de agosto, nº 2/2016, de 29 de fevereiro, nº 49/2018, de 14 de agosto, e nº 71/2018, de 31 de dezembro, poderia ter ido mais longe na regulamentação da união de facto. Muitas das medidas de proteção aí referidas resultam de legislação que já existia (v., os direitos referidos no art. 3º), não regulando, por exemplo, os problemas relativos às dívidas contraídas pelos conviventes que se destinem a ocorrer aos encargos normais da vida em comum ou as questões que surgem em caso de dissolução da união de facto e que podem implicar enriquecimento injustificado de um convivente face ao outro. Em todo o caso, há algumas disposições que trouxeram soluções novas e protetoras da união de facto. É o caso da proteção da casa de morada da família em caso de rutura (art. 4º da Lei nº 7/2001, de 11 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei nº 23/2010), equiparando-se, para este efeito, a rutura da união de facto à dissolução do casamento, e em caso de morte. O convivente sobrevivente goza de direitos relativos à atribuição da casa de morada comum e à transmissão do direito de arrendamento (art. 5º da Lei nº 7/2001, de 11 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei nº 23/2010, e art. 1106º do Código Civil).

O art. 5º, nº 1, da referida lei, atribui ao membro sobrevivente um direito real de habitação da casa de morada da família, propriedade do membro falecido, e um direito de uso do respetivo recheio, pelo prazo de cinco anos. Se os membros da união de facto eram comproprietários da casa de morada da família e do respetivo recheio, o sobrevivente tem os direitos referidos, em exclusivo (nº 3). No caso de a união de facto ter começado há mais de cinco anos antes da morte, os mesmos direitos são conferidos por tempo igual ao da duração da união (nº 2).

Excepcionalmente, e por motivos de equidade, o tribunal pode prorrogar os prazos anteriormente referidos considerando, designadamente, os cuidados dispensados pelo membro sobrevivente à pessoa do falecido ou a

familiares deste, e a especial carência em que o membro sobrevivente se encontre, por qualquer causa (n.º 4).

Se o interessado não habitar a casa por mais de um ano, os direitos em causa caducam, salvo se a falta de habitação for devida a motivo de força maior (n.º 5)⁶.

Esgotado o prazo em que beneficiou do direito de habitação, o membro sobrevivente tem o direito de permanecer no imóvel na qualidade de arrendatário, nas condições gerais do mercado, e tem direito a permanecer no local até à celebração do respetivo contrato, salvo se os proprietários satisfizerem os requisitos legalmente estabelecidos para a denúncia do contrato de arrendamento para habitação, pelos senhorios, com as devidas adaptações (art. 5.º, n.º 7).

O membro sobrevivente tem também direito de preferência em caso de alienação do imóvel, durante o tempo em que o habitar a qualquer título (n.º 9).

No caso de a casa de morada da família ser arrendada, o membro sobrevivente beneficia da proteção prevista no artigo 1106.º do Código Civil. Assim, o direito ao arrendamento para habitação não caduca por morte do arrendatário quando lhe sobreviva pessoa que com ele vivesse no local em união de facto há mais de um ano⁷. Se o arrendatário era o membro falecido, a sua posição transmite-se ao membro sobrevivente; se no contrato de arrendamento constavam como arrendatários ambos os membros, a morte de um provoca a concentração do arrendamento no outro⁸.

De destacar também a possibilidade de duas pessoas, de sexo diferente, que vivam em união de facto poderem adotar conjuntamente em condições análogas às dos cônjuges (art. 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio), bem como a aplicação do regime do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares e o acesso a prestações por morte nas mesmas condições aplicáveis aos sujeitos passivos casados (arts. 3.º, n.º 1, als. *d*), *e*), *f*), e *g*), e 6.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio).

⁶ Além disso, o direito real de habitação previsto no n.º 1 do art. 5.º não é conferido ao membro sobrevivente se este tiver casa própria na área do respetivo concelho da casa de morada da família; no caso das áreas dos concelhos de Lisboa ou do Porto incluem-se os concelhos limítrofes (art. 5.º, n.º 6).

⁷ O art. 1106.º foi alterado pela Lei n.º 31/2012, de 12 de agosto, dispondo no seu n.º 1, al. *b*), que o direito ao arrendamento para habitação não caduca por morte do arrendatário quando lhe sobreviva pessoa que com ele vivesse em união de facto há mais de um ano; e pela Lei n.º 13/2019, de 12 de fevereiro, que revogou o seu n.º 2.

⁸ Na verdade, o art. 1106.º apenas refere a transmissão do arrendamento por morte, mas parece ter sido um lapso do legislador, dado que a situação é referida no art. 1107.º. Neste sentido, v., Rita Lobo Xavier, “Concentração” ou transmissão do direito ao arrendamento habitacional em caso de divórcio ou morte”, in *AAVV, Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2008, p. 1037.

3. A Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.º 16/2001, de 22 de junho), a Concordata entre o Estado português e a Santa Sé de 2004 e as alterações ao Código do Registo Civil

A Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.º 16/2001, de 22 de junho), regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de setembro, que introduziu alterações ao Código do Registo Civil, veio atribuir efeitos jurídicos civis aos casamentos celebrados por forma religiosa perante o ministro do culto de uma igreja ou comunidade religiosa radicada no País (art. 19.º da Lei n.º 16/2001, de 22 de junho). Trata-se apenas de uma diferente forma de celebração do casamento, sendo este regido pelas disposições da lei civil em tudo o mais.

De referir que o art. 58.º da Lei da Liberdade Religiosa ressalva a Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa de 7 de maio de 1940, o Protocolo Adicional à mesma de 15 de fevereiro de 1975, bem como a legislação aplicável à Igreja Católica, não lhe sendo aplicáveis as disposições desta lei relativas às igrejas ou comunidades religiosas inscritas ou radicadas no País, sem prejuízo da adoção de quaisquer disposições por acordo entre o Estado e a Igreja Católica ou por remissão da lei.

De facto, em relação ao casamento católico, continua a vigorar o sistema do casamento civil facultativo na segunda modalidade, ou seja, o Estado admite o casamento católico tal como ele é regulado pela Igreja, sendo regido pelas normas de direito canónico (casamento civil e casamento católico não são reconhecidos apenas como diferentes formas de celebração do casamento, mas como institutos jurídicos diferentes)

Entretanto, em 2004, entrou em vigor a atual Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa, substituindo a de 1940⁹, e trouxe alterações relevantes no regime do casamento católico. De facto, deixou de existir uma norma semelhante ao art. XXV da Concordata de 1940, no sentido de que é reservado aos tribunais eclesiásticos o conhecimento das causas respeitantes à declaração de nulidade do casamento católico e à dispensa do casamento rato e não consumado. Assim, e não obstante a manutenção do art. 1625.º do Código Civil português, que mantém essa

⁹ A Concordata foi assinada a 18 de maio de 2004 e entrou em vigor, após a troca dos instrumentos de ratificação, a 18 de dezembro de 2004.

competência, abriu-se a porta à possibilidade de também os tribunais civis poderem pronunciar-se quanto à declaração de nulidade dos casamentos católicos.

Além disso, e nos termos do art. 16º da Concordata de 2004, bem como do art. 1626º do Código Civil, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 100/2009, de 11 de maio (visando a sua articulação com a Concordata de 2004), a receção no direito português das decisões das autoridades eclesíásticas relativas à nulidade do casamento católico e à dispensa do casamento rato e não consumado deixou de ser automática, só produzindo efeitos civis, a requerimento de qualquer das partes, após revisão e confirmação, nos termos da lei processual, pelo tribunal da Relação competente.

De mencionar ainda as alterações introduzidas ao Código do Registo Civil pelo Decreto-Lei nº 324/2007, de 28 de setembro¹⁰. Sendo impossível referir todas as alterações, limitamo-nos a destacar a regulamentação dos casamentos civis sob a forma religiosa (cujo assento vem regulado nos arts. 187º-A a 187º-C) e a alteração do modo de publicidade do processo preliminar de casamento. O Código do Registo Civil, anterior ao Decreto-Lei nº 324/2007, de 28 de setembro, previa, como forma de publicidade do processo preliminar de casamento (na altura denominado de processo preliminar de publicações), a afixação de editais. A publicidade do processo é agora efetuada pelo direito à obtenção de cópia, certificada ou com mero valor de informação, da parte da declaração para casamento que contém os elementos previstos nas als. *a)*, *b)*, *c)* e *g)* do nº 2 do artigo 136º (art. 140º, nº 2, do Código do Registo Civil).

Finalmente, de referir também a possibilidade de se efetuar a partilha dos bens comuns subsequentes a um processo de divórcio e regulada nos arts. 272º-A a 272º-C do Decreto-Lei nº 324/2007, de 28 de setembro. Os arts. 210º-A a 210º-R do Código do Registo Civil, regulamentado pela Portaria nº 1594/2007, de 17 de dezembro, e com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 247-B/2008, de 30 de dezembro, regulam ainda os

¹⁰ O diploma foi objeto da Declaração de Retificação nº 107/2007, de 27 de novembro, e das alterações introduzidas pelos seguintes diplomas: Lei nº 61/2008, de 31 de outubro, Decreto-Lei nº 247-B/2008, de 30 de dezembro, Decreto-Lei nº 100/2009, de 11 de maio, Lei nº 29/2009, de 29 de junho, Lei nº 103/2009, de 11 de setembro, Lei nº 7/2011, de 15 de março, Decreto-Lei nº 209/2012, de 19 de setembro, Lei nº 23/2013, de 5 de março, Lei nº 90/2015, de 12 de agosto, Lei nº 143/2015, de 8 de setembro, Decreto-Lei nº 201/2015, de 17 de setembro, Lei nº 2/2016, de 29 de fevereiro, Lei nº 5/2017, de 2 de março, Decreto-Lei nº 51/2018, de 25 de junho, e Lei nº 49/2018, de 14 de agosto.

procedimentos simplificados de sucessão hereditária, que correm em atendimento presencial único (art. 210º-D, nº 1, do Código do Registo Civil), no chamado Balcão das Heranças.

4. Os prazos nas ações de investigação da maternidade/paternidade

A compatibilidade da existência de prazos de caducidade das ações de investigação da paternidade com certos princípios constitucionais começou a ser discutida, há já algumas décadas, pela doutrina e jurisprudência.

O acórdão do Tribunal Constitucional nº 23/2006, de 10 de janeiro, ao declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do nº 1 do art. 1817º do Código Civil, aplicável por força do art. 1873º do mesmo código, na medida em que previa, para a caducidade do direito de investigar a paternidade, um prazo de dois anos a partir da maioridade do investigador, por violação das disposições dos arts. 26º, nº 1, 36º, nº 1, e 18º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP), traduziu uma alteração na jurisprudência (e que se iniciou com o acórdão do Tribunal Constitucional nº 486/2004, de 7 de julho). De facto, a jurisprudência constitucional anterior¹¹ considerava que a aplicação dos prazos previstos no art. 1817º às ações de investigação da paternidade não violava a Constituição, uma vez que o estabelecimento de prazos para a propositura de tais ações não implicava uma restrição do direito fundamental ao estabelecimento da relação de paternidade, resultante do direito à identidade pessoal previsto no art. 26º da CRP. A existência de um prazo corresponderia apenas a uma condição do exercício de tal direito e não a uma limitação do conteúdo do mesmo. Nas ações de investigação da paternidade, além do direito do filho ao estabelecimento da sua filiação haverá outros interesses que também merecem a tutela jurídica.

O Código Civil de 1966 fixou um prazo de caducidade atendendo, essencialmente, a três razões. “Em primeiro lugar, tratava-se da “segurança jurídica” dos pretensos pais e dos seus herdeiros. Havia, e há, o sentimento

¹¹ V., as referências jurisprudenciais apresentadas por Jorge Duarte Pinheiro, “Inconstitucionalidade do artigo 1817º, nº 1, do Código Civil – anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional nº 23/2006, de 10.1.2006”, *Cadernos de Direito Privado*, nº 15, julho-setembro, 2006, pp. 46 e 47.

de que as pretensões jurídicas não devem pairar indefinidamente sobre a cabeça dos sujeitos visados (...). Em segundo lugar, toma-se em consideração o chamado “envelhecimento das provas”. Os litígios quanto à paternidade foram sempre de prova difícil, pelo carácter discreto dos factos e pela emoção inevitável que os problemas suscitam (...). Então, compreende-se que a passagem do tempo aumente os perigos – as pessoas e os lugares alteram-se, a memória falha, todos os conluios podem florescer para apoiar uma acção bem urdida. Por fim, o argumento da “caça às fortunas” foi sempre brandido pelos autores receosos das pretensões dos filhos ilegítimos, agindo contra pessoas com meios de fortuna, movidos apenas por sentimentos de cobiça, quando os pretensos pais estavam na hora de morrer”¹².

Ora, sendo estas as razões invocadas para a existência de um prazo de caducidade das acções de investigação, a verificação de uma alteração das circunstâncias pode implicar uma diferente forma de encarar o problema, tal como, aliás, referiu o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006, de 10 de janeiro¹³.

O Tribunal Constitucional reconheceu, no referido acórdão, que poderá aceitar-se que o argumento da segurança possa eventualmente justificar um prazo de caducidade da investigação de paternidade. Considerou, em todo o caso, que não deve sobrevalorizar-se, no confronto com bens constitutivos da personalidade, a garantia de segurança jurídica, que releva sobretudo no âmbito patrimonial.

Por seu lado, o investigado poderá também invocar direitos fundamentais, como o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (ou, mesmo, o direito ao desenvolvimento da personalidade), que poderão ser afetados pela revelação de factos que o possam comprometer. Considerou, porém, o Tribunal Constitucional que não se vê que se possa proteger tais interesses do eventual progenitor à custa do direito de investigar a própria paternidade. Por isso, concluiu que o regime previsto no art. 1817º, na redacção

¹² Guilherme de Oliveira, “Caducidade das acções de investigação”, *Lex Familiarae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 1, nº 1, 2004, p. 8, e “Caducidade das acções de investigação”, in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 50 e 51.

¹³ V., acórdão do Tribunal Constitucional nº 23/2006, de 10 de janeiro (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060023.html?impressao=1>, consultado a 17 de março de 2023). V. também, Guilherme de Oliveira, “Caducidade das acções de investigação”, *Lex Familiarae...*, *cit.*, pp. 10-12.

anterior à Lei nº 14/2009, de 1 de abril, “ao excluir totalmente a possibilidade de investigar judicialmente a paternidade (ou a maternidade), logo a partir dos vinte anos de idade, tem como consequência uma diminuição do alcance do *conteúdo essencial* dos direitos fundamentais à identidade pessoal e a constituir família, que incluem o direito ao conhecimento da paternidade ou da maternidade”, considerando, assim, o prazo previsto na norma como inconstitucional, por violação dos arts. 26º, nº 1, 36º, nº 1, e 18º, nº 3, da CRP.

Atendendo aos princípios constitucionais referidos, sendo de destacar o direito ao desenvolvimento da personalidade e ao conhecimento da origem genética, aos avanços científicos que permitem, sem envelhecimento das provas, o conhecimento da verdade biológica, e mesmo a alteração da estrutura social e da riqueza (que põem em causa o argumento da “caça às fortunas”), as ações de investigação não devem estar sujeitas a um prazo de caducidade, podendo o filho exercer a todo o tempo o direito de estabelecer a sua filiação¹⁴.

A Lei nº 14/2009, de 1 de abril, veio determinar um novo prazo de caducidade das ações de investigação¹⁵. Até à entrada em vigor da Lei nº 14/2009, de 1 de abril, tendo o Tribunal Constitucional declarado, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade do prazo de dois anos, previsto no art. 1817º, nº 1, do Código Civil, as ações de investigação da paternidade deixaram de estar sujeitas a um prazo de caducidade. Só com a Lei nº 14/2009, de 1 de abril, foi alterado o prazo previsto no art. 1817º referido, determinando que a ação de investigação da maternidade/paternidade pode ser intentada durante a menoridade do investigador ou nos dez anos posteriores à sua maioridade ou emancipação¹⁶.

¹⁴ Esta alteração dos “dados do problema” levou Guilherme de Oliveira a mudar a sua posição inicial manifestada na obra *Critério Jurídico da Paternidade*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 465-467, onde considerava adequada a existência de um prazo de caducidade nas ações de investigação. V., Guilherme de Oliveira, “Caducidade das ações de investigação”, *Lex Familiae...*, cit., p. 13. Por seu lado, Jorge Duarte Pinheiro, *loc. cit.*, p. 48, considera que os prazos de caducidade traduzem uma restrição desproporcionada do direito à identidade pessoal, consagrado no art. 26º, nº 1, da CRP, na medida em que a ação de investigação “constitui o meio que assiste ao pretense filho para obter o reconhecimento judicial da sua ascendência biológica”.

¹⁵ Afastando-se, assim, de muitos regimes jurídicos que consideram imprescritível o direito de investigação da paternidade.

¹⁶ Para uma análise desta questão e das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade, v., o nosso texto “Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade – anotação ao ac. do STJ, de 9.4.2013, Proc. 187/09”, *Cadernos de Direito Privado*, nº 45, janeiro-março, 2014, pp. 32-59.

5. O novo regime jurídico do divórcio – Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro

Tendencialmente as legislações europeias foram abandonando a culpa como fundamento de divórcio, assentando este no princípio da simples constatação da rutura do casamento. Seguindo esta tendência a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, eliminou a culpa quer quanto às causas quer quanto aos efeitos do divórcio, sendo esta, aliás, a ideia principal que presidiu ao novo regime jurídico do divórcio.

As alterações no regime jurídico do divórcio, que procuram acompanhar a evolução social, assumem-se em três planos fundamentais.

Em primeiro lugar, elimina-se a culpa como fundamento do divórcio sem o consentimento do outro, tal como ocorre na maioria das legislações da União Europeia, e alargam-se os fundamentos objetivos da rutura conjugal.

Em segundo lugar, assume-se de forma explícita o conceito de responsabilidades parentais como referência central, afastando, assim, claramente a designação hoje desajustada de «poder paternal», enquanto se define a mudança no regime supletivo do exercício das responsabilidades parentais, considerando ainda o seu incumprimento como crime.

Finalmente, e reconhecida a importância dos contributos para a vida conjugal e familiar dos cuidados com os filhos e do trabalho despendido no lar, consagra-se pela primeira vez na lei, e em situação de dissolução conjugal, que poderá haver lugar a um crédito de compensação em situação de desigualdade manifesta desses contributos.

Daí resultam os pontos fulcrais em que assenta a reforma do regime jurídico do divórcio. Assim, pode destacar-se como alterações mais importantes face ao regime anterior: a divulgação dos serviços de mediação familiar para resolução dos conflitos e o desaparecimento das relações de afinidade no caso de divórcio; alterações na regulamentação do divórcio por mútuo consentimento (que passa a ser da competência do tribunal se os cônjuges não acordam quanto aos acordos complementares); a eliminação do divórcio litigioso assente na culpa (e o surgimento do divórcio sem consentimento); as consequências ao nível dos efeitos patrimoniais do divórcio da eliminação da culpa; a estipulação do exercício conjunto das responsabilidades parentais; o reconhecimento de um crédito compensatório ao cônjuge que contribuiu de forma consideravelmente superior para os encargos normais da vida familiar;

e alterações no direito a alimentos entre ex-cônjuges. Pela importância que tiveram no ordenamento jurídico português as alterações ao regime jurídico do divórcio, impõe-se uma breve referência a alguns dos pontos mencionados¹⁷.

5.1. A mediação familiar

O legislador vem consagrar expressamente a mediação familiar no art. 1774º do Código Civil. Estimula-se a divulgação dos serviços de mediação familiar impondo uma obrigação de informação aos cônjuges, por parte das conservatórias e dos tribunais.

A mediação familiar visa acompanhar os cônjuges na procura de uma decisão acerca do divórcio e das suas consequências para si e para os filhos. O mediador surge como um terceiro imparcial que procura auxiliar os cônjuges a encontrarem um equilíbrio de interesses com vista a um acordo.

O Instituto Português de Mediação Familiar surgiu em 1990 e em 1997 constituiu-se a Associação Nacional para a Mediação Familiar, os dois de carácter privado. Ainda em 1997, a Ordem dos Advogados e o Ministério da Justiça celebraram um protocolo de colaboração e criou-se um Gabinete de Mediação Familiar, pelo Despacho nº 12 368/97. As competências do gabinete limitavam-se às questões relativas ao (então) poder paternal.

O Despacho nº 18 778/2007, de 13 de julho, criou o Sistema de Mediação Familiar (SMF). Pretendeu-se alargar a mediação a várias zonas do país, alargar as matérias suscetíveis de mediação e tornar o sistema flexível. As matérias para as quais tem competência são o exercício das responsabilidades parentais, o divórcio e separação, a conversão da separação em divórcio, a reconciliação dos cônjuges separados, os alimentos, o uso dos apelidos e da casa de morada da família.

A mediação encontra-se atualmente regulada pela Lei nº 29/2013, de 19 de abril, que estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, independentemente da entidade que realiza a mediação (pública ou privada) ou da matéria em causa na mesma.

¹⁷ Atendendo aos limites deste estudo não é possível analisar aprofundadamente cada uma destas alterações, pelo que remetemos para a nossa obra *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, Coimbra, Almedina, 2009.

5.2. Divórcio por mútuo consentimento e sem consentimento. Abolição do divórcio com culpa

O regime vigente até à Lei nº 61/2008, de 31 de outubro, apresentava duas modalidades de divórcio: por mútuo consentimento e litigioso. O primeiro era requerido por ambos os cônjuges e o segundo era pedido por um deles contra o outro. A Lei nº 61/2008, de 31 de outubro, mantendo duas modalidades de divórcio, determina no art. 1773º do Código Civil que o divórcio pode ser por mútuo consentimento ou sem consentimento de um dos cônjuges. O divórcio por mútuo consentimento pode ser requerido por ambos os cônjuges, de comum acordo, na conservatória do registo civil ou no tribunal se, neste caso, o casal não estiver de acordo quanto às questões relativas aos acordos complementares.

O divórcio por mútuo consentimento passa a reger-se pelos arts. 1775º a 1778º do Código Civil, sendo da competência da conservatória do registo civil quando os cônjuges acordem, além do divórcio, quanto ao exercício das responsabilidades parentais, a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça, ao destino da casa de morada de família e ao destino dos animais de companhia, se existirem¹⁸.

Se os cônjuges, querendo o divórcio, não conseguirem chegar a acordo quanto às questões complementares, o requerimento de divórcio por mútuo consentimento deve ser apresentado no tribunal. Cabe ao juiz fixar as consequências do divórcio quanto ao exercício das responsabilidades parentais, a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça, o destino da casa de morada da família e o destino dos animais de companhia como se se tratasse de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges.

O divórcio por mútuo consentimento poderá agora ser decretado pelo tribunal em três hipóteses distintas: no caso em que os cônjuges não apresentem algum dos acordos a que se refere o nº 1 do art. 1775º do Código Civil, no caso em que algum dos acordos apresentados não seja homologado ou no caso resultante de acordo obtido no âmbito de processo de divórcio sem

¹⁸ A introdução da al. f) no nº 1 do art. 1775º (bem como do art. 1793º-A e da al. b) do nº 1 art. 1733º) resultou da Lei nº 8/2017, de 3 de março, que veio regular o estatuto jurídico dos animais, alterando o Código Civil, o Código de Processo Civil, e o Código Penal. Na impossibilidade de analisarmos as principais alterações, no domínio do divórcio, decorrentes da referida lei e do estatuto jurídico conferido aos animais, remetemos para o nosso texto “O divórcio e o destino dos animais de companhia”, *Julggar*, número especial dedicado ao Professor Doutor Guilherme de Oliveira, nº 40, janeiro/abril 2020, pp. 245-256.

consentimento do outro cônjuge (v., al. *b*) do nº 1 do art. 12º do Decreto-Lei nº 272/2001, de 13 de outubro, na redação dada pela Lei nº 61/2008, de 31 de outubro).

O divórcio sem consentimento de um dos cônjuges é requerido no tribunal por um dos cônjuges contra o outro, com algum dos fundamentos previstos no art. 1781º, desaparecendo o divórcio litigioso assente em causas subjetivas. Mantêm-se, assim, as causas objetivas – separação de facto, alteração das faculdades mentais quando, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum, e ausência sem que do ausente haja notícias -, mas encurtam-se para um ano os prazos de relevância de tais fundamentos.

Elimina-se a culpa como fundamento do divórcio sem o consentimento do outro, tal como ocorre na maioria das legislações da União Europeia, acabando com a própria designação de divórcio litigioso.

Por outro lado, não é só quanto às causas do divórcio que desaparece a culpa. Ao contrário do que acontecia anteriormente, o juiz nunca procurará determinar e graduar a culpa para aplicar sanções patrimoniais; afastam-se agora também estas sanções patrimoniais acessórias. As discussões sobre a culpa, e também sobre danos provocados por atos ilícitos, ficam alheias ao processo de divórcio. O que não quer dizer que as mesmas não sejam discutidas em processo autónomo. Aliás, e continuando a lei a prever os deveres conjugais nos arts. 1672º e segs. do Código Civil, e para evitar situações de injustiça, está prevista nas consequências do divórcio a reparação de danos, bem como a existência de créditos de compensação quando houver manifesta desigualdade de contributos dos cônjuges para os encargos da vida familiar.

Desaparecendo a referência à culpa nas consequências do divórcio, impõe-se a perda dos benefícios recebidos ou a receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado (art. 1791º do Código Civil), por parte de ambos os cônjuges e não apenas o que seria declarado culpado.

Por outro lado, pode o cônjuge lesado requerer, nos termos gerais da responsabilidade civil e não na ação de divórcio, a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge (art. 1792º, nº 1, do Código Civil)¹⁹. Na ação de

¹⁹V., sobre o assunto, os nossos textos “Violencia en las relaciones entre los cónyuges: responsabilidad y divorcio”, *Revista Perspectiva de Familia*, Instituto para el Matrimonio y la Familia de la Universidad Católica San Pablo de

divórcio são apenas requeridos os danos não patrimoniais causados ao cônjuge pela dissolução do casamento requerida pelo outro cônjuge por alteração das faculdades mentais daquele (arts. 1792º, nº 2, e 1781º, al. *b*), do Código Civil).

Finalmente, e ainda quanto às consequências do divórcio sem culpa, o art. 1790º do Código Civil passa a dispor que, em caso de divórcio, nenhum dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos. Ou seja, impõe-se agora a partilha num regime diverso ao que os cônjuges podem ter estipulado (e, entenda-se, quando seja estipulado o regime de comunhão geral ou outro regime mais próximo da comunhão geral do que da comunhão de adquiridos). O objetivo do legislador foi o de não permitir qualquer punição patrimonial a um dos cônjuges (mesmo o responsável pela rutura) com o divórcio²⁰.

5.3. O exercício conjunto das responsabilidades parentais nas questões de particular importância para a vida do filho

A Lei nº 61/2008, de 31 de outubro, no seu art. 3º, determina o desaparecimento da designação «poder paternal», substituindo-a pelo conceito de «responsabilidades parentais», traduzindo uma mudança concetual relevante. Como se referia na exposição de motivos do projeto de lei nº 509/X, ao substituir uma designação por outra muda-se o centro da atenção: ele passa a estar não naquele que detém o «poder» — o adulto, neste caso — mas naqueles cujos direitos se querem salvaguardar, ou seja, as crianças.

Arequipa – Perú, vol. 5, nº 1, 2020 (DOI: <https://doi.org/10.36901/pf.v5i1.1353>), 2021, <https://revistas.ucsp.edu.pe/index.php/perspectiva/article/view/1353>, e “Responsabilidade civil entre os cônjuges – o afastamento da fragilidade da garantia e o papel dos tribunais”, in *AAVV, Atas do 7.º Congresso Internacional Direito na Lusofonia – Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono*, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2021, pp. 69-76. No mesmo sentido, v. Rute Teixeira Pedro, “A responsabilidade civil como (derradeira) manifestação de juridicidade dos deveres conjugais? – anotação ao Ac. do STJ, de 12.05.2016”, *Cadernos de Direito Privado*, nº 61, janeiro-março, 2018, pp. 52-62. Com entendimento diferente, v. Francisco Brito Pereira Coelho, “STJ – Acórdão de 12 de maio de 2016: Deveres conjugais e responsabilidade civil – estatuto matrimonial e estatuto pessoal (não matrimonial) dos cônjuges”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 147º, nº 4006, Set-Out., 2017, pp. 54-67, e Guilherme de Oliveira, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, in <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Responsabilidade-civil-por-violacao-dos-deveres-conjugais.pdf>, consultado a 7 de junho de 2023.

²⁰ Apresentando algumas dúvidas quanto à solução apresentada por poder atentar contra o princípio da autonomia privada e prejudicar, no caso concreto, o cônjuge que mais precisa de proteção, v., o nosso texto já anteriormente citado, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, cit., pp. 26 e segs.

De referir também a regulamentação da união de facto de forma idêntica ao casamento quanto ao exercício conjunto das responsabilidades parentais. Por isso, os arts. 1901º e segs. não falam agora em cônjuges, mas em progenitores, dado o alargamento do seu âmbito de aplicação.

A lei impõe também ao tribunal (art. 1901º, nº 3) a obrigação de ouvir o filho independentemente da idade deste e só não o fará se circunstâncias ponderosas o desaconselhem.

Não se deixa agora aos progenitores a possibilidade de acordarem sobre o exercício das responsabilidades parentais (como no regime anterior), mas impõe-se, como regime regra, o exercício conjunto. Teve aqui o Direito um papel formador e pedagógico da sociedade.

As responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho passam a ser exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer um dos cônjuges pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível (art. 1906º, nº 1). Só quando esse exercício em comum for considerado contrário aos interesses do filho deve o tribunal atribuir o exercício das responsabilidades parentais nessas questões a um dos progenitores (art. 1906º, nº 2). Esclarece o art. 1906º-A, introduzido por força da Lei nº 24/2017, de 24 de maio, que, para efeitos do nº 2 do artigo anterior, considera-se que o exercício em comum das responsabilidades parentais pode ser julgado contrário aos interesses do filho se: a) for decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores, ou b) estiverem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças.

O exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente do filho cabe ao progenitor com quem ele reside habitualmente, ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente; porém, este último, ao exercer as suas responsabilidades, não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente (art. 1901º, nº 3).

Repare-se ainda que esta atribuição conjunta das responsabilidades parentais nas questões de particular importância da vida do filho aplica-se às uniões de facto no caso de cessação da convivência entre os progenitores,

bem como aos casos de filiação estabelecida em relação a ambos os progenitores que não vivam em condições análogas às dos cônjuges (arts. 1911º e 1912º do Código Civil).

Por outro lado, e para determinação da residência do menor, o tribunal deverá tomar a decisão que promova a estabilidade da vida da criança e as suas relações afetivas. O nº 5 do art. 1906º dispõe que o tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, devendo atender a todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro. Abre-se a porta à possibilidade de existência de um regime de exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência fixa (junto de um dos progenitores) ou com residência alternada. Na verdade, esta norma admitia já o que se visou com a alteração legislativa, introduzida pela Lei nº 65/2020, de 4 de novembro: a fixação da residência alternada quando o superior interesse da criança o aconselhe.

A Lei nº 65/2020, de 4 de novembro, introduziu um novo nº 6 ao art. 1906º, dando resposta legal a esta matéria em torno da residência alternada, estabelecendo que, quando corresponder ao superior interesse da criança e ponderadas todas as circunstâncias relevantes, o tribunal pode determinar a residência alternada do filho com cada um dos progenitores, independentemente de mútuo acordo nesse sentido e sem prejuízo da fixação da prestação de alimentos. Acrescenta ainda que o tribunal procede à audição da criança, nos termos previstos nos arts. 4º e 5º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC).

Neste contexto, impõe-se uma referência à Lei nº 141/2015, de 8 de setembro, que aprova o RGPTC, revogando a Organização Tutelar de Menores, até então parcialmente em vigor. O RGPTC foi, entretanto, alterado pela Lei nº 24/2017, de 24 de maio, que também alterou o Código Civil, promovendo a regulação urgente das responsabilidades parentais em situações de violência doméstica.

No domínio do exercício das responsabilidades parentais, importa ainda referir a Lei nº 137/2015, de 7 de setembro, e a Lei nº 122/2015, de 1 de setembro, procedendo a alterações ao Código Civil em matéria do exercício das responsabilidades parentais e ao regime de alimentos em caso de filhos

maiores ou emancipados, respetivamente. De facto, a Lei nº 137/2015, de 7 de setembro, implicou alterações nos arts. 1602º, 1903º e 1904º, aditando ainda o art. 1904º-A, regulando o exercício conjunto das responsabilidades parentais pelo único progenitor da criança e pelo seu cônjuge ou unido de facto. Por seu lado, a Lei nº 122/2015, de 1 de setembro, deu nova redação ao art. 1905º, regulando o regime de alimentos em caso de filhos maiores ou emancipados, esclarecendo que, para efeitos do disposto no artigo 1880º, entende-se que se mantém para depois da maioridade, e até que o filho complete 25 anos de idade, a pensão fixada em seu benefício durante a menoridade, salvo se o respetivo processo de educação ou formação profissional estiver concluído antes daquela data, se tiver sido livremente interrompido ou ainda se, em qualquer caso, o obrigado à prestação de alimentos fizer prova da irrazoabilidade da sua exigência.

Uma última referência, neste contexto de regulação do exercício das responsabilidades parentais, à Lei nº 5/2017, de 2 de março, que estabeleceu o regime de regulação das responsabilidades parentais por mútuo acordo junto das Conservatórias do Registo Civil, em caso de separação de facto e de dissolução de união de facto, bem como entre pais não casados, nem unidos de facto, alterando os arts. 1909º, 1911º e 1912º do Código Civil.

5.4. O crédito compensatório ao cônjuge pela contribuição (consideravelmente superior) para os encargos da vida familiar

A Lei nº 61/2008, de 31 de outubro, veio admitir, na nova redação do art. 1676º, um crédito a um dos cônjuges, sendo mais um caso em que se aplica o princípio geral de que os movimentos de enriquecimento ou de empobrecimento que ocorrem, por razões diversas, durante o casamento, não devem deixar de ser compensados no momento em que se acertam as contas finais dos patrimónios.

O art. 1676º valoriza o trabalho prestado no lar por um dos cônjuges tal como o trabalho profissional. Mas pode acontecer que a contribuição efetiva de um dos cônjuges para tais encargos seja superior à que lhe competia de acordo com o critério da proporcionalidade dos meios. Neste caso, a regulamentação legal vigente até à entrada em vigor da Lei nº 61/2008, e

apesar de poder provar-se o contrário, estabelecia uma presunção de renúncia ao direito de exigir do outro cônjuge a devida compensação. Podia, assim, haver o empobrecimento de um dos cônjuges em benefício do outro que não era compensado em momento algum. É esta injustiça que a alteração legislativa quis evitar e corrigir ao fixar o crédito pela compensação do trabalho doméstico ao cônjuge que contribuiu de forma consideravelmente superior para os encargos da vida familiar, nomeadamente porque renunciou à sua vida profissional.

Para existir tal crédito é necessário que a contribuição de um dos cônjuges seja consideravelmente superior à do outro, juízo que caberá ao juiz em cada caso concreto. Por outro lado, o legislador auxilia o julgador ao referir que a contribuição de um dos cônjuges será consideravelmente superior porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional. Consagra, assim, um crédito compensatório ao cônjuge que se dedicou, ou se dedicou mais, ao trabalho doméstico e educação dos filhos.

Além disso, é preciso que a renúncia a favor da vida em comum tenha trazido prejuízos patrimoniais importantes ao cônjuge. Terá, assim, que se apurar quanto é que o cônjuge que renunciou à sua vida profissional poderia auferir se trabalhasse ou se não tivesse abandonado o seu trabalho. Depois deverá descontar-se a esse valor o que esse cônjuge teria de contribuir para os encargos da vida familiar de acordo com o estipulado no nº 1 do art. 1676º. O prejuízo sofrido será o valor patrimonial apurado no final.

5.5. O direito a alimentos do ex-cônjuge

Ainda que restringindo a possibilidade de um dos ex-cônjuges ter direito a uma pensão de alimentos do outro, e sujeitando-a apenas ao critério da necessidade, pode existir um direito a alimentos a par do direito de crédito previsto no art. 1676º.

Era discutido na doutrina o problema de saber qual o alcance do auxílio que se presta ao ex-cônjuge que pretende exercer o seu direito a alimentos. Ou seja, se ele apenas poderia ter a pretensão de receber aquilo que fosse indispensável ao seu sustento, vestuário e habitação (art. 2003º, nº 1), ou se poderia manter o nível de vida que tinha durante o casamento.

A Lei nº 61/2008, de 31 de outubro, veio clarificar esta questão no nº 3 do novo art. 2106º-A ao determinar que o cônjuge credor não tem o direito de exigir a manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do casamento. Portanto, os alimentos servem apenas para auxiliar o cônjuge necessitado no momento da dissolução do casamento, sendo o critério da sua atribuição precisamente a necessidade. A disparidade do padrão de vida causada pelo divórcio poderá fundamentar uma prestação compensatória ao abrigo do art. 1676º, destinada, como referimos, a compensar as oportunidades profissionais e patrimoniais perdidas em virtude do casamento.

6. A revisão constitucional de 2004 e a alteração da noção de casamento com a Lei n.º 9/2010, de 31 de maio

A Lei Constitucional nº 1/2004, de 24 de julho, acrescentou a “orientação sexual” às circunstâncias referidas no art. 13º, nº 2, da CRP. Contempla-se agora a proibição de alguém ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão da orientação sexual. Esta introdução levantou a dúvida sobre se a heterossexualidade deveria deixar de ser condição de existência do casamento (como resultava do art. 1628º, al. e)), por se considerar inconstitucional vedar o acesso a esse direito a pessoas do mesmo sexo²¹.

No Acórdão nº 359/2009 do Tribunal Constitucional, de 9 de julho, o tribunal considerou não haver inconstitucionalidade do art. 1577º do Código Civil ao definir o casamento como um contrato entre pessoas de sexo diferente. Depois de uma análise de outros ordenamentos jurídicos sobre a matéria e da evolução da legislação em Portugal, concluiu, por maioria (com dois votos de vencido), que a CRP não impõe a configuração do casamento como um contrato entre pessoas do mesmo sexo, não acolhendo os argumentos invocados quanto à alegada violação do direito a contrair casamento e dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como da violação da garantia de constituição e tutela da família²². Em todo o caso,

²¹ Sobre essa discussão e respetivos argumentos, v., o nosso texto “O casamento como contrato celebrado entre duas pessoas (de sexo diferente ou do mesmo sexo(!))”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 371 e segs.

²² <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090359.html> (consultado a 17 de março de 2023).

o tribunal deixou a porta aberta para uma alteração legislativa na matéria, uma vez que não deixou de sublinhar que a questão em análise era a de saber se é imposta na CRP a configuração do casamento de forma a abranger as uniões entre pessoas do mesmo sexo e não a de saber se a CRP permitia o estabelecimento de um regime de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Essa mudança ocorreu com a Lei nº 9/2010, de 31 de maio, que, alterando o art. 1577º do Código Civil, passou a definir o casamento como o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida. Em consequência, procedeu à alteração de algumas disposições legais (os arts. 1591º e 1690º) e revogou o art. 1628º, al. e), que considerava inexistentes os casamentos celebrados entre pessoas do mesmo sexo. Por outro lado, o art. 3º da mesma lei vinha esclarecer que as alterações introduzidas que se prendiam com a noção legal de casamento não implicavam a admissibilidade da adoção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo. Entretanto, a Lei nº 2/2016, de 29 de fevereiro, afastou essa diferenciação, eliminando as discriminações no acesso à adoção, apadrinhamento civil e demais relações jurídicas familiares, e alterando, em conformidade, a Lei nº 7/2001, de 11 de maio, a Lei nº 9/2010, de 31 de maio, o Código do Registo Civil, e o Decreto-Lei nº 121/2010, de 27 de outubro.

7. O regime jurídico do processo de inventário – a Lei n.º 23/2013, de 5 de março, e a Lei n.º 117/2019, de 13 de setembro

A Lei nº 23/2013, de 5 de março, aprovou o regime jurídico do processo de inventário, matéria que era objeto do processo especial de inventário regulado no Código de Processo Civil no domínio da partilha judicial. Aí se determinava que o processo de inventário e partilha de herança compete aos cartórios notariais sediados no município do lugar da abertura da sucessão (art. 3º, nº 1, do Regime Jurídico do Processo de Inventário (RJPI), aprovado pela Lei nº 23/2013, de 5 de março), cabendo a decisão homologatória da partilha ao tribunal da comarca do cartório notarial onde o processo foi apresentado (arts. 3º, nº 7, e 66º do referido regime).

A referida lei revogou a Lei nº 29/2009, de 29 de junho, com exceção do disposto nos arts. 79º, 82º e 85º e nos nºs 2 e 3 do art. 87º (art. 6º da Lei nº 23/2013, de 5 de março).

De acordo com o seu art. 87º, a Lei nº 29/2009, de 29 de junho, entraria em vigor a 18 de janeiro de 2010. Todavia, a Lei nº 1/2010, de 15 de janeiro, procedeu à alteração da sua entrada em vigor para o dia 18 de julho de 2010. Finalmente, a Lei nº 44/2010, de 3 de setembro, deixa de referir uma data para a entrada em vigor e apenas fez depender a produção de efeitos da Lei nº 29/2009, de 29 de junho, da publicação da portaria a que se referia o nº 3 do seu artigo 2º. Isto significava que o novo regime do processo de inventário não produzia efeitos, mantendo-se então o regime previsto no Código de Processo Civil, com a consequente competência dos tribunais para a tramitação do mesmo processo. A partir do momento em que a referida lei produzisse efeitos, as entidades competentes para a realização do processo de inventário passariam a ser as conservatórias do registo civil e os cartórios notariais (art. 3º da Lei nº 29/2009, de 29 de junho, com as alterações introduzidas pela Lei nº 44/2010, de 3 de setembro), com a atribuição ao juiz do controlo geral do processo (arts. 4º e 6º da Lei nº 29/2009, de 29 de junho). Além disso, o tribunal poderia também tramitar o processo de inventário, quando o conservador ou o notário, oficiosamente ou a requerimento de qualquer interessado, remetesse o mesmo para o tribunal, nos casos em que o valor do processo excedesse a alçada da Relação e a complexidade das questões de facto ou de direito a decidir justificasse a necessidade de uma tramitação judicial do processo (art. 6º-A da Lei nº 29/2009, de 29 de junho, introduzido pela Lei nº 44/2010, de 3 de setembro).

A Lei nº 23/2013, de 5 de março, acabou por revogar a Lei nº 29/2009, de 29 de junho (que nunca chegou a produzir efeitos quanto ao processo de inventário), regulando o regime jurídico do processo de inventário²³. O processo de inventário passou a ser da competência dos cartórios notariais (art. 3º

²³ Com a Lei nº 29/2009, de 29 de junho, pretendia-se desjudicializar o processo de inventário, considerando que o tratamento pela via judicial resultava particularmente moroso, atribuindo aos conservadores e notários a competência para a prática dos vários atos e, por outro lado, atribuindo ao juiz o poder geral de controlo do processo. O RJPI aprovado pela Lei nº 23/2013, de 5 de março, criou um sistema mitigado em que a competência para o processamento dos atos e termos do processo de inventário era atribuída aos cartórios notariais, sem prejuízo de as questões que, atenta a sua natureza ou a complexidade da matéria de facto e de direito, não devam ser decididas no processo de inventário, serem decididas pelo juiz do tribunal da comarca do cartório notarial onde o processo foi apresentado.

do RJPI), cabendo ao juiz do tribunal de comarca do cartório notarial onde o processo foi apresentado praticar os atos que, nos termos do RJPI, fossem da sua competência, como era o caso da decisão homologatória da partilha (art. 66º do RJPI).

A Lei nº 117/2019, de 13 de setembro, alterou o Código de Processo Civil, em matéria de processo de inventário, revogando o regime jurídico do processo de inventário, aprovado pela Lei nº 23/2013, de 5 de março, e aprovando o regime do inventário notarial. Nos termos desta lei, e de acordo com a nova redação do art. 1083º do Código de Processo Civil, o processo de inventário é da competência exclusiva dos tribunais judiciais: a) nos casos previstos nas als. *b)* e *c)* do nº 2 do art. 2102º do Código Civil; b) sempre que o inventário constitua dependência de outro processo judicial; c) quando o inventário seja requerido pelo Ministério Público.

Nos demais casos, o processo pode ser requerido, à escolha do interessado que o instaura ou mediante acordo entre todos os interessados, nos tribunais judiciais ou nos cartórios notariais.

Se o processo for instaurado no cartório notarial sem a concordância de todos os interessados, o mesmo é remetido para o tribunal judicial se tal for requerido, até ao fim do prazo de oposição, por interessado ou interessados diretos que representem, isolada ou conjuntamente, mais de metade da herança.

No caso de o processo de inventário ser tramitado nos cartórios notariais segue o regime do inventário notarial, aprovado em anexo à Lei nº 117/2019, de 13 de setembro (v., art. 2º desta lei). É aplicável ao processo de inventário que possa decorrer perante o cartório notarial o regime estabelecido no título XVI do livro V do Código de Processo Civil, com as necessárias adaptações, ou seja, as normas previstas para o processo de inventário no Código de Processo Civil (arts. 1082º a 1135º).

III. Notas finais

Indicar todas as alterações legislativas efetuadas no domínio do Direito da Família exigiria um estudo muito mais detalhado e extenso, que não seria compatível com o que aqui se pretende. Em todo o caso, julgamos ter

elencado em traços gerais a evolução legislativa nesse campo desde 1993. Foram significativas as alterações.

Não podemos terminar sem destacar a inexistência de alterações em alguns campos e que nos parecem ser exigidas na atualidade. De facto, impõem-se alterações nas relações patrimoniais entre os cônjuges no decurso do casamento que acompanhem as novas formas de olhar a relação conjugal, como sejam o fim do princípio da imutabilidade, e consequente admissibilidade de alteração do regime de bens no decurso do casamento e dos contratos entre cônjuges, a alteração das regras de administração e disposição dos bens do casal e do regime da responsabilidade por dívidas, entre outras.

Deixamos propositadamente de fora desta análise o Direito das Sucessões, não pela sua irrelevância, mas porque o seu estudo implicaria uma reflexão *de jure condendo*.

De facto, o Direito das Sucessões caracteriza-se pelo seu imobilismo, isto é, não sofreu alterações significativas desde a Reforma do Código Civil de 1977. Após a entrada em vigor do Código Civil de 1966, com pequenas alterações nas classes de sucessíveis legais, a Reforma de 1977 representou uma alteração no modo de encarar a sucessão, dando lugar de destaque ao cônjuge. Desde então, não pode destacar-se qualquer alteração jus-sucessória significativa, mesmo quando o Direito da Família se adaptou às novas formas de família e à facilitação dos divórcios. Apesar das alterações na sociedade e nas relações entre cônjuges e membros da família o Direito Sucessório manteve a sua estrutura que funcionava numa sociedade diferente da atual. Destacamos apenas a Lei nº 48/2018, de 14 de agosto, que reconhece a possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário na convenção antenupcial, e a Lei nº 72/2021, de 12 de novembro, que permite o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida através da inseminação com sêmen após a morte do dador, nos casos de projetos parentais expressamente consentidos, alterando a Lei nº 32/2006, de 26 de julho (Lei da PMA), incluindo repercussões sucessórias no domínio da capacidade sucessória e na jacência e administração da herança.

O Direito das Sucessões assenta num tipo de riqueza que deixou de ter a importância que tinha e privilegia um modelo de família desadequado à realidade social. Por isso, muitos problemas que são hoje colocados em

caso de morte do autor da sucessão não conseguem encontrar uma resposta adequada nas normas sucessórias.

A defesa da tutela familiar ante o princípio da liberdade de testar cria limitações incompreensíveis na sociedade atual. Mais ainda se tivermos em consideração a posição sucessória do cônjuge sobrevivente e o afastamento afetivo e físico, sobretudo nas grandes cidades, dos familiares (contemplados depois por via sucessória).

Este é, assim, o nosso pequeno tributo aos 30 anos da Escola de Direito da Universidade do Minho. Tal como o Direito da Família evoluiu e se modificou profundamente em alguns aspetos, ganhando uma nova identidade, os 30 anos passados significaram um crescimento profundo e sólido da Escola de Direito, que se afirmou, no espaço nacional e internacional, pela sua qualidade, rigor e excelência.

Bibliografia citada

- COELHO, Francisco Brito Pereira, “STJ – Acórdão de 12 de maio de 2016: Deveres conjugais e responsabilidade civil – estatuto matrimonial e estatuto pessoal (não matrimonial) dos cônjuges”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 147º, nº 4006, Set-Out., 2017, pp. 54-67.
- DIAS, Cristina A., *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, Coimbra, Almedina, 2009.
- , “O casamento como contrato celebrado entre duas pessoas (de sexo diferente ou do mesmo sexo(!))”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 353-396.
- , “Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade – anotação ao ac. do STJ, de 9.4.2013, Proc. 187/09”, *Cadernos de Direito Privado*, nº 45, janeiro-março, 2014, pp. 32-59.
- , “O divórcio e o destino dos animais de companhia”, *Julgar*, número especial dedicado ao Professor Doutor Guilherme de Oliveira, nº 40, janeiro/abril 2020, pp. 245-256.
- , “Violencia en las relaciones entre los cónyuges: responsabilidad y divorcio”, *Revista Perspectiva de Familia*, Instituto para el Matrimonio y la Familia de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa – Perú, vol. 5, nº 1, 2020 (DOI: <https://doi.org/10.36901/pf.v5i1.1353>), 2021, <https://revistas.ucsp.edu.pe/index.php/perspectiva/article/view/1353>.
- , “Responsabilidade civil entre os cônjuges – o afastamento da fragilidade da garantia e o papel dos tribunais”, in AAVV, *Atas do 7.º Congresso Internacional Direito na Lusofonia – Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono*, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2021, pp. 69-76.
- OLIVEIRA, Guilherme de, *Critério Jurídico da Paternidade*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 1998.
- , “Caducidade das acções de investigação”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 1, nº 1, 2004, pp. 7-13.

- , “Caducidade das acções de investigação”, in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 49-58.
- , “Notas sobre a Lei nº 23/2010, de 30 de agosto (alteração à Lei das Uniões de Facto)”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 7, nº 14, 2010, pp. 139-153.
- , *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, in <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Responsabilidade-civil-por-violacao-dos-deveres-conjugais.pdf>, consultado a 7 de junho de 2023.
- PEDRO, Rute Teixeira, “A responsabilidade civil como (derradeira) manifestação de juridicidade dos deveres conjugais? – anotação ao Ac. do STJ, de 12.05.2016”, *Cadernos de Direito Privado*, nº 61, janeiro-março, 2018, pp. 52-62.
- PINHEIRO, Jorge Duarte, “Inconstitucionalidade do artigo 1817º, nº 1, do Código Civil – anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional nº 23/2006, de 10.1.2006”, *Cadernos de Direito Privado*, nº 15, Julho-Setembro, 2006, pp. 32-52.
- XAVIER, Rita Lobo, “Concentração” ou transmissão do direito ao arrendamento habitacional em caso de divórcio ou morte”, in AAVV, *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 1015-1047.

A LEI DA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA: PASSADO, PRESENTE E FUTURO

Diana Coutinho¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.148.11>

Resumo: O nosso artigo versa sobre a aplicação e funcionamento da Lei da Procriação Medicamente Assistida (Lei nº 32/2006, de 26 de julho, incluindo as sucessivas alterações) nos seus quase vinte anos de vigência. De forma sucinta, pretendemos identificar os principais traços do regime jurídico criado por esta lei, as dificuldades de aplicação e as problemáticas associadas. Faremos, assim, uma abordagem ao passado, presente e futuro da Lei da Procriação Medicamente Assistida.

Palavras-chave: reprodução humana; técnicas de PMA; infertilidade; legislação.

¹ Professora Convidada da EDUM. Investigadora Colaboradora do JusGov.

1. Enquadramento geral

Quando falamos em procriação medicamente assistida (PMA) referimo-nos à criação de vida humana com recurso a um conjunto de técnicas que visam facilitar ou auxiliar algumas das fases iniciais do processo fisiológico de reprodução humana. O aparecimento das técnicas de PMA foi a resposta dada pela ciência para auxiliar quem não consegue ter filhos de forma natural, uma vez que a principal causa de recurso à PMA é a infertilidade. No entanto, nas últimas décadas a ciência demonstrou as inúmeras potencialidades do recurso à PMA, bem como alguns dos perigos associados ao novo mundo da reprodução humana.

De facto, a evolução da ciência e da tecnologia tem levado a medicina da reprodução a aproximar-se da essência da criação humana, pois cada vez mais é possível concretizar o “natural” desejo de reprodução. Assistimos à separação da fecundação (conceção) da sexualidade, à criação de vida humana em laboratório, à utilização de material doado, à realização de diagnóstico de alterações genéticas e cromossómicas nos embriões, à possibilidade de utilização de material genético de três pessoas (doação mitocondrial), entre outras.

A necessidade de acompanhar o progresso científico e as preocupações éticas e legais motivaram a criação de legislação nesta matéria. Embora a ciência seja suscetível de constante modificação, a prática despida de qualquer suporte legal tornou-se impensável para um elevado número de ordenamentos jurídicos. É neste contexto que surgiu a regulamentação da PMA em Portugal através da lei n.º 32/2006, de 26 de julho.

2. A Lei da Procriação Medicamente Assistida

2.1. A aprovação da lei n.º 32/2006, de 26 de julho

A Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, mais conhecida como Lei da Procriação Medicamente Assistida (LPMA ou Lei da PMA), veio estabelecer o regime jurídico português da procriação medicamente assistida². Nos seus 48

² Sobre as tentativas em torno da regulamentação legal da PMA veja-se, por exemplo, DUARTE, TIAGO, *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, 1.ª edição, Coimbra, Almedina, Fevereiro de

artigos instituiu as técnicas admitidas, os beneficiários, as condições de acesso, as finalidades e práticas proibidas, os direitos e os deveres dos beneficiários, a investigação com recurso a embriões, o regime de utilização das técnicas e respetivos efeitos, a responsabilidade criminal e contraordenacional e criou o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA).

Note-se, porém, que a procriação medicamente assistida encontra também fundamento em outros diplomas, entre os quais, destacamos a Constituição da República Portuguesa (CRP). Em especial, assume particular relevo em matéria de PMA o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º da CRP), o direito à vida (art. 24º CRP), o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o direito à identidade pessoal e ao reconhecimento das origens genéticas e da parentalidade (art. 26º da CRP), o direito a constituir família (art. 36º da CRP) e o direito à saúde reprodutiva (art. 67º, nº2, alínea e).

2.2. As principais alterações ao regime criado pela lei n.º 32/2006

Em quase dezoito anos da sua vigência, a LPMA foi objeto de oito alterações³. A primeira alteração, com pouco impacto, ocorreu em 2007 com o aditamento do artigo 43º-A (quanto à responsabilidade penal das pessoas coletivas e equiparadas.), pela Lei nº 59/2007, de 04/09.

Alguns anos depois, em 2016, ocorre a 2.ª alteração mediante as alterações introduzidas pela Lei nº 17/2016, de 20/06⁴. Esta lei veio alargar o âmbito dos beneficiários das técnicas de PMA, nomeadamente permitindo o acesso a casais de mulheres e mulheres solteiras independentemente de diagnóstico de infertilidade, do seu estado civil ou da sua orientação sexual. Tratou-se de uma alteração com impacto – social e jurídico-, que não reuniu consenso na doutrina e na opinião pública, e cuja discussão sobre o acesso das técnicas de PMA a casais de mulheres se intensificou após a aprovação do casamento entre pessoas do mesmo sexo (aprovado pela lei nº 9/2010, de

2003, pp. 75 a 115; VALE E REIS, RAFAEL LUÍS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, 1.ª edição, Centro de Direito Biomédico, 12, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 344 a 423;

³ Verificadas à data da submissão do presente artigo (31 de julho de 2023).

⁴ Esta lei foi regulamentada pelo Decreto Regulamentar nº 6/2016.

31 de Maio). A alteração legislativa à LPMA fundamentou-se no tratamento igualitário de todas as mulheres no acesso às técnicas de PMA e sem discriminação face à sua orientação sexual ou estado civil. No fundo, o principal argumento reconduziu-se ao facto de a mulher ter o papel principal no processo de PMA, uma vez que a intervenção a tem como principal destinatária (é a mulher que se sujeita à técnica de PMA), razão pela qual deve-lhe ser permitido recorrer à PMA quando não tem parceiro do sexo masculino.

Ora, o acesso destas mulheres à PMA heteróloga, ou seja, recurso a material genético de um dador anónimo, veio permitir estabelecimento da maternidade em favor de duas mulheres (a mulher que dá à luz e a mulher que prestou o consentimento para o acesso às técnicas de PMA) e o estabelecimento da filiação de filho de pai incógnito, estando excluído o processo de averiguação oficiosa da paternidade (crf. art. 20º da LPMA). Por conseguinte, tal possibilidade reabriu uma discussão antiga sobre os filhos de pais incógnitos, agora com o reforço de intencional e legalmente se permitir essa realidade⁵, bem como reabriu o debate sobre os benefícios *versus* malefícios das famílias monoparentais para o bem-estar e desenvolvimento da criança nascida destas técnicas de PMA. Além disso, conforme veremos *infra*, este alargamento colocou em causa o carácter absoluto do princípio da subsidiariedade das técnicas de PMA. Atualmente, o cariz subsidiário é limitado ao acesso por casais heterossexuais, por motivos de infertilidade ou para evitar a transmissão de doenças genéticas, graves ou infecciosas, não se aplicando ao caso de casais de mulheres e mulheres solteiras.

No ano de 2016 foi ainda aprovada a terceira alteração à LPMA, na sequência da aprovação da Lei nº 25/2016, de 22 de agosto, que veio regular o acesso à gestação de substituição⁶ e introduziu alterações a vários artigos da LPMA. Esta lei veio regular o acesso à gestação de substituição a título gratuito e excecional, “nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher

⁵ Para um desenvolvimento mais profundo sobre esta discussão, v. PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, «Filhos de pai anónimo no século XXI», in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, [Em linha], Luísa Neto e Rute Teixeira Pedro (coordenação), Porto e Faculdade de Direito da Universidade do Porto, CIJE- Centro de Investigação Jurídico Económica, 16 e 17 de março de 2017, ISBN: 978-989-746-154-5, pp. 41-54. [Consult. 30.01.2019]. Disponível em WWW: <URL:https://cije.up.pt/client/files/0000000001/ebook-pma-2018_550.pdf>.

⁶ Para um estudo desenvolvido sobre esta temática ver COUTINHO, DIANA, *As problemáticas e os Desafios Contemporâneos em torno da Gestação de Substituição*, Coimbra, Almedina, fevereiro de 2022.

ou em situações clínicas que justifiquem” (cfr. redação do art. 8º, nº 2, à luz da lei nº 25/2016). A lei exigia a utilização de material genético de pelo menos um dos beneficiários, proibindo a utilização de ovócitos da gestante no procedimento em que participasse e proibía a existência de uma subordinação económica (laboral ou de prestação de serviços) ou jurídica entre as partes do contrato. Porém, o regime jurídico criado por esta lei não singrou face à declaração de inconstitucionalidade de vários dos seus preceitos pelo Tribunal Constitucional (TC) no acórdão nº 225/2018.

Após a declaração de inconstitucionalidade foi aprovado o Decreto nº 383/XIII da Assembleia da República (AR), que procedería à sétima alteração à Lei nº 32/2006, de 26 de julho, em concreto introduzindo alterações ao regime jurídico da gestação de substituição. Contudo, este Decreto foi vetado pelo Presidente da República, que enviou para o TC um pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade de duas normas constantes do artigo 2º do referido Decreto. Na sequência de tal pedido, o Tribunal Constitucional pronunciou-se no Acórdão nº 465/2019, o qual manteve a posição manifestada no ano anterior. As alterações só viriam a ocorrer no final do ano de 2021, conforme veremos *infra*.

A quarta alteração à LPMA, sem impacto significativo, ocorreu em 2017 com promulgação da Lei nº 58/2017, de 25 de julho, que veio aditar o art. 16º-A sobre o destino dos espermatozoides, ovócitos, tecido testicular e tecido ovárico.

Um ano depois dá-se a quinta alteração legislativa à LPMA na sequência da criação do regime jurídico do maior acompanhado (Lei nº 49/2018, de 14 de agosto), alterando-se a redação do art. 6º da LPMA quanto aos beneficiários da PMA.

A Lei nº 48/2019, de 8 de julho, veio proceder à sexta alteração alterando o regime de confidencialidade das técnicas de PMA (art. 15º da LPMA), na sequência da declaração de inconstitucionalidade do regime do anonimato do dador (v. acórdão do Tribunal Constitucional nº 225/2018). A nova redação concede às pessoas nascidas das técnicas de PMA heterólogas⁷ o direito de obter a informação sobre a identidade civil do dador⁸, além de se

⁷ Com 18 anos ou mais.

⁸ Entende-se por “identificação civil” o nome completo do dador ou dadora” (nº 4 do art. 15º).

manter a permissão de acesso à informação genética (nº 2 do art. 15º na nova redação). Esta informação é fornecida pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e mantém-se o direito/dever de sigilo estendido à gestão de substituição (nova redação do nº 1, do art. 15º da lei da PMA)⁹. Este diploma estabeleceu uma norma transitória (art. 3º) que prevê a manutenção do anonimato do dador, salvo se os dadores autorizarem de forma expressa o fim do anonimato. Trata-se de uma norma que visou garantir a segurança jurídica das doações realizadas antes do Acórdão do Tribunal Constitucional. Assim, estão abrangidos por esta norma “os embriões resultantes de doações anteriores ao dia 7 de maio de 2018 e utilizados até cinco anos após a entrada em vigor da presente lei” (art. 3º, nº 1, alínea a) da lei nº 48/2019); “os gâmetas resultantes de doações anteriores ao dia 7 de maio de 2018 e utilizados até três anos após a entrada em vigor da presente lei” (art. 3º, nº 1, alínea b) da lei nº 48/2019) e “as dádivas que tiverem sido utilizadas até ao dia 7 de maio de 2018” (art. 3º, nº1, alínea c) da lei nº 48/2019). Este regime de confidencialidade transitório não prejudica o acesso à informação genética, à informação civil para fins de impedimento matrimonial ou por razões ponderosas determinada por sentença (nº 2 do art. 3º da lei nº 48/2019).

Em 2021 assistimos a uma das alterações mais polémica (a sétima alteração), introduzida pela lei nº 72/2021, de 12 de Novembro, que veio permitir o acesso à PMA *post mortem* aos casos de inseminação artificial (art. 22º, nº 1, alínea b) da atual redação da LPMA). O acesso à procriação *post mortem* passou a ser admitido para os “casos em que o sêmen seja recolhido, com base em fundado receio de futura esterilidade, para fins de inseminação da mulher com quem o homem esteja casado ou viva em união de facto e o dador vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sêmen” (nº 2 do art. 22º da atual redação da LPMA). Este acesso exige um projeto parental claramente estabelecido e consentido, e decorrido o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão. Ademais, o recurso à PMA *post mortem* só poderá ocorrer para concretizar uma única gravidez da qual resulte nascimento completo e com vida, isto é, não se pode recorrer

⁹ Note-se que o fim do anonimato só se aplica em relação à criança (futuro adulto) nascido de uma técnica de PMA ou da gestação de substituição. Quer isto dizer que a revelação sobre quem foi o dador só pode ser feita àquele sujeito e não aos beneficiários da técnica ou a qualquer outra pessoa. O procedimento continua sujeito a sigilo médico, conforme referido *supra*.

mais do que uma vez a este procedimento, quando já tiver ocorrido o nascimento bem-sucedido (v. nº 6 do art. 22º da atual redação da LPMA). A lei exige a prestação do consentimento, o qual deve obedecer aos requisitos do art. 22º-A. O art. 23º estabelece as regras especiais quanto ao estabelecimento da paternidade por força desta prática (lícita ou ilícita)¹⁰.

Por último, assistimos à oitava e última alteração à LPMA, introduzida pela Lei nº 90/2021, de 16 de dezembro, que veio reformular o regime jurídico da gestação de substituição. Quanto às causas de recurso a Lei alterou tenuemente a redação do nº 2 do art. 8º, por forma a evitar qualquer dúvida sobre quais as condições de acesso. Assim, o modelo português continua a ter cariz subsidiário e cingindo as causas de acesso a problemas de saúde ou físicos provenientes da mulher-beneficiária, afastando-se uma interpretação de “outra situação clínica” que pudesse abranger o acesso por casais de homens ou homens solteiros. De forma expressa, aditando dois artigos à LPMA, o legislador veio estabelecer os direitos da gestante de substituição no artigo 13º-A e os seus deveres no artigo 13º- B. Quanto ao consentimento, o legislador veio reformular o art. 14º da LPMA. No caso da gestante, acolhendo da posição do TC, a livre revogabilidade do consentimento prestado estende-se ao registo da criança nascida na sequência deste contrato. O estabelecimento da filiação será a favor dos beneficiários do contrato, sem prejuízo do caso de arrependimento da gestante. Ou seja, se o contrato estiver em conformidade com a lei e a gestante não se arrependendo, os beneficiários serão tidos como pais da criança que venha a nascer. Note-se, porém, que não obstante a alteração já ter ocorrido há dois anos, a alteração legislativa em matéria de gestação de substituição não tem ainda qualquer aplicabilidade prática, pois continua por regulamentar.

2.3. As técnicas de PMA

No que respeita às técnicas de PMA importa começar por fazer duas distinções. A primeira diz respeito à distinção entre procriação sexuada e procriação assexuada. A procriação sexuada tem como pressuposto o recurso

¹⁰ A mulher que motivou a alteração ao regime da PMA post mortem, Ângela Ferreira, brevemente será mãe de uma criança concebida ao abrigo do regime criado por esta lei.

a dois componentes genéticos, ou seja, material genético proveniente do sexo masculino (esperma) e material genético do sexo feminino (óvulos). Enquanto a procriação assexuada tem como característica o recurso apenas a uma componente de material genético (feminina ou masculina), o que se consubstancia numa prática proibida, pois, dá origem aos casos de clonagem reprodutiva¹¹.

A segunda distinção diz respeito aos processos de procriação homóloga *versus* heteróloga. No primeiro caso o material genético utilizado é dos beneficiários, no segundo caso a procriação implicará recurso a uma componente de material genético pertencente de um terceiro (o dador). Em Portugal, o recurso à procriação heteróloga apenas poderá suceder nas situações em que não seja possível a utilização, comprovada cientificamente, do material genético dos beneficiários (crf. art. 10º e art. 19º, nº1 da LPMA), por exemplo, por motivos de doença genética grave, inexistência ou viabilidade dos gametas, ou pela necessidade de gametas masculinos no caso de casais de mulheres ou mulheres solteiras. De salientar que o dador não é havido como progenitor da criança que venha a nascer do recurso às técnicas de PMA heterólogas, não tendo este/esta quaisquer poderes nem deveres (art. 10º, nº 2 e 21º da lei da PMA).

Em concreto, quanto às técnicas admitidas na ordem jurídica portuguesa, o art. 2º nº1 da Lei da PMA elenca as técnicas de PMA¹² embora não se trate de um elenco taxativo. As técnicas são as seguintes: a inseminação artificial (alínea a), a fertilização *in vitro* (alínea b), a injeção intracitoplasmática de espermatozoides (alínea c), a transferência de embriões, gametas ou zigotos (alínea d); o diagnóstico genético de pré-implantação (alínea e) e outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionário equivalente ou subsidiárias (alínea f).

A inseminação artificial (IA) auxilia na fase de transferência do gameta masculino para o aparelho reprodutor feminino. Em concreto, “consiste

¹¹ Neste sentido PINHEIRO, JORGE DUARTE, *Procriação Medicamente Assistida*, [Em linha], [S.I.], [s.n.], [s.d.] p. 2 [Consult. 20.12.2016]. Disponível em WWW: URL:<http://docplayer.com.br/11397637-Procriacao-medicamente-assistida.html>>.

¹² Por razões de limitação de conteúdo não nos é possível entrar em explicações desenvolvidas sobre o conceito e funcionamento das técnicas de PMA. Para um estudo mais desenvolvido, v. SILVA, PAULA MARTINHO DE/COSTA, MARTA, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (E Legislação Complementar)*, 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, ISBN: 978-972-32-1905-0, pp. 13 a 16 e pp.107 a 142; ARAÚJO, FERNANDO, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, 1.ª edição, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 23 a 62 e VALE E REIS, RAFAEL, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, *op. cit.*, pp. 326 a 341.

na introdução artificial, através de cateter apropriado, de esperma no organismo feminino, no endocolo, no interior do útero ou na própria cavidade peritoneal¹³. Assim, esta técnica ajuda ou facilita a fase pré-concepcional (ajuda na gametogénese e facilita a união dos gâmetas) mas a fecundação ocorre *in vivo*, no interior do organismo feminino, sem interferência humana. Esta técnica é recomendada para problemas de infertilidade mais simples ou considerados menos graves, para casos de doação de esperma (quando não são apresentadas outras patologias) ou em caso de recurso às técnicas por casais de mulheres e mulheres solteiras. A IA tem uma taxa de sucesso por tentativa (entenda-se taxa de gravidez) de 10 a 20%, sendo que taxa aproxima-se dos 20% nos casos da utilização de esperma doado¹⁴. Na ordem jurídica portuguesa é permitida a IA com gâmetas dos beneficiários (homóloga) ou de um dador (heteróloga). Os artigos 19º a 23º da LPMA referem-se especificamente à inseminação artificial.

A fertilização *in vitro* (FIV) foi a primeira técnica de PMA *in vitro*¹⁵. NA FIV, tal como na IA, também há a recolha e tratamento de espermatozoides, mas o processo de fecundação do óvulo ocorre num tubo de ensaio¹⁶. A FIV ajuda na fase da gametogénese, substitui a fase da transferência através do ato sexual do esperma para o corpo feminino, substituiu o encontro e fusão de gâmetas no interior do aparelho reprodutor feminino, a divisão celular do ovo fertilizado e o caminho até à implantação no útero. Isto significa que desde a recolha dos gâmetas até à transferência do embrião todo o processo fisiológico de reprodução humana ocorre em ambiente laboratorial, apesar de algumas das fases desse processo não sofrerem qualquer interferência humana. Desta forma, a FIV interfere no processo fisiológico na fase prévia à fecundação, inclusive cria as condições para que esta possa acontecer maior probabilidade de sucesso, mas não interfere diretamente no ato de fusão dos gâmetas nem na divisão celular do ovo fertilizado.

¹³ SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta; *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (E legislação complementar)*, op. cit., p. 14.

¹⁴ A taxa é mais elevada porque não há um problema de infertilidade masculino associado ao esperma utilizado.

¹⁵ O nascimento de Louise Brown marca o início de uma nova era na história da reprodução humana. Louise Brown foi a primeira criança a nascer em virtude da utilização da FIV (1978).

¹⁶ SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta; *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, op. cit., pp.14-15.

A FIV é indicada, entre outras causas, na situação clínica de vários ciclos falhados de inseminação artificial, endometriose grave, no caso de disfunção ovulatória moderada ou grave, de obstrução ou ausência de trompas de Falópio, fraca qualidade do sémen ou infertilidade sem causa descoberta, recurso à doação de ovócitos, insucesso com indução de ovulação ou IA¹⁷. A taxa de sucesso da técnica depende, em regra, da qualidade dos embriões e da idade da mulher, mas é mais alta que a taxa de inseminação: 35 a 45% em mulheres com menos de 39 anos e só 10 a 15% em mulheres com mais de 39 anos¹⁸. O artigo 24º da Lei da PMA¹⁹ estipula o princípio geral da fertilização *in vitro*²⁰ segundo o qual nesta técnica “apenas deve haver lugar à criação dos embriões em número considerado necessário para o êxito do processo, de acordo com a boa prática clínica e os princípios do consentimento informado” (nº1 do artigo) e “o número de ovócitos a inseminar em cada processo deve ter em conta a situação clínica do casal e a indicação geral de prevenção da gravidez múltipla” (nº2 do artigo). O artigo 25º estabelece o destino dos embriões no caso da fertilização *in vitro*²¹. Tal como na inseminação artificial também a fertilização *in vitro* pode ser homóloga ou heteróloga²², sendo que no caso de utilização de gâmetas de dador é aplicado com as devidas adaptações do regime dos artigos 19º a 21º da lei da PMA.

A Injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) é uma modalidade da FIV que se caracteriza pelo espermatozoide ser injetado diretamente no ovócito, ou seja, o próprio ato de fecundação é manipulado “artificialmente”²³. Tal como a FIV clássica, a ICSI substitui ou altera

¹⁷ ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE FERTILIDADE, *Tratamentos e Técnicas de PMA: FERTILIZAÇÃO IN VITRO (FIV)*, <https://www.apfertilidade.org/tratamentos.php>, 22.08.2019 e DIREÇÃO GERAL DE SAÚDE, *Norma de conduta em Infertilidade para os Cuidados de Saúde Hospitalares*, número: 004/2011, 20/01/2011, p.18 <https://www.dgs.pt/diretrizes-da-dgs/normas-e-circulares-normativas/norma-n-0042011-de-20012011-pdf.aspx>, 22.08.2019.

¹⁸ ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE FERTILIDADE, *Tratamentos e Técnicas de PMA: FERTILIZAÇÃO IN VITRO (FIV) – Desenvolvimento embrionário*, <https://www.apfertilidade.org/tratamentos.php>, 22.08.2019.

¹⁹ Este artigo não sofreu qualquer alteração desde a criação da lei.

²⁰ Aplicados quer à fertilização *in vitro* clássica quer aos demais tipos de fertilização *in vitro*.

²¹ Contém as alterações introduzidas pela lei nº 17/2016, de 20/06.

²² Sobre alguns problemas jurídicos no âmbito da fertilização *in vitro* (desde negligência ou erro médico, às questões da procriação heteróloga, destino dos embriões, entre outros), v. ARAÚJO, Fernando, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, op. cit. pp. 43- 61.

²³ Crf. SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta; *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, op. cit., p. 15.

algumas das fases naturais do processo de reprodução humana: promove a gametogênese, substituiu a transferência do gâmeta masculino para o interior do corpo da mulher, substituiu a fusão natural dos gâmetas e consequente fase do desenvolvimento embrionário *in vivo* até à transferência embrionária. Não obstante a fase de divisão celular ocorrer *in vitro* não há qualquer manipulação neste momento, ou seja, uma vez fertilizado o ovócito a divisão celular ocorre naturalmente, com a particularidade de ocorrer em laboratório. Esta técnica é utilizada, geralmente, após tratamentos de FIV ou IA sem fecundação ou sem gravidez; no caso de baixo número de ovócitos ou de espermatozoides; no caso de imaturidade ovocitária; em mulheres com (ou mais) de 35 anos; em processo de diagnóstico genético de pré-implantação; em casos de alterações moderadas ou graves de sémen (por exemplo, problemas de morfologia ou motilidade dos espermatozoides); ejaculação retrógrada; anejaculação; azoospermia secretora; portadores do vírus HIV (sida) ou de outras doenças infecciosas, entre outras causas²⁴. Nos termos do art. 47º da LPMA, o regime previsto no capítulo IV da LPMA (artigos 24º a 27º) é aplicado com as devidas adaptações “à injeção intracitoplasmática de espermatozoides, à transferência de embriões, gâmetas ou zigotos e outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias”.

A transferência de embriões ocorre nas situações em que existem embriões criopreservados²⁵, por exemplo, embriões excedentários que foram doados pelos beneficiários que não os pretendem utilizar (o que permite a doação de embriões para beneficiários que não podem utilizar os seus gâmetas) ou para uso dos próprios beneficiários no caso de gravidez mal sucedida ou caso pretendam ter outro filho. Esta é uma das técnicas que simboliza a dissociação do processo reprodutivo no tempo porque permite parar o tempo biológico dos embriões.

A transferência de zigoto é uma técnica que consiste em colocar (v. transferir) os ovócitos fertilizados (o zigoto) na trompa de Falópio, decorrendo

²⁴ Cfr. ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE FERTILIDADE, *INJEÇÃO INTRACITOPLASMÁTICA DE ESPERMATOZOIDES (ICSI)*. Disponível em <https://www.apfertilidade.org/tratamentos.php>, consultado em 23.11.2019.

²⁵ Também se usa a expressão TEC (transferência de embriões criopreservados) para se referir a esta técnica e distinguir da mera transferência de embriões após a sua criação (ou seja, sem serem criopreservados).

a partir daí o processo natural de reprodução. A transferência de gâmetas²⁶ engloba os gâmetas femininos (ovócitos) e os masculinos (espermatozoides) e é mais uma das modalidades da FIV.

O diagnóstico genético de pré-implantação (DGPI) é utilizado para detetar alterações genéticas (génicas ou cromossómicas) no embrião (ou em gâmetas) antes de ser transferidos para o aparelho reprodutor feminino, quando há risco elevado de transmissão de uma doença genética, infecciosa, crónica, entre outras²⁷. Além disso, o DGPI pode ser utilizado para na seleção de embriões mais saudáveis (ou desejáveis) ou para a seleção de embriões compatíveis com outra pessoa (já nascida) que necessita de um transplante, medula ou qualquer outro material genético²⁸. No fundo, o DGPI é resultado da combinação da tecnologia reprodutiva e da genética que permite a utilizar informação ou tecnologia genética para assegurar ou prevenir a transmissão de determinados genes. O DGPI implica um procedimento que se inicia com consultas de aconselhamento genético²⁹ e prestação do consentimento informado para a sua prática, salvo algumas situações que estão dispensadas deste procedimento prévio.

São apresentadas como fragilidades ou perigos do DGPI o facto de a intervenção sobre o embrião poder provocar uma diminuição da capacidade do embrião se implantar no útero e a biópsia implicar uma intervenção humana e tecnológica. São também associados a esta técnica os perigos inerentes à escolha e seleção de embriões; os danos sofridos pelos embriões; o destino dos embriões portadores de anomalia ou deficiência e a sua destruição; a realização de experiências com os embriões; a instrumentalização ou objetivação do embrião; o grau de fiabilidade do DGPI; o risco de eugenismo e a

²⁶ Que também podem ser criopreservados.

²⁷ Ver artigo 7º, nº 3 e 28º da LPMA.

²⁸ RAPOSO, VERA LÚCIA, *O Direito à Imortalidade – O Exercício de Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro*, Coimbra, Almedina, 2014, ISBN: 978-972-40-5194-9, pp. 917; 941.

²⁹ Estas consultas visam informar os beneficiários sobre o que é o DGPI e o seu procedimento, as patologias, a taxa de sucesso, os riscos, as alternativas ao DGPI, entre outras informações relevantes. SOEIRO, CRISTINA AURORA DE SÃO PEDRO, *Diagnóstico Genético Pré-implantação*, op. cit., p. 3. Estas consultas devem ser adaptadas às características dos beneficiários, por exemplo, se sofrem também de infertilidade; no caso de doação de ovócitos; se é um casal de mulheres e/ou mulher solteira e mesmo o caso de gestação de substituição. TELES, NATÁLIA OLÍVIA, «Diagnóstico Genético Pré-Implantação», in *Acta Médica Portuguesa*, volume 24, nº 6, 2011, pp.992-993. Disponível em <https://www.actamedicaportuguesa.com/revista/index.php/amp/article/viewFile/1417/1006>, consultado em 30.07.2023.

discriminação em relação a portadores de doença e deficiência; da engenharia genética, e questões conexas³⁰.

A admissibilidade de recurso à PMA para estes fins foi motivo de polémica, sobretudo devido a preocupações de ordem eugénica face à possibilidade de aplicação do DGPI a “outras doenças”, levou um grupo de deputados apresentar junto do Tribunal Constitucional um pedido de inconstitucionalidade da 2.ª parte do nº 2, do art. 4º da lei, do art. 28º e 29º da PMA por violação dos artigos 13º, nº1, 24º, 25º, 26º, nº3 da Constituição e dos artigos 1º e 2º da Convenção de Oviedo. Porém, no acórdão nº 101/2009, o TC não considerou a norma inconstitucional. O TC entendeu que o princípio da subsidiariedade consagrado no art. 4º da lei da PMA tem um sentido amplo e deve ser conjugado com as restantes normas da lei para permite o acesso à PMA (art. 7º, nº2 e 3 e art. 29º), mesmo que não haja diagnóstico de infertilidade, quando o propósito seja evitar a transmissão de uma doença genética, infecciosa ou outra similar ao nascituro. Não se poderá recorrer ao DGPI para quaisquer outros fins (para melhoramento, escolha de características não médicas ou outras). Por conseguinte, tal disposto não viola o princípio da dignidade humana.

Os artigos 28º e 29º da LPMA regulam, em específico, o regime jurídico do DGPI. Ora, estes artigos têm que ser conjugados com o art. 4º, nº 2, tal como disse e bem o TC. Quando falamos do DGPI indicamos os objetivos da sua utilização e os seus destinatários, nomeadamente, aqueles que constam do art. 28º, nº1 da LPMA e do art. 7º, nº 3 da LPMA. Quando a LPMA permite o recurso à PMA para tratamento de doenças graves está a referir-se aos casos do art. 7º, nº 3 da LPMA (para a obtenção de grupo HLA) Quando a LPMA permite o recurso à PMA para evitar a transmissão de doença genética, infecciosa ou outra está a referir-se ao objetivo da DGPI previsto na 1.ª parte do nº1 do art. 28º, no nº 2 do art. 28º da LPMA ou art. 7º, nº 3, 1.ª parte (identificação do sexo nos casos de risco elevado de doença genética ligada ao sexo). O art. 7º, nº 5 da LPMA proíbe a aplicação do DGPI em caso de “doenças multifactoriais onde o valor preditivo do teste genético seja muito baixo”. O art. 28º nº3 e nº 4 e art. 29º, nº 2 da LMPA

³⁰ Sobre a discussão destas questões no âmbito do DGPI e a posição do direito comparado, v. RAPOSO, VERA LÚCIA, *O Direito à Imortalidade...*, op. cit., pp. 920-924; 926- 930; 933-1044.

estabelecem a articulação entres os centros de PMA, o papel do CNPMA, dos médicos especialistas e os critérios de seleção.

Por fim, a disposição legal da alínea f) do art. 2º da lei da PMA parece-nos que traduz a intenção do legislador deixar em aberto a possibilidade de inclusão de novas técnicas face à evolução científica e tecnológica. Conforme a redação desta alínea, a LPMA aplica-se a “outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias”. Estamos perante uma hipótese bastante ampla que poderá englobar várias técnicas, desde que não estejam proibidas pela lei e respeitem os valores estabelecidos no regime jurídico da PMA.

2.4. Os princípios fundamentais

O regime jurídico da PMA fundamenta-se num conjunto de princípios, a saber: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da não discriminação, o princípio da subsidiariedade, o princípio da não comercialização, o princípio da gratuidade ou não onerosidade do material genético e dos embriões, o princípio do consentimento informado e o princípio do acesso ao conhecimento das origens genéticas e à identidade do dador.

A lei da PMA tem como princípio basilar o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 3º, nº 1 da LPMA). Constituindo este princípio a base de todo o Direito dispensava-se a consagração expressa na lei da PMA, porém o legislador quis ser cauteloso. O princípio da dignidade humana reflete a tutela e prossecução de direitos fundamentais importantes em matéria de reprodução humana, por exemplo, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o direito ao respeito pela integridade física e moral, o direito à saúde reprodutiva e a constituir família, entre outros. São várias as disposições da LPMA que se justificam com base neste princípio, como é o caso da proibição de utilização das técnicas de PMA para fins não permitidos estipulado no art. 7º da Lei da PMA. De acordo com esta disposição legal, não é permitido o recurso à PMA com a finalidade de “criação de seres humanos geneticamente idênticos a outros” ou para “melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente, a escolha do sexo”, nem para a criação de quimeras ou seres híbridos ou utilização do DGPI para fins diferentes dos que estão

previstos na lei³¹. O respeito pela dignidade da pessoa humana justifica também a proibição de criação de embriões para fins meramente científicos (art. 9º, nº1 da LPMA), bem como o regime de proteção e destino dos embriões excedentários (art. 9º). Este princípio também se relaciona com a proibição da comercialização de material genético ou de embriões, com a gratuidade do material genético fornecido para a procriação heteróloga. A importância do princípio da dignidade da pessoa humana está presente em matéria de gestação de substituição, salientando-se a posição do Tribunal Constitucional no acórdão nº 225/2018 no qual reconhece que o modelo português de gestação de substituição não é atentatório da dignidade humana da criança nem da gestante³².

O art. 3º consagra ainda o princípio da não discriminação (nº 2) ao estipular que ninguém pode ser discriminado com base no seu património genético ou no facto de se ter nascido em resultado da utilização de técnicas de PMA.

O princípio da subsidiariedade está consagrado no art. 4º da LPMA ao estipular que o recurso às técnicas assume cariz subsidiário face à reprodução natural. A consagração deste princípio da subsidiariedade reflete a Recomendação de 1989 do Parlamento Europeu sobre a fecundação *in vivo* e *in vitro*, a qual defendia a utilização da PMA como prática terapêutica para superar problemas de infertilidade e ainda os vários pareceres do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida neste sentido³³.

Essencialmente, a natureza subsidiária justifica-se por quatro motivos. Um dos motivos traduz-se no objetivo de evitar a instrumentalização dos beneficiários/gestante de substituição ou dadores e também a instrumentalização dos seus órgãos reprodutivos (proteção da dignidade humana)³⁴. Um segundo traduz-se na “precaução, perante a taxa de mortalidade infantil

³¹ Para um estudo mais completo veja-se SILVA, PAULA MARTINHO DE/COSTA, MARTA, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, op. cit., pp.37 a 56.

³² Sem prejuízos de outros fundamentos que levaram à declaração de inconstitucionalidade.

³³ CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, Relatório Procriação Medicamente Assistida, [Em linha], Agostinho de Almeida Santos; Michel Renaud e Rita Amaral Cabral (relatores), Lisboa, julho de 2004, pp. 41-44. [Consult. 23.08.2019]. Disponível em WWW: <URL: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057205_P044_RelatorioPMA.pdf>.

³⁴ SILVA, PAULA MARTINHO DA; COSTA, MARTA, *A lei da procriação medicamente assistida anotada (e legislação complementar)*, op. cit., p. 21.

e nascimentos prematuros verificados em crianças fruto do recurso a estas técnicas”³⁵. Um terceiro reflete o receio de utilização das técnicas para aplicações inadequadas ou impróprias, como é o caso da seleção genética³⁶. Por último, o próprio sistema português de filiação, assente na prática de um ato sexual, impunha a subsidiariedade.

Assim, atendendo a este princípio à luz da redação de 2006, o acesso à PMA limitava-se aos casos em que por razões de saúde (ou patológicas) um casal heterossexual não podia recorrer à reprodução natural. Em concreto, o recurso à PMA circunscrevia-se aos casos de infertilidade e “para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras” (crf. nº 2 do art. 4º da lei da PMA).

Ora, embora a natureza subsidiária continue a reger a LPMA, face a alterações legislativas posteriores, como vimos *supra*, esta natureza deixou de ser absoluta e condição *sine qua non* considerando o beneficiário em questão. Como indicamos melhor *supra*, atualmente é possível recorrer à PMA independentemente de um problema de infertilidade ou por motivo de patologia, caso se trate de um casal de mulheres ou de uma mulher solteira que pretenda recorrer à PMA heteróloga (art. 4.º, nº 3 da lei da PMA).

Neste contexto, o CNECV veio alertar para as questões éticas e jurídicas de um afastamento do princípio da subsidiariedade, especialmente interrogando-se sobre a existência de um direito (geral) de qualquer pessoa recorrer à PMA e do dever do Estado assegurar esse direito, pese embora já tivesse manifestado a sua opinião favorável quanto ao acesso à PMA por mulheres solteiras e casais de mulheres sob pena de violação da autonomia privada (parecer 63/CNECV/2012).

O princípio da subsidiariedade terá de ser conjugado com os requisitos do art. 6º da LPMA sobre os beneficiários da PMA. Em síntese, de acordo com este artigo, os critérios de acesso à PMA reconduzem-se ao estado civil, idade, capacidade e orientação sexual dos beneficiários. Conforme referido anteriormente, inicialmente apenas podiam recorrer às técnicas de PMA casais heterossexuais (critério de orientação sexual) unidos pelo matrimónio e não

³⁵ CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, Relatório Procriação Medicamente Assistida, Agostinho de Almeida Santos; Michel Renaud; Rita Amaral Cabral, op. cit., pp. 41-42.

³⁶ SILVA, PAULA MARTINHO DA; COSTA, MARTA, *A lei da procriação medicamente assistida anotada (e legislação complementar)*, op. cit., p. 21.

separados judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto (estado civil) e casais heterossexuais (orientação sexual) que vivessem em condições análogas às dos cônjuges (estado civil) há pelo menos dois anos (limite temporal da união de facto), desde que tivessem pelo menos dezoito anos de idade (critério mínimo de idade) e não estivessem interditos ou inabilitados por anomalia psíquica (capacidade), crf. nº 1 e nº 2 do art. 6º da LPMA.

Com o alargamento da PMA a casais de mulheres e mulheres solteiras, o critério da orientação sexual alargou-se e a estado civil também sofreu alterações. Mantém-se inalterado o critério de idade e de capacidade (nº 2 do art. 6º). Note-se, que se mantém o critério do estado civil apenas para os casais-beneficiários a quem se exige que sejam “casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges”, apesar de ter eliminado o critério do limite temporal e a limitação de acesso por casais casados mas separados de pessoas e bens. Em 2018, com a criação do regime do maior acompanhado, o nº 2 do art. 6º foi alterado na parte das incapacidades, estabelecendo-se atualmente que não pode recorrer à PMA o beneficiário em relação ao qual exista uma sentença de acompanhamento que vede o recurso à PMA. Quanto ao género, estado civil e orientação sexual continua a estar vedado o acesso às técnicas de PMA a casais de homens ou a homens independentemente do estado civil ou orientação sexual.

Por fim, o princípio do acesso ao conhecimento das origens genéticas e à identidade do dador (art. 15º da lei da PMA) foi integrado na lei da PMA em 2018, em substituição do direito ao anonimato do dador, conforme vimos na sequência da decisão do Tribunal Constitucional no acórdão nº 225/2018.

3. O futuro da Lei da Procriação Medicamente Assistida

Face à evolução da ciência e da tecnologia, parece-nos que o futuro da procriação medicamente assistida em Portugal passará, inevitavelmente, por alterações a médio e longo prazo. O surgimento de novas técnicas ou tratamentos poderá suscitar a necessidade de o legislador clarificar a sua admissibilidade ou proibição à luz do regime em vigor, em especial face à cláusula aberta consagrada na alínea g) do nº 2 do art. 2º da LPMA.

Aliás, possíveis alterações poderão não estar muito longe de acontecer, pois já existem novas técnicas de PMA, embora ainda não sejam praticadas em Portugal. Falamos do caso da doação mitocondrial ou transferência mitocondrial³⁷. Esta técnica deriva da FIV clássica, pois a fecundação ocorre *in vitro*, com a especificidade de utilizar gâmetas de três pessoas: duas mulheres e um homem. Esta técnica está associada às doenças mitocôndrias, apesar de ser possível utilizá-la para outras finalidades. Na transferência mitocondrial é retirado o ADN nuclear dos ovócitos da beneficiária e da dadora, seguidamente é transferido para o ovócito da dadora o ADN nuclear da beneficiária e só depois se procede à fecundação e à transferência do embrião para o corpo da beneficiária. Assim, apesar de se utilizar um ovócito doado este contém o ADN nuclear da beneficiária (e não o da dadora), e da dadora o ovócito só contém as mitocôndrias. Todavia, os genes não são propriamente manipulados ou editados, tão só são transferidos para gâmetas distintos, dando origem a um embrião que *ab initio* não seria geneticamente aquele.

A longo prazo destacamos ainda as potencialidades da técnica CRISPR-CAS9 em matéria de reprodução humana, embora lhe estejam associados inúmeros riscos e perigos que podem condicionar ou impossibilitar a sua utilização para estes fins³⁸. Esta técnica é conhecida por tesoura genética molecular porque permite cortar células, com o objetivo de introduzir no seu ADN a proteína Cas-9, modificando o ADN de qualquer célula. Ora, mediante programação da célula que se pretende atingir (fornecendo-se uma cópia da sequência do código genético), esta ferramenta vai percorrer essa célula até descobrir o gene em causa. A estas funções poderá acrescer a correção genética, ou seja, permitir que a própria técnica faça correção no gene

³⁷ Técnica que tem gerado alguma controvérsia face à utilização de material genético de três pessoas. Sobre a técnica, v. COUTINHO, DIANA, «Tecnologia e reprodução humana: a fertilização *in vitro* trigamética - Entre o milagre da reprodução e os perigos da desumanização», in *Temas de Direito e Bioética - Novas Questões do Direito da Saúde*, [Em linha], Benedita Mac Crorie; Miriam Rocha e Sónia Moreira (coordenação científica), volume I, Braga, DH-CII - Direitos Humanos - Centro de Investigação Interdisciplinar; JusGov - Centro de Investigação em Justiça e Governação e Escola de Direito da Universidade do Minho, dezembro de 2018, ISBN digital: 978-989-54032-6-4, pp. 69, 74-75. [Consult. 30.01.2019]. Disponível em WWW: URL:https://issuu.com/comunicadireito/docs/direito_e_bioetica_web; RAPOSO, VERA LÚCIA, *O Direito à Imortalidade - O Exercício de Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro*, op. cit., p. 394.

³⁸ Para um desenvolvimento sobre esta temática, v. COUTINHO, DIANA, ««Reflexão ético-jurídica em torno da técnica de edição genética CRISPR-Cas9, em particular no contexto de reprodução humana», in *Inteligência Artificial e Robótica - Desafios para o Direito no século XXI*, Eva Sónia Moreira da Silva e Pedro Miguel Freitas (coordenadores), 1.ª edição, Gestlegal, Novembro de 2022, pp. 103-125.

que procurou e cortou. É, precisamente, em relação a esta última função que surge a possibilidade de utilizar esta técnica para fins de edição ou manipulação genética. Assim, o uso do CRISPR-Cas9 visa a manipulação ou edição embrionária com o objetivo de prevenir doenças que afetam os genes, com a particularidade de esta intervenção ocorrer antes da implantação embrionária. A nosso ver, os riscos e perigos associados no que respeita à sua utilização para fins de reprodução humana parecem constituir entraves suficientes para a sua limitação ou absoluta proibição.

A curto prazo aguarda-se com expectativa a regulamentação da gestação de substituição e as etapas seguintes de uma história legislativa que está longe de terminar. Acrescem as repercussões da aprovação da alteração legislativa em matéria de PMA *post mortem*, que veremos discutidas num futuro próximo. O contexto social e política que o país e o mundo atravessam terá, certamente, influência nas questões da regulamentação da PMA, em particular em torno das questões de género, identidade sexual e igualdade de acesso às técnicas de PMA.

4. Notas conclusivas

É inegável que a história da reprodução humana mudou com o recurso à procriação medicamente assistida. É de extrema importância a possibilidade de se conseguir criar vida humana com recurso às técnicas de PMA, pois permite-se suprir uma lacuna – direito à reprodução e a constituir família-, que de outra forma, dificilmente, seria preenchida. São várias as causas que legitimam o acesso à reprodução humana assistida e que fizeram da PMA a forma de concretizar o desejo da parentalidade.

Porém, a conceção de vida humana está cada vez mais afastada da reprodução natural. A importância e implicações desta forma de reprodução não ficaram imunes à intervenção do Direito, nem podiam. Os perigos, os riscos, a proteção dos direitos dos envolvidos justificam uma intervenção do Direito. Neste contexto, a criação de um regime jurídico em Portugal sobre esta matéria é vista como positiva e de totalmente necessária. A Lei nº 32/2006 constituiu um marco importante para a proteção dos beneficiários e da criança que viesse a nascer do recurso às técnicas de PMA, promovendo a

segurança e certezas jurídicas necessárias nesta matéria, bem como acautelado a proteção e garantida de direitos fundamentais. Não consideramos que a sua regulamentação tenha pecado por tardia, pois a complexidade ética-jurídica das questões inerentes à mesma justificavam uma análise cuidada e segura do tema.

A importância e o marco na regulamentação da PMA em Portugal não afastam um caminho marcado por um conjunto de percalços, fracassos, incongruências e precipitações. Em particular, neste caminho destacamos o papel do legislador em matéria de gestação de substituição. A complexidade ético-jurídica do tema aliada à precipitação e ignorância do legislador nesta matéria têm marcado a legislação sobre gestação de substituição em Portugal. A nosso ver, o legislador abriu a caixa de Pandora com a gestação de substituição e tem (e terá) nesta o seu calcanhar de *Aquiles*. Colocando as metáforas de lado, parece-nos que a regulamentação que tanto se aguarda à Lei nº 91/2021 não será a solução para as fragilidades do modelo de gestação de substituição que foi pensado pelo legislador português e, muito provavelmente, o seu regime jurídico voltará a ser discutido no Tribunal Constitucional.

Na história da LPMA destacamos ainda como marcos importantes o alargamento do acesso da PMA a todas as mulheres e casais de mulheres e a admissibilidade do recurso à PMA *post mortem*. No primeiro caso, parece-nos que este alargamento terá consequências a curto prazo, no que concerne às dificuldades de ordem prática de concretização das técnicas (a falta de dadores de gâmetas) e nas longas listas de espera. Ademais, a longo prazo, o tratamento diferenciado entre mulheres e homens no acesso à PMA motivará a defesa de alguns grupos políticos pelas alterações à LPMA no sentido de permitir o acesso a casais de homens e homens solteiros, o que implicará o recurso à gestação de substituição. Independentemente de concordamos ou não com um tratamento diferenciado - questão que não foi objeto de análise no nosso artigo - a nossa experiência de investigação sobre esta temática, o contexto político e a evolução de alguns ordenamentos jurídicos nesta matéria, leva-nos a crer que esta será uma questão a discutir num futuro breve. Quanto à segunda questão, as consequências da alteração do regime jurídico farão se sentir a longo prazo. Esta alteração foi feita sem qualquer tipo de discussão quanto aos fundamentos da admissibilidade/proibição *post mortem*, sem a certeza e seguranças jurídicas exigidas (ao aplicar-se retroativamente) e

ignorando aspetos interligados ao tema (como a hipótese de ser a progenitora a beneficiária a falecer).

Por último, atendendo à contínua evolução da medicina da reprodução, certamente, em poucos anos, será necessário dispor de novas regras e, porventura, atualizar as existentes respeitando os princípios fundamentais de um Estado de Direito.

O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NA ERA DA SUPERAÇÃO PROCESSUAL DA PALAVRA FALADA – ENTRE A EXTINÇÃO E A RECONFIGURAÇÃO DO *NEMO TENETUR*¹

Flávia Noversa Loureiro²
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.148.12>

Sumário: 1. Apresentação do problema; 2. O direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação: brevíssima compreensão histórica; 3. Os desafios atuais do *nemo tenetur*: a deslocação do seu âmbito material para o direito à não autoincriminação; 4. Os atos de colaboração do arguido e o direito à não autoincriminação – hipótese de resposta.

¹ Este artigo corresponde ao desenvolvimento (ainda parcial) de um outro que já previamente demos a conhecer: FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, «O direito fundamental à não autoincriminação – essência, refrações e configuração moderna no espaço lusófono», in *Direito na Lusofonia. Diálogos constitucionais no espaço lusófono (vol. II)*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, 21-29.

² Doutora em Ciências Jurídicas. Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora Integrada do JusGov – *Research Centre for Justice and Governance*.

A obra para a qual este pequeno texto quer contribuir tem a rara qualidade de pretender assinalar simultaneamente duas efemérides de significativa relevância: o trigésimo aniversário da Escola de Direito da Universidade do Minho e o centenário do nascimento de Francisco Salgado Zenha.

As duas ocasiões encontram-se conectadas por circunstâncias várias, de entre as quais avulta a de terem a Biblioteca e o Arquivo deste insigne jurista e político nascido em Braga sido doados à Escola de Direito sita na mesma cidade, assim interligando, para sempre, esta instituição e aquela figura e transformando em acervo público, disponível a todos e colocado ao serviço da Ciência e da Academia a riquíssima coleção de obras e trabalhos que ele logrou reunir ao longo da vida.

De entre as várias áreas do Direito que Francisco Salgado Zenha trabalhou com a mestria que lhe é por todos reconhecida, o Direito Processual Penal – em particular, os direitos do arguido (do réu) neste processo – foi talvez aquela em que mais se destacou, tendo mesmo produzido diversas obras em que trabalha o tema. Pareceu-nos, por isso, enquanto cultora das ciências jurídico-criminais, que fazer versar o nosso contributo sobre um dos mais fundantes direitos do modelo processual penal que caracteriza o Estado de Direito democrático constituiria uma tentativa venturosa de homenagem ao homem empenhado e ao jurista crítico que ele foi, ao mesmo tempo que daria imagem do trabalho que, na Escola de Direito da Universidade do Minho, se vem desenvolvendo ao longo dos últimos trinta anos.

1. Apresentação do problema

Quase cinquenta anos após a aprovação e entrada em vigor da atual Constituição da República Portuguesa, que implementou no nosso país um processo penal democrático e de estrutura acusatória, verdadeira materialização de um Estado de Direito, pode porventura parecer estranho regressar uma vez mais ao direito à não autoincriminação, matéria já tão longa e profundamente debatida. De facto, não havendo no nosso texto fundamental consagração expressa do *nemo tenetur se ipsum accusare*, quer na sua vertente de direito ao silêncio, quer na de direito à não autoincriminação, em sentido

estrito³, a verdade é que, de há muito, doutrina e jurisprudência reconhecem a sua natureza constitucional implícita, decorrente, para uns, do próprio princípio da dignidade humana e dos consequentes direito à integridade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade (arts. 1º, 25º e 26º), e, para outros, das garantias de defesa asseguradas ao arguido na CRP por força do princípio do processo equitativo e, em particular, do princípio da presunção de inocência (arts. 20º, nº 4, e 32º nº 4 e nº 8)⁴.

E se é certo que pode não haver univocidade quanto ao fundamento constitucional material ou “apenas” constitucional processual do *nemo tenetur*, a verdade é que se assume hoje como pacífico que a não autoincriminação é corolário da exigência de um processo equitativo, onde vigore o princípio da lealdade⁵ e o arguido seja, como é condição de um processo penal acusatório e democrático, considerado como sujeito e não como objeto ou mero meio de prova⁶. Afirmá-lo, todavia, não nos permite de modo algum concluir que a

³ Entende-se, usualmente, que o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* se manifesta em duas vertentes fundamentais, os referidos direito ao silêncio e direito à não autoincriminação, propriamente dito. Em boa verdade, todavia, somos da opinião que a ordem das coisas não é exatamente essa, sendo que o direito ao silêncio é um dos aspetos do, mais amplo, direito à não autoincriminação ou não autoinculpção (que poderemos considerar como sinónimo – ou tradução livre – do *nemo tenetur*). Sucede, como veremos adiante, que não se esgotando a não autoincriminação na possibilidade de silêncio do arguido, mas abrangendo (ou podendo abranger) antes os atos de colaboração e participação deste no processo, as questões a que, neste trabalho, queremos atender prendem-se sobretudo com este último aspeto. Especificamente a respeito deste princípio cf., entre nós, VÂNIA COSTA RAMOS, «Corpus Iuris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare (parte I)», *Revista do Ministério Público*, 108, 2006, 125-49, e «Corpus Iuris 2000 – Imposição do arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare (parte II)», *Revista do Ministério Público*, 109, 2007, 57-96; LILIANA DA SILVA SÁ, «O dever de cooperação do contribuinte versus o direito à não auto-incriminação», *Revista do Ministério Público*, 107, 2006, 121-63; AUGUSTO SILVA DIAS/ VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009; ou JOANA COSTA, «O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», *Revista do Ministério Público*, 128, 2011, 117-83.

⁴ Na doutrina portuguesa, cf., por todos, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 120 ss.; VÂNIA COSTA RAMOS, «Corpus Iuris 2000 – Imposição do arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare (parte II)», *Revista do Ministério Público*, 109, 2007, 58 ss.; AUGUSTO SILVA DIAS/ VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 14 ss.; e, LILIANA DA SILVA SÁ, «O dever de cooperação do contribuinte versus o direito à não auto-incriminação», *Revista do Ministério Público*, 107, 2006, 132 ss. No que respeita à jurisprudência, veja-se a posição assumida pelo Tribunal Constitucional, nomeadamente, nos acórdãos nº 304/2004, 181/2005, 155/2007 e 240/2013.

⁵ Para além das referências até aqui elencadas, cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, 811-814, 892-893 e 963-964, com profusas referências à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, onde se cimentou e densificou o direito a um processo equitativo (sendo que o direito ao silêncio surge como uma concretização de uma das exigências deste processo: a igualdade de armas).

⁶ Este o sentido último da não autoincriminação, verdadeira pedra de toque do processo acusatório, como nos explica MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 122.

sua aplicação esteja isenta de dificuldades ou não continue a suscitar hoje – se calhar até particularmente – delicados problemas quotidianos.

Na verdade, para lá das questões relacionadas quer com o âmbito de validade normativa do princípio (vale o direito à não autoincriminação apenas para o processo penal ou para todo o direito sancionatório?⁷), quer com o seu âmbito de validade temporal (exigir-se-á, para a invocação consequente deste direito a prévia constituição como arguido ou ele poderá ser utilizado mesmo antes desse momento processual?⁸), as questões em torno do seu âmbito material de aplicação continuam hoje a ser alvo de vivo debate, sobretudo face às novas realidades que se impõem à investigação criminal dos nossos dias.

Na impossibilidade de ponderar nesta sede todos estes pontos, é sobre este último que especificamente nos debruçaremos – salientando, todavia, a sua interseção com os outros em grande número de matérias. Na verdade, a pergunta central da reflexão que pretendemos aqui empreender não pode deixar de ser a seguinte: afinal, o que é o direito à não autoincriminação? Ou seja: que realidades abarca? Qual é o conteúdo material de um direito como este, que assim se afirma decorrência dos princípios constitucionais, e em que atos concretos poderá ele materializar-se?

A questão é tudo menos pacífica. Se é certo que o *nemo tenetur* está, para todos, relacionado com ideia de respeitar a vontade do acusado e de o proteger contra o exercício impróprio de poderes coercivos pelas autoridades⁹ – no sentido de que ninguém pode ser obrigado a contribuir para estabelecer a sua própria culpabilidade –, a sua concreta densificação deixa em aberto muitas dúvidas.

⁷ Ver, a este propósito, AUGUSTO SILVA DIAS/ VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 22 e ss. e, mais detidamente, 67 ss.

⁸ Cf. a reflexão de JOANA COSTA, «O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», *Revista do Ministério Público*, 128, 2011, 119 ss., com específico tratamento da evolução da jurisprudência do TEDH.

⁹ Como nos diz, por exemplo, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 121; e igualmente JOANA COSTA, «O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», *Revista do Ministério Público*, 128, 2011, 118.

2. O direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação: brevíssima compreensão histórica

Historicamente, como bem se sabe, este direito foi, sobretudo, entendido na sua vertente de direito ao silêncio¹⁰, tendo essa dimensão encontrado assento em muitos instrumentos, tanto nacionais como internacionais. Veja-se, a título de exemplo, o que sucede com o nº 1 do art. 11º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (onde, em boa verdade, se fala apenas de presunção de inocência e garantias de defesa, embora se entenda que dela decorre o direito ao silêncio), com a al. g) do nº 3 do art. 14º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (que assegura que qualquer pessoa acusada de infração penal terá direito, pelo menos, a não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada), com o nº 2 do art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (que se centra, em particular, no princípio da presunção de inocência do arguido) ou com o art. 48º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (que igualmente assegura o princípio da presunção de inocência e a garantia dos direitos de defesa).

Na generalidade das Constituições dos países lusófonos, por sua vez (e à semelhança do que sucede no ordenamento jurídico português, como veremos), o direito à não autoincriminação não aparece consagrado enquanto tal (nem na sua vertente de direito ao silêncio, nem na de direito à não autoincriminação, em sentido estrito): na Constituição da República de Angola estabelece-se, no art. 67º, o princípio da presunção de inocência e as garantias de defesa; sensivelmente o mesmo que se fixa no art. 34º da Constituição de Cabo Verde; e bem assim no art. 42º do Texto Fundamental Guiné Bissau; quanto à Constituição da República de Moçambique, por sua vez, estes mesmos princípios estão vertidos no nº 2 do art. 59º e no art. 65º; podendo igualmente ser encontrados no art. 40º da Constituição de São Tomé e Príncipe e no art. 34º da Lei Fundamental de Timor Leste. Idêntica previsão consta, ainda, da 2.ª parte do art. 29º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, reconhecendo a presunção de inocência daquele que seja

¹⁰ Também sobre este direito refletia Salgado Zenha, jurista crítico e empenhado, dizendo, a propósito da situação vigente antes do 25 de abril de 74, que “legalmente” o direito ao silêncio se constituía como um dos direitos processuais fundamentais do arguido, muito embora, na prática, tais direitos de defesa se vissem esvaziados – FRANCISCO SALGADO ZENHA, *Notas sobre a instrução criminal*, Braga: Universidade do Minho, 2002 (64 ss.).

alvo de um processo criminal. Apenas, tanto quanto nos é dado saber, a Constituição da República Federativa do Brasil vai um pouco mais longe e, para além da consagração deste princípio da presunção de inocência (constante no art. 5º, inciso LVII), prevê expressamente o direito ao silêncio, ao estabelecer no inciso LXIII daquele artigo que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, [sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado]”. As normas processuais penais dos distintos países em causa – que, *brevitatis causa*, não podemos aqui analisar – vão bastante mais longe nesta matéria, quase sempre, porém, apenas se cingindo também ao direito ao silêncio e não adentrando nos demais planos da autoincriminação.

Internamente, como dissemos já, a Constituição não faz específica referência nem ao privilégio de não autoincriminação nem ao direito ao silêncio, bastando-se – como a maioria dos instrumentos internacionais referidos – pela menção expressa, no art. 32º, da garantia dos direitos de defesa e do princípio da presunção de inocência. Ao nível infraconstitucional, contudo, o direito ao silêncio está consagrado entre nós desde o Decreto de 28 de dezembro de 1910, que ditou que nenhum réu em processo penal poderia ser obrigado a responder em audiência de julgamento, com exceção das perguntas relativas à sua identidade¹¹. Existiu, portanto, este direito ao silêncio, com consagração expressa, no Código de Processo Penal de 1929, que vigorou durante todo o período da ditadura salazarista, mas sem que o direito em causa fosse efetivamente aplicado, pois que era esvaziado, designadamente, pela possibilidade de utilização de uma confissão prévia¹², mesmo que esta tivesse sido obtida com comprometimento de outros direitos fundamentais, como a própria liberdade.

Só, pois, o CPP de 1987 veio trazer real efetividade a este direito, consagrando-o como direito essencial do arguido, no art. 61º, nº 1, al. d) – bem como, em harmonia com este preceito, nos arts. 132º, nº 2; 141º, n. 1, a) e 343º, nº 1) –, e juntando-lhe uma série de decorrências que lhe vieram

¹¹ Como sublinham AUGUSTO SILVA DIAS/ VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 9 ss., já muito antes disso, Pascoal de Melo Freire havia defendido, no Projeto de Código Criminal de 1789, o reconhecimento do direito ao silêncio do acusado, indo mesmo buscar a sua fundamentação às Ordenações Filipinas.

¹² *Idem, ibidem*.

atribuir relevo prático: como a interdição da valoração negativa do silêncio (art. 343º, nº 1); a consagração de proibições de prova que impedem a utilização de provas obtidas com violação daquele direito (art. 126º); a proibição, entretanto mitigada, de utilização das declarações anteriores do arguido que se remete ao silêncio em audiência (art. 357º do CPP); e o dever (geral) de fundamentação das decisões judiciais (art. 374º).

O direito à não autoincriminação, porém, tem uma outra vertente frequentemente esquecida ou apresentada em segundo plano, que muitos assumem como consequência do direito ao silêncio, mas que, para nós – como veremos –, tem plena existência autónoma (a justificar, porventura, como aventaremos, uma proposta de releitura do direito em causa): aquilo a que chamamos direito à não autoincriminação em sentido estrito, e que está relacionado não com as declarações do arguido, propriamente ditas, e correspondente direito de as não fazer, mas com as obrigações de ação ou omissão que podem impender sobre o arguido, de prestar, apresentar, entregar ou sujeitar-se à obtenção de determinados elementos probatórios.

A este propósito não apenas o texto constitucional é mudo, como se disse já, como a própria legislação infraconstitucional pouco diz, não parecendo conceder-lhe especial atenção, ao menos em moldes aproximados aos do direito ao silêncio, e deixando para a doutrina e a jurisprudência a discussão e decisão sobre os seus específicos contornos. É exatamente aqui, portanto, que pretendemos mover-nos, deixando um pequeno contributo para a reflexão que, segundo cremos, se torna imperioso fazer a propósito desta faceta do *nemo tenetur*.

3. Os desafios atuais do *nemo tenetur*: a deslocação do seu âmbito material para o direito à não autoincriminação

Assim, tem sido aceite no universo jurídico-penal português que o *nemo tenetur se ipsum accusare* vigora na nossa ordem jurídica e enforma todo o processo penal (se não mesmo todo o processo sancionatório¹³), tendo como

¹³ Ver, *v.g.*, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/ MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas», in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra: Almedina, 2009,

núcleo inarredável o direito ao silêncio, com as várias manifestações que fomos já assinalando e outras delas decorrentes ou extrapoláveis. Que assim seja não surpreende, sobretudo se considerarmos historicamente a afirmação deste direito e a importância que as declarações (em especial, as do arguido) representavam no processo penal, construído grandemente em torno da palavra falada, seja a do suspeito/ arguido, a da vítima/ ofendido/ assistente ou a das testemunhas.

A não incriminação exigia, portanto, sem surpresas, que o arguido não pudesse ser obrigado a fazer prova contra si próprio e isso obter-se-ia, num número muito significativo de casos, pela não obrigatoriedade de que ele falasse, quando para tal fosse convidado por qualquer uma das autoridades do processo. A esta luz se compreende, segundo cremos, o relevo que cedo assumiu o direito ao silêncio no ordenamento jurídico português (como em tantos outros) e, bem assim, a sua depuração ao longo dos tempos – veja-se, por exemplo, o que sucedeu com a obrigatoriedade de o arguido responder com verdade às perguntas sobre os seus antecedentes criminais, que constava no nº 3 do art. 141º do CPP e caiu com a alteração que àquele diploma foi introduzida pela lei nº 20/2013, de 21 de fevereiro.

A outra vertente do princípio *nemo tenetur* – o direito à não autoincriminação *stricto sensu* – assumiu, a essa luz, muito menor relevância e, embora reconhecida enquanto tal, desde sempre foi considerada como particularmente limitável. Veja-se, desde logo, que, ao invés do que sucede com a já referida alínea d) do nº 1 do art. 61º do CPP (que fixa o silêncio como um dos direitos processuais do arguido), a alínea d) do nº 6 do mesmo preceito expressamente estabelece como dever do arguido «sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coação e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efetuadas por entidade competente». A densificação deste dever, nomeadamente (para o que aqui nos interessa em particular) com a obrigatoriedade de sujeição a diligências probatórias, surge em diversos momentos

11-56: «O art. 32º, nº 10, da Constituição – acrescentado pela revisão constitucional de 1989 – dispõe que ‘nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa’, explicitando uma solução que já antes era defendida pela doutrina. Este preceito constitui um forte auxílio na resposta à questão formulada. Deste modo, de acordo não só com a Constituição, mas também com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem o direito ao silêncio, enquanto garantia de defesa, dev e estender-se a qualquer processo onde possam ser aplicadas sanções de carácter punitivo, ainda que não criminal» (46).

ao longo do Código, como é o caso da sujeição a exames (art. 172º), a revistas e buscas (art. 174º), entre outros.

Se esta configuração e entendimento do direito à não autoincriminação sempre suscitou alguns momentos de tensão, a verdade é que ela correspondia àquela que era a realidade esmagadora. Tal estado de coisas, porém, tem vindo a alterar-se. Na verdade, à medida que a prova falada (a prova por declarações e a prova testemunhal) vai perdendo terreno face a outros meios de prova (sobretudo prova documental e prova pericial) e novos métodos de obtenção de prova vão abrindo caminho para a, designada, “prova científica”, os problemas que suscitam debate em torno do direito à não autoincriminação do arguido vão-se deslocando também. Hoje, mais do que as declarações que o arguido possa eventualmente prestar, estão em causa situações em que a investigação (às vezes, a pré-investigação¹⁴) visa a obtenção de informação através da entrega de documentos pelo arguido, ou pretende sujeitá-lo a um exame, com vista, sobretudo, à obtenção de respetivo material corpóreo para análise¹⁵.

Um e outro problema, que de *per si* são já suficientemente complexos, agudizam-se mais ainda quando cruzamos o âmbito material de aplicação deste princípio com o seu âmbito normativo (e mesmo com o temporal) e questionamos, por exemplo, a validade num processo criminal de uma prova obtida em procedimento de inspeção tributária por força do dever de colaboração do contribuinte e àquele comunicada: em certo procedimento de inspeção tributária é exigido ao contribuinte que preste um determinado esclarecimento ou entregue certo documento, ao abrigo do consagrado dever de cooperação; este não tem, por regra, o direito de recusar tal colaboração, sendo o respetivo incumprimento ilegítimo e juridicamente sancionável (seja através de sanções contraordenacionais, seja através da responsabilidade por juros compensatórios, seja mesmo através de sanções penais)¹⁶; à luz dessa

¹⁴ Ver a este propósito as reflexões de AUGUSTO SILVA DIAS/ RUI SOARES PEREIRA, Sobre a Validade de Procedimentos Administrativos Prévios ao Inquérito e de Fases Administrativas Preliminares no Processo Penal, Coimbra: Almedina, 2018; e, da nossa parte, FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, «A ‘desprocessualização’ do processo penal – Contemporaneidades, Perigos e Paradigmas», in *I Congresso Internacional JusCrim – Prevenção, Policiamento e Segurança: Implicações nos Direitos Humanos*, Braga: JUSGOV/EDUM, 2022, 69-82.

¹⁵ Seguindo a classificação feita por JOANA COSTA, «O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», *Revista do Ministério Público*, 128, 2011, 117-83.

¹⁶ Cf., a este propósito, LILIANA DA SILVA SÁ, «O dever de cooperação do contribuinte versus o direito à não auto-incriminação», *Revista do Ministério Público*, 107, 2006, 121-63; e NUNO BRANDÃO, «Colaboração com as Autoridades Reguladoras e Dignidade Penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1, 2014, 29-55. Ver,

imposição legal, o contribuinte cumpre com a obrigação acessória em causa, prestando o esclarecimento ou entregando o documento exigido, que a AT vai depois utilizar para instruir um processo sancionatório, eventualmente de natureza criminal.

Estamos, portanto, como facilmente se compreende, perante um problema que se manifesta em diversas frentes: em primeiro lugar, naturalmente, a de saber se assiste ao cidadão, ao contribuinte no caso, o direito à não autoincriminação fora do processo criminal (ou antes dele); depois, e para nós aqui sobretudo, a de compreender que solução dar à questão da intercomunicabilidade probatória, da comunicação de elementos obtidos fora do processo penal a este processo.

4. Os atos de colaboração do arguido e o direito à não autoincriminação – hipótese de resposta

Assim balizado, a traços necessariamente largos, o conteúdo do problema que hoje pretendemos trazer a discussão, adentremos nas hipóteses de solução. Naquelas que têm sido apresentadas pela doutrina e pela jurisprudência e naquelas que, quanto a nós, talvez devam ser equacionadas.

Podemos verificar, na verdade, que há uma convergência significativa de posições quanto à consideração do direito ao silêncio como núcleo fundamental da não autoincriminação. Entende-se generalizadamente, quer entre a doutrina, quer junto dos tribunais, que o *nemo tenetur* parte centralmente da garantia da possibilidade de o arguido não falar, não podendo ser prejudicado por isso, sendo esse o âmago do direito em causa e, nessa exata medida, aquele que pode sofrer menos limitações¹⁷. As demais refrações do princípio, nomeadamente aquelas que aqui salientámos no que respeita aos diversos deveres de colaboração do arguido, às obrigações de prestar ou de se sujeitar a certo ato ou procedimento, essas – porque mais distantes daquele núcleo – são

ainda, PAULO MARQUES, «A inspecção tributária, os métodos indirectos e a prova no processo penal», *Revista do Ministério Público*, 141, 2015, 105-35; e JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/ MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas», in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra: Almedina, 2009, 11-56.

¹⁷ Cf., nomeadamente, as referências bibliográficas e jurisprudenciais que apontámos *supra* na nota 4.

usualmente consideradas como mais brandas, menos importantes e, nessa medida, suscetíveis de menor proteção por parte do direito.

Na verdade, se se compreende com facilidade que não pode pura e simplesmente impedir-se todo e qualquer meio de obtenção de prova que conte com a participação do arguido (ainda que passiva e involuntária, como, por exemplo, nos casos de sujeição a exames), uma vez que isso tornaria verdadeiramente inexecutível muita da atividade de recolha de prova levada a cabo num processo criminal, parece-nos, contudo, muito duvidoso sustentar, sem mais, que no caso dos atos de colaboração a autoincriminação não está em causa ou recebe uma proteção inferior. Efetivamente, concordando-se ou não com a distinção proposta, por exemplo, pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (e também diversa jurisprudência nacional)¹⁸, que trata diferentemente os casos em que a obtenção dos elementos resulta do exercício de poderes compulsivos independente da vontade do suspeito daqueles em que um tal exercício manipula ou força essa vontade, não podemos escamotear que estão aqui em causa um conjunto de realidades que suscitam óbices sérios à compreensão do direito fundamental à não autoincriminação.

Deixando de lado as hipóteses dos exames e das perícias¹⁹ (não por ser, a nossa ver, hipótese resolvida, mas antes por justificar outro tipo de ponderação), sempre teremos de perguntar-nos como poderá sustentar-se, por exemplo, que o dever de certo cidadão de entregar um documento à AT que servirá de base (e de prova quase cabal), depois, a um processo-crime não bole com o privilégio de não autoincriminação, não põe em causa o *nemo tenetur*. Ou, noutra perspetiva, qual a razão pela qual poderá, por exemplo, uma entidade supervisora de determinada área económica exigir a uma pessoa ou a uma empresa que preste uma declaração ou faça um esclarecimento, podendo, com base nesses elementos, instruir um processo sancionatório, aplicar-lhe uma coima e respetivas sanções acessórias e, ainda, comunicar ao Ministério Público a notícia de um eventual crime, acompanhada destes elementos.

¹⁸ Ver, com profusas referências jurisprudenciais, JOANA COSTA, «O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», *Revista do Ministério Público*, 128, 2011, 117-83; e AUGUSTO SILVA DIAS/VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 22 ss.

¹⁹ Cf., por todos, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 127 ss.

Que se sustente que nestas hipóteses não tem lugar a aplicação do princípio da não autoincriminação por não estar em causa, em sentido exato, um processo criminal e, portanto, um arguido²⁰, parece-nos simultaneamente inaceitável e, em boa verdade, insuscetível de resolver o problema em causa. Inaceitável face à atual compreensão do princípio, que inquestionavelmente abarca quer o clássico direito ao silêncio, quer outros atos de autoinculpação, sob pena de se recusar a si próprio e de incumprir a finalidade à luz da qual foi erigido. Insuscetível de resolver o problema na medida em que ignora a realidade atual e o alargamento das funções investigatórias que hoje se dá, mesmo das declaradamente criminais, com a atribuição de poderes de investigação criminal a uma plêiade cada vez mais alargada de autoridades, muitas delas essencialmente administrativas e que, nas suas áreas de atuação específicas, desempenham igualmente a função de órgãos de investigação criminal. O que, necessariamente, há de exigir uma recolocação do problema, sob pena de deixar completamente desprotegidos os cidadãos sujeitos, cada vez mais, a uma antecipação do tempo da intervenção penal.

Se não é possível recusá-lo, todavia, a sua concreta configuração não está isenta de sérias dificuldades. A este propósito, mais do que analisar aqui as especificidades de cada uma das situações práticas que podem equacionar-se, importa-nos deixar uma reflexão que nos tem ocupado e que, segundo julgamos, poderá reperspetivar esta questão do direito à não autoincriminação.

Na verdade, afigura-se-nos que o problema passa, nuclearmente, pela aceitação quase indiscutida de que o âmago essencial da não autoincriminação é o direito ao silêncio, constituindo as suas outras vertentes manifestações mais ou menos longínquas – e, por isso, limitadas e menos relevantes – daquele princípio. Se historicamente uma tal afirmação faz sentido, quer pela emancipação do arguido como sujeito processual e não mais como objeto de prova, quer pela importância que, durante muito tempo, desempenhou a prova “falada”, a narração dos factos – e, em particular, a confissão –, a verdade é que nos parece imperiosa uma configuração moderna do direito em causa.

²⁰ A propósito desta questão, embora em sentido não inteiramente convergente com o nosso, cf. as reflexões de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/ MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas», in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra: Almedina, 2009, 36 ss.

Face à importância relativa crescente de outros meios de prova, sobretudo aqueles que assentam em juízos técnicos realizados sobre prova documental e em perícias científicas, face à atual multiplicação das instâncias de regulação, supervisão e controlo, com o alargamento quase impensável das suas competências e a atribuição de poderes “quasi-penais”²¹, face, ainda, ao esvaziamento a que se vem assistindo do próprio direito ao silêncio – entre nós patente, por exemplo, na agora permitida valoração das declarações prévias de arguido prestadas perante autoridade judiciária –, parece-nos que a chave para a compreensão do problema há de passar por uma recentralização da não autoincriminação, uma renovada perceção do princípio *nemo tenetur*, que releve em particular aqueles que são hoje os seus principais perigos. E estes, na verdade, muito embora não se pretenda negligenciar a importância do direito ao silêncio – considerado verdadeiro *acquis* do direito processual penal acusatório –, estão sobretudo localizados no conjunto cada vez mais amplo de meios de prova que pode ser realizado *sobre o arguido*, independentemente da sua vontade ou mesmo contra ela, desconsiderando-a totalmente.

Parecerá pouco, porventura. Mas não é assim. Enfrentamos, na verdade o sério risco de, nestas nossas modernas sociedades democráticas, estarmos a transformar os direitos de defesa em mera afirmação formal e, repetindo o passado, *coisificarmos* o ser humano, relegando-o, de novo, a mero objeto do processo penal. E o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* está, quanto a nós, perante um dilema: ou se reconfigura, voltando-se agora, ainda que com matizes variáveis, para os atos de não autoincriminação *stricto sensu*, preocupando-se com aqueles que são os desafios do processo penal de hoje, ou estará, a breve trecho, condenado à extinção, por esquecimento ou irrelevância.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

²¹ A este propósito cf. as críticas que deixámos em FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, *Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*, Coimbra: Almedina, 2017, 233 ss.

- ANDRADE, MANUEL DA COSTA. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- BRANDÃO, NUNO. «Colaboração com as Autoridades Reguladoras e Dignidade Penal». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1, 2014, 29-55.
- COSTA, JOANA. «O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem». *Revista do Ministério Público* 128, 2011, 117-183.
- DIAS, AUGUSTO SILVA / PEREIRA, RUI SOARES. *Sobre a Validade de Procedimentos Administrativos Prévios ao Inquérito e de Fases Administrativas Preliminares no Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2018.
- DIAS, AUGUSTO SILVA/ RAMOS, VÂNIA COSTA. *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO/ ANDRADE, MANUEL DA COSTA. «Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas». In *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*. Coimbra: Almedina, 2009, 11-56.
- LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA. «A ‘desprocessualização’ do processo penal – Contemporaneidades, Perigos e Paradigmas». In *I Congresso Internacional JusCrim – Prevenção, Policiamento e Segurança: Implicações nos Direitos Humanos*. Braga: JUSGOV/EDUM, 2022, 69-82.
- LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA. «O direito fundamental à não autoincriminação – essência, refrações e configuração moderna no espaço lusófono». In *Direito na Lusofonia. Diálogos constitucionais no espaço lusófono (vol. II)*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, 21-29.
- LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA. *Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*. Coimbra: Almedina, 2017.
- MARQUES, PAULO. «A inspecção tributária, os métodos indirectos e a prova no processo penal». *Revista do Ministério Público*, 141, 2015, 105-35.
- RAMOS, VÂNIA COSTA. «Corpus Iuris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare* (parte I)». *Revista do Ministério Público*, 108, 2006, 125-49.
- RAMOS, VÂNIA COSTA. «Corpus Iuris 2000 – Imposição do arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare* (parte II)». *Revista do Ministério Público*, 109, 2007, 57-96.
- SÁ, LILIANA DA SILVA. «O dever de cooperação do contribuinte versus o direito à não auto-incriminação». *Revista do Ministério Público* 107, 2006, 121-163.
- ZENHA, FRANCISCO SALGADO. *Notas sobre a instrução criminal*. Braga: Universidade do Minho, 2002.

OS SERVIÇOS DE CERTIFICAÇÃO ELETRÓNICA FACE AO DL 12/2021

Francisco ACP Andrade¹
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.148.13>

Resumo: A entrada em vigor do DL 12/2021, visando assegurar a execução na ordem jurídica interna do Regulamento 910/2014 (Regulamento eIDAS), trouxe consigo importantes esclarecimentos relativamente ao regime jurídico da identificação eletrónica, mas também criou confusão sobretudo devido a um precipitada revogação em bloco do anterior DL 290-D/99², sem que estivessem assegurados aspectos essenciais do regime jurídico e de segurança relativos à identificação eletrónica, serviços de assinatura eletrónica e de certificação eletrónica em geral. Está em causa a prestação de serviços de confiança pelos prestadores de serviços de certificação eletrónica, bem como os direitos e deveres das partes na relação de certificação eletrónicas e, em última análise, a própria segurança da utilização dos serviços de identificação eletrónica em geral.

Palavras chave: Identificação eletrónica, assinatura eletrónica, certificação eletrónica, serviços de confiança.

¹ Membro integrado do JUSGOV – Centro de Investigação em Justiça e Governação, da Escola de Direito da Universidade do Minho; Membro colaborador do Centro Algoritmi, da Escola de Engenharia da Universidade do Minho

² Com última alteração pelo DL 88/2009 de 9 de Abril, e entretanto revogado pelo DL 12/2021 de 9 de Fevereiro, aqui referido como ARJDEAE – Antigo Regime Jurídico do Documento Eletrónico e Assinatura Eletrónica

1. Introdução

O Regulamento Europeu 910/2014 é relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno. Este Regulamento revogou a Diretiva 1999/99/CE.

Há uma necessidade de criar confiança nas transações eletrónicas em linha, no mercado interno, atendendo a uma realidade técnica em mutação com a introdução de novos serviços da sociedade da informação potenciadores da confiança dos utilizadores. Por outro lado, sente-se a necessidade de uma harmonização de regimes, eliminando obstáculos à utilização transnacional dos meios de identificação eletrónica.

Está em causa a utilização dos serviços de identificação eletrónica: “processo de utilização dos dados de identificação pessoal em formato eletrónico que representem de modo único uma pessoa singular ou coletiva, ou uma pessoa singular que represente uma pessoa coletiva (art. 3º nº 1 Regulamento 910/2014).

A entrada em vigor do DL 12/2021 que visa assegurar a execução na ordem jurídica interna do Regulamento 910/2014, trouxe consigo aspetos esclarecedores mas também um conjunto de aspetos muito negativos, nomeadamente pela precipitada revogação em bloco do anterior DL 290-D/99.

1.1. Assinatura electrónica e prestadores de serviços de confiança

A mera existência de assinaturas eletrónicas³ não é suficiente para garantir a autenticidade e integridade dos dados intercambiados, tornando-se necessária a intervenção de entidades terceiras de confiança⁴. É que a identificação do titular e a autenticidade da chave são elementos essenciais

³ “Assinatura eletrónica: os dados em formato eletrónico que se ligam ou estão logicamente associados a outros dados em formato eletrónico e que sejam utilizados pelo signatário para assinar”, art. 3º nr. 10 Reg. 910/2014. Cfr Dumortier, Jos, Regulation (EU) No 910/2014 on Electronic Identification and Trust Services for Electronic Transactions in the Internal Market (eIDAS Regulation) (July 1, 2016). Available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2855484 (consultado em 10 Julho 2023). SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2855484> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2855484> page 18.

⁴ Cfr. Jorge Sinde Monteiro, “Assinatura Electrónica e Certificação”, “Direito da Sociedade da Informação”, Coimbra Editora, 1999, vol. III, pág. 114: “Para prevenir o perigo de que alguém divulgue uma chave pública sob falso nome é necessário que todos os utilizadores se identifiquem perante um ou vários “terceiros de confiança”, tarefa que,

do próprio funcionamento, com um nível satisfatório de segurança, do mecanismo da assinatura eletrónica (ou pelo menos da assinatura digital)⁵. Para estabelecer a autenticidade (e a ligação entre os dados e o titular dos mesmos) e o serviço utilizado (por exemplo, assinatura digital), é necessária a intervenção de autoridades terceiras de confiança⁶. Todo o atual sistema de identificação eletrónica assenta na utilização de entidades certificadoras ou “entidades prestadoras de serviços de confiança”.

O sistema de assinatura eletrónica⁷ está assim assente na existência de “Prestadores de serviços de confiança”⁸, entendidos como entidades, pessoas singulares ou coletivas, que “... emite(m) certificados⁹ ou presta(m) outros serviços relacionados com assinaturas eletrónicas”¹⁰. Um certificado de assinatura eletrónica¹¹ deve ser entendido como “um atestado eletrónico que associa os dados de validação da assinatura eletrónica a uma pessoa

em conjunto com outras, como a própria criação e atribuição de pares de chaves públicas, poderá ser entregue a “prestadores de serviços de certificação”.

⁵ “However the utility of an electronic signature as an authenticating tool is limited by the ability of the recipient to ensure the authenticity of the key used to verify the message digest”, cfr. Steffen Hindenlang, “No remedy for disappointed trust – the liability regime for Certification Authorities towards third parties outwith the EC Directive in England and Germany compared”, *Journal of Information, Law and Technology (JILT) 2002 (1)* in <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/02-1/hindenlang.html> (visitado 21-2-2003), ponto 2.1.3. Certification Infrastructure

⁶ “Traditionally, Public Key Infrastructures (PKI) have been used for this purpose. The core element of a PKI is a so-called certification authority (CA) also referred to as certification service providers”, Christophe Sorge, “The legal classification of identity based signatures” in *Computer Law and Security Review*, 30 (2014) 126-136

⁷ Cfr. Miguel Pupo Correia, “Assinatura electrónica e certificação digital”, in « *Direito da Sociedade da Informação* », Vol. VI, Coimbra Editora, 2006, pág. 314, que refere que “O valor da assinatura digital depende de o seu titular possuir um certificado válido, emitido por uma entidade certificadora devidamente credenciada por um organismo competente”. Parece-nos no entanto que este Autor terá ido longe de mais na sua apreciação. É que se a validade da assinatura depende efectivamente da existência de uma entidade certificadora, já nos parece que o facto de tal entidade estar ou não credenciada já terá mais que ver com o efectivo valor probatório associado a tal assinatura do que com a sua validade ou invalidade.

⁸ “A certification authority is a body, either public or private, that seeks to fill the need for trusted third parties in electronic commerce by issuing electronic certificates, signed electronically, that attest to some fact about the subject of the certificate”, cfr. Steffen Hindenlang, op. citada.

⁹ A entidade de certificação (CA) “A CA certifies the mapping between a public key and its owner by digitally signing a certificate, i.e. a data structure that contains both the identity and the public key.”, Christophe Sorge, “The legal classification of identity-based signatures”, in “*Computer law & security review*” 30 (2014) pág.126.

¹⁰ A doutrina costuma referir a essencialidade do papel desempenhado por terceiros de confiança ou, na terminologia anglo-saxónica, “Trusted Third Parties”. Cfr. a propósito do papel destes terceiros de confiança, na doutrina norte-americana, A. Michael Froomkin, “The Essential Role of Trusted Third Parties in Electronic Commerce”, *75 Oregon Law Review*, 49 (1996).

¹¹ Cfr. Joel Timóteo Ramos Pereira, “Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação”, *Quid Iuris*, 2004, pág. 200 in fine: “Na prática, o certificado de assinatura constitui a versão electrónica do “bilhete de identidade” ou “cartão de pessoa colectiva”, devendo conter as informações previstas no art. 29º (nome e outros elementos de identificação, país de certificação, chave pública, número de série, validade) podendo ser apresentado electronicamente como prova de identidade”. Cfr. ainda Miguel Pupo Correia, “Assinatura electrónica e certificação digital”, citado, pág. 314.

singular e confirma, pelo menos, o seu nome ou pseudónimo;¹² (Regulamento 910/2014 art. 3º nr. 14). Os certificados de assinatura eletrónica podem ser, ou não, qualificados. (art. 3º nrs. 14 e 15). Os certificados qualificados de assinatura eletrónica são os que satisfazem os requisitos estabelecidos no Anexo I do Regulamento e deverão conter necessariamente:

- a indicação de que o certificado foi emitido como certificado qualificado;
- os dados de identificação do prestador qualificado de serviços de confiança
- o nome ou pseudónimo do signatário
- os dados de validação da assinatura correspondentes aos dados de criação de assinatura
- indicação de início e termo de validade do certificado
- código de identidade do certificado
- assinatura eletrónica ou selo eletrónico do prestador qualificado de serviços de confiança emitente do certificado
- o local em que está disponível (a título gratuito) o certificado
- a localização dos serviços aos quais se pode recorrer para inquirir da validade do certificado

“Prestador de serviços de confiança”¹³, de acordo com o mesmo regulamento (art. 3º nr. 19, é a “a pessoa singular ou coletiva que preste um ou

¹² “O certificado digital – ou simplesmente certificado – é um documento electrónico, acessível em ambiente informático a qualquer interessado na sua consulta, que cria a certeza de que a pessoa que apõe uma assinatura digital é a titular da respectiva chave pública e, por conseguinte, também da respectiva chave privada”, Miguel Pupo Correia, “Assinatura electrónica e certificação digital”, citado, pág. 314.

¹³ A doutrina anglo-saxónica refere a existência de “Infraestruturas de chaves públicas” ou “PKI Infrastructure”, pois que, na verdade, são estas entidades que gerem e divulgam as chaves públicas necessárias à utilização de sistemas de assinatura digital. Mas também em relação ao funcionamento e às competências destas entidades se vão observando críticas, algumas das quais pertinentes. Cfr., a propósito, relativamente à doutrina anglo-saxónica, o artigo de Carl Ellison e Bruce Schneier, “Ten risks of PKI: what you’re not being told about Public Key Infrastructure”, *Computer Security Journal*, volume XVI, Number 1, 2000. Estes autores identificam dez riscos principais na utilização de certificados de assinatura digital emitidos por infraestruturas de chaves públicas: “Risk 1: who do we trust, and for what?; Risk 2: who is using my key?; Risk 3: how secure is the verifying computer?; Risk 4: Which John Robinson is he?; Risk 5: is the CA (certification authority) an authority?; Risk 6: is the user part of the security design?; Risk 7: Was it one CA or a CA plus a Registration Authority?; Risk 8: How did the CA identify the certificate holder? Risk 9: How secure are the certificate practices? Risk 10: why are we using the CA process anyway?”. Em relação à questão da identificação do titular das chaves de assinatura, nomeadamente no que respeita ao Risco 4º identificado por Ellison e Schneier (“Which John Robinson is he?”), não posso deixar de fazer aqui uma

mais do que um serviço de confiança¹⁴ quer como prestador qualificado quer como prestador não qualificado de serviços de confiança”.

Os prestadores de serviços de confiança podem ser ou não qualificados (art. 3º nrs. 19 e 20 do Regulamento 910/2014). Prestador de serviços de confiança qualificado é o prestador de serviços que “preste um ou mais do que um serviço de confiança qualificado e ao qual é concedido o estatuto de qualificado pela entidade supervisora”. (art. 3º nº 20 Regulamento 910/2014),

1.2. Funções das entidades certificadoras

A doutrina vem estabelecendo uma distinção fundamental, a respeito destas entidades, no que à assinatura eletrónica respeita, ao separar duas importantes funções das mesmas, a função de criação de códigos e de registo de assinatura ou de ligação dos códigos de assinatura a um determinado titular, por um lado, e a função de identificação da pessoa que se vai tornar titular da mesma assinatura, por outro lado¹⁵. Podemos assim estabelecer uma distinção entre as duas importantes funções: funções de Identificação¹⁶ e funções de Registo. Claro que as acima referidas funções¹⁷ poderão, ou não, coexistir numa mesma entidade. Mas a distinção continua a ser operativa em termos

especial referência ao modo de atribuição de nomes e apelidos usual em Portugal e, em alguns países, considerado algo complicado. Na verdade, o facto de cada um de nós, cidadãos portugueses, poder ter dois nomes próprios, acrescidos de dois apelidos maternos e dois apelidos paternos, faz com que o conjunto de nomes que identificam um cidadão em Portugal constitua um conjunto potencialmente único e perfeitamente identificador da pessoa em causa, pelo que o risco enunciado por Ellison e Schneider (“Which John Robinson is he?”) estará muitíssimo atenuado em Portugal. Afinal, parece que o complicado sistema de atribuição de nomes em Portugal se encontra perfeitamente adaptado às necessidades da sociedade techno-digital.

¹⁴ Sobre serviços de confiança cfr. Zaccaria, Schmidt-Kessel, Schulze, Gambino “EU eIDAS Regulation – Article by article commentary”, 2020, Beck Hart Nomos, 23-24.

¹⁵ “... if Alice and Bob had no previous dealings, are strangers, then no electronic signature will reliably identify them to each other without assistance of some outside source to provide a link between their identities and their public keys”, cfr. Steffen Hindenlang, op. citada, ponto 2.1.3. Certification Infrastructure.

¹⁶ “... l'accertamento dell'identità personale del sottoscrittore, risponde all'esigenza di accertare che effettivamente il soggetto che risulta titolare della chiave ai sensi della certificazione posta in essere dal soggetto certificatore, sia effettivamente quel soggetto. “, cfr. Alessandra Vilecco Bettelli, “L'Efficacia delle prove informatiche”, Giuffrè, Milano, 2004 págs. 107/108.. Para este Autora, a instituição da figura do Notário Electrónico ou “Cybernotary” como nova figura profissional na área dos serviços da Sociedade da Informação “funzionerebbe come una garanzia di effettività dei diritti coinvolti e della loro tutela”.

¹⁷ Giusella Finocchiaro, “Firma digitale e firme elettroniche – profili privatistici”, Giuffrè Editore, Milano, 2003, pág. 80, refere as funções de “identificazione (registration service)” e “certificazione (certification service)”

teóricos e pode até determinar aspetos importantes do regime jurídico das atividades de certificação eletrónica.

De todo o modo, poderemos considerar também a possibilidade de a entidade certificadora poder criar ela própria os códigos de assinatura¹⁸, ou antes optar por fornecer ao cliente os meios para este criar, ele próprio, os seus próprios códigos de assinatura. Ou seja, no caso da assinatura digital, o par de chaves pode ser emitido pela entidade certificadora ou ser criado pelo próprio interessado. No entanto, em qualquer dos casos, o certificado de assinatura é necessariamente emitido pela entidade certificadora.

A entidade certificadora deve verificar a identidade¹⁹ do requerente do certificado²⁰ e, nos casos aplicáveis, os poderes de representação do requerente – não podendo aqui deixar de ser salientada uma atribuição a entidades certificadoras privadas de competências que normalmente competiam às entidades notariais.... Esta cláusula deve ser compreendida no âmbito do processo de “privatização” do notariado e da atribuição de competências “notariais” a outras entidades que não os notários (por exemplo, advogados e até funcionários dos CTT). Claro que esta atribuição de funções é feita a favor de entidades privadas que se presumem idóneas. E, no caso dos prestadores de serviços de confiança, estes estão sujeitos a fiscalização da entidade supervisora (art. 3º nr. 20 do Regulamento 910/2014). A questão poderá, no entanto, revelar-se mais delicada a respeito de entidades certificadoras não considerados como prestadores qualificados.

Prestadores qualificados de serviços de confiança

O Regulamento eIDAS estabeleceu a distinção entre Prestador de Serviços de Confiança e Prestador Qualificado de Serviços de Confiança, com implicações na distinção entre os diferentes modelos de assinatura eletrónica:

¹⁸ “...a central authority is introduced that generates private keys on behalf of the users. This authority is referred to as Private Key Generator (PKG)”, Christophe Sorge, “Softwareagenten – Vertragsschluss, Vertragsstrafe, Reugeld”, Universitätsverlag Karlsruhe, 2006, pág. 127.

¹⁹ Cfr. Giusella Finicchiario, op. citada, pág. 81: “La prima funzione del certificatore è quella di identificare il soggetto che richiede la certificazione, al fine di garantire la corrispondenza fra il titolare del dispositivo di firma e la persona fisica che lo utilizza”.

²⁰ Cfr. Miguel Pupo Correia, “Assinatura electrónica e certificação digital”, citado, pág. 315.

assinatura eletrónica (simples)²¹, assinatura eletrónica avançada²² e assinatura eletrónica qualificada²³. A assinatura eletrónica qualificada implica necessariamente a existência de um certificado qualificado de assinatura eletrónica²⁴.

O Regulamento 910/2014 veio ainda estabelecer um regime único para os certificados qualificados de assinatura eletrónica, terminando assim com o regime dual que existia em Portugal na vigência do DL 290-D/99²⁵. De acordo com o n.º 3 do artigo 3.º daquele diploma, estabelecia-se uma distinção entre assinatura eletrónica qualificada certificada por entidade certificadora credenciada e assinatura eletrónica qualificada certificada por entidade certificadora não credenciada. Esta era uma distinção desnecessária e motivadora de confusão. Felizmente, o Regulamento 910/2014 veio unificar o conceito de assinatura eletrónica qualificada (pelo menos em Portugal) e a sua equivalência a assinatura manuscrita, bem como deixando claro que só a assinatura eletrónica qualificada confere a um documento eletrónico o valor de documento particular assinado (artigo 25.º n.º 2 Regulamento eIDAS) !!!²⁶

No entanto, com a aprovação e entrada em vigor do DL 12/2021 de 9 de Fevereiro, que visa assegurar a execução do Regulamento 910/2014 na ordem jurídica portuguesa, suscita-se um conjunto de questões decorrentes da precipitada e desastrada revogação na íntegra (art. 36 do DL 12/2021) do regime constante do DL 290-D/99 (na redação que resultou do DL 88/2009), sem regular ex-novo as matérias da suspensão e revogação dos certificados qualificados e dos deveres e obrigações dos titulares dos certificados. O que terá consequências em termos de validade de assinaturas e até relativamente a questões de responsabilidade.

²¹ “Os dados em formato eletrónico que se ligam ou estão logicamente associados a outros dados em formato eletrónico e que sejam utilizados pelo signatário para assinar” (art. 3.º n.º 10 Regulamento 910/2014;

²² «Assinatura eletrónica avançada»: uma assinatura eletrónica que obedeça aos requisitos estabelecidos no artigo 26.º (artigo 3.º n.º 11 Regulamento 910/2014)

²³ «Assinatura eletrónica qualificada»: uma assinatura eletrónica avançada criada por um dispositivo qualificado de criação de assinaturas eletrónicas e que se baseie num certificado qualificado de assinatura eletrónica” (artigo 3.º n.º 12 Regulamento 910/2014)

²⁴ Um certificado “emitido por um prestador de serviços de confiança” e que satisfaça os requisitos estabelecidos no Anexo I do Regulamento (Regulamento 910/2014, artigo n.º 3 n.º 15)

²⁵ Artigo 3.º DL 290-D/99, n.º 3: “Quando lhe seja aposta uma assinatura electrónica qualificada certificada por uma entidade certificadora credenciada, o documento electrónico com o conteúdo referido no número anterior tem a força probatória de documento particular assinado, nos termos do artigo 376.º do Código Civil”.

²⁶ O que leva Jorge Sinde Monteiro, op. citada, pág. 117, a referir que “Ao longo do diploma ficaram diversos resquícios de um sistema de autorização prévia”.

Isto, para além de também terem sido revogadas, sem previsão de nova regulação, as normas relativas aos deveres das entidades certificadoras que constavam do artigo 24º do DL 290-D/99. Estão nomeadamente em causa as normas relativas aos deveres de “proceder à publicação imediata da revogação ou suspensão dos certificados (art. 24º al. p):

- Assegurar que a data e hora da emissão, suspensão e revogação dos certificados possam ser determinadas através de validação cronológica (art. 24º al. q); ;
- Conservar os certificados emitidos, por um período não inferior a 20 anos (art. 24º al. r);
- Capital social mínimo de 200.000 euros (art. 14º);
- Manter contrato de seguro de responsabilidade civil válido (art. 24º al. d);
- Verificar rigorosamente a identidade dos requerentes titulares dos certificados (art. 24º al. i) DL 290-D/99 e art. 24º nº 1 Regulamento eIDAS);
- Verificar rigorosamente os poderes de representação dos representantes de pessoas colectivas (art. 24º al. i) DL 290-D/99;
- Assegurar o funcionamento de um serviço que permita a consulta “de forma célere e segura do registo informático dos certificados emitidos, revogados, suspensos ou caducados” (art. 24º al. o) DL 290-D/99;
- Proceder à publicação imediata da revogação ou suspensão dos certificados (art. 24º al. p) DL 290-D/99;
- Garantir uma absoluta integridade e independência no exercício da actividade de certificação (art. 24º al. b) DL 290-D/99;
- Assegurar todos os necessários requisitos de integridade e independência no exercício da actividade (art. 24º al. b) DL 290-D/99);
- Assegurar a fiabilidade técnica, segurança e eficácia dos sistemas e a eficácia e idoneidade dos recursos humanos (art. 24º als. c), e), f), g), h DL 290-D/99).

Há que ter sempre em atenção que, se a entidade certificadora oferecer aos titulares de certificados serviços de gestão de chaves, a entidade certificadora não deveria armazenar ou copiar dados de criação de assinaturas do titular (art. 24º al. n) ARJDEAE) – ou seja, a entidade certificadora não deveria, ao abrigo do regime ora revogado, armazenar ou copiar a chave privada... Acresce que,

- No exercício da suas competências, a entidade certificadora deveria assegurar ainda o funcionamento de um serviço que garantisse:
- A revogação e suspensão, “de forma imediata e segura”, dos certificados (art. 24º al. o) ii) DL 290-D/99;
- A consulta (não só pelo titular, mas sobretudo pelos terceiros) “..de forma célere e segura”, do registo informático dos certificados emitidos, revogados, suspenso e caducados “(art. 24º al. o) i) DL 290-D/99;
- A entidade certificadora teria ainda que garantir a possibilidade de determinação da data e hora da emissão, suspensão e revogação dos certificados (art. 24º al. q) DL 290-D/99;
- As entidadesificadoras teriam a obrigação de conservar as informações referentes aos certificados durante um prazo não inferior a 20 anos “... a contar da suspensão ou revogação de cada certificado...” (art. 30º nº 6 DL 290-D/99 e art. 17º nº 6 Dec. Reg. 25/2004 de 15 de Julho, também revogado pelo DL 12/2021).

Há que recordar ainda que, nos termos do DL 290-D/99, o titular de um certificado era responsável pela sua utilização, devendo em consequência tomar todas as medidas necessárias à preservação da confidencialidade dos dados constantes do certificado e a evitar danos a terceiros (art. 31º nº 1 DL 290-D/99), devendo tomar todas as medidas necessárias para preservar a confidencialidade da chave privada²⁷.

²⁷ Miguel Pupo Correia “Assinatura electrónica e certificação digital”, citado, pág. 315.

O titular de um certificado era responsável pela sua utilização, devendo tomar todas as medidas necessárias à preservação da confidencialidade dos dados constantes do certificado e a evitar danos a terceiros (art. 31º nº 1 ARJDEAE).

Já a iniciativa de suspensão do certificado por parte da própria entidade certificadora (art. 30º nº 1 b) ARJDEAE), se justificava (e continua a justificar) amplamente nos casos enunciados no artigo ora revogado:

- Quando houvesse fundadas razões para crer que o certificado tinha sido emitido com base em informações erróneas ou falsas;
- Quando houvesse fundadas razões para crer que as informações contidas no certificado haviam deixado de ser conformes com a realidade;
- Quando houvesse fundadas razões para crer que a confidencialidade dos dados de criação de assinatura não estava mais assegurada.

Em casos extremos, podia naturalmente a entidade certificadora proceder à revogação do certificado (art. 30º nº 3 RJDEAE):

- Quando após suspensão se confirmasse que o certificado havia sido emitido com base em informações erróneas ou falsas;
- Quando após suspensão se confirmasse que as informações contidas no certificado haviam deixado de ser conformes com a realidade;
- Quando após suspensão se confirmasse que a confidencialidade dos dados de criação de assinatura não estava assegurada;
- Quando a entidade certificadora cessasse as suas actividades sem ter transmitido a sua documentação a outra entidade certificadora;
- Quando por motivo fundamentado e decorrente da lei a entidade certificadora devesse ordenar a revogação do certificado;
- Quando a entidade certificadora tomasse conhecimento do falecimento, interdição ou inabilitação do titular pessoa singular;

- Quando a entidade certificadora tomasse conhecimento da extinção da pessoa colectiva titular do certificado²⁸;
- A suspensão ou revogação do certificado deveria indicar a data e hora a partir das quais produziriam efeitos (art. 30º nº 6 ARJDEAE) e a suspensão e a revogação eram oponíveis a terceiros a partir da sua inscrição no registo respectivo (art. 30º nº 5 ARJDEAE). Este registo, dos certificados válidos, suspensos e revogados, deveria obviamente, estar disponível e acessível a todos os interessados.

Estas matérias não estão expressamente reguladas no Regulamento eIDAS e foram revogadas pelo DL 12/2021 sem que o legislador tivesse o cuidado de prever normas que pudessem substituir as que foram revogadas.

O quer nos diz o Regulamento eIDAS que possa ser aproveitável para esta situação?

Apenas a disposição do art. 28º nº 4 que estipula que “os certificados qualificados de assinaturas eletrónicas que tenham sido revogados após a ativação inicial perdem validade a partir do momento da revogação, não podendo o seu estatuto ser revertido, em nenhuma circunstância”.

É verdade que o art. 28º nº 5 do Reg. eIDAS se refere à possibilidade de os Estados Membros estabelecerem regras sobre a suspensão temporária dos certificados qualificados...

Mas no caso de Portugal, o Estado Membro que tinha regras relativas à suspensão dos certificados.... revogou-as... Intencionalmente ou talvez não....

Também foi revogada a norma (art. 31º DL 290-D/99) que referia os deveres do titular de certificado, nomeadamente “em caso de dúvida quanto à perda de confidencialidade dos dados de criação de assinatura, o titular deve pedir a suspensão do certificado e, se a perda for confirmada, a sua revogação”...

²⁸ Embora esta norma tivesse que ser considerada como revogada face à entrada em vigor do Regulamento 910/2014, diretamente aplicável em todo o território da União Europeia e que expressamente prevê que signatário de assinatura eletrónica será necessariamente uma pessoa singular, desaparecendo assim os certificados passados a pessoa coletiva que estavam previstos no DL 290-D/99.

Ou seja, o legislador revogou as únicas normas que previam as obrigações do titular dos certificados e as situações de suspensão ou revogação dos certificados (enquanto deveres quer do titular do certificado quer da entidade certificadora)

Também há que assinalar a revogação da norma que estipulava que “a suspensão e revogação do certificado eram oponíveis a terceiros a partir da inscrição no respetivo registo” (art. 30º nº 5 do DL 290-D/99), bem como a norma que estipulava que “A partir da suspensão ou revogação de um certificado...” era proibida a emissão de certificado referente aos mesmos dados de criação de assinatura pela mesma ou outra entidade certificadora...

A entidade certificadora é, obviamente, civilmente responsável pelos danos sofridos pelos titulares dos certificados e por terceiros em consequência do incumprimento dos deveres que lhe incumbem “...excepto se provar que não actuou de forma dolosa ou negligente “. (art. 26º nº 1 ARJDEAE)²⁹, sendo nulas as convenções de exoneração e limitação de responsabilidade (art. 26º nº 2)³⁰.

No anterior regime de credenciação (entretanto revogado), as entidades certificadoras tinham ainda que preencher determinados requisitos (art. 12º ARJDEAE):

- estar dotadas de meios financeiros adequados, sendo o capital mínimo obrigatório, para entidades credenciadas pessoas colectivas, de €200.000, integralmente realizado à data da credenciação (art. 2º nº 1 a), art. 14º e 24º ARJDEAE)³¹;
- dar garantias de integridade (idoneidade) e independência (arts. 12º nº 1 b), art. 15º e art. 24º ARJDEAE);

²⁹ Cfr. A.G. Lourenço Martins, J.A. Garcia Marques e Pedro Simões Dias, “Cyberlaw em Portugal – O Direito das Tecnologias da Informação e Comunicação”, Edições Centro Atlântico, 2004, op. citada, referem a este propósito, a inclusão, neste ponto, dos “actos praticados pela entidade certificadora com negligência leve, o que no domínio informático deve ser considerado como uma excessiva extensão da imputação objectiva”.

³⁰ Isto, não obstante o art. 29º nº 1 al. h) prever a possibilidade de, no certificado, serem estabelecidas “limitações convencionais da responsabilidade da entidade certificadora, sem prejuízo do disposto no nº 2 do artigo 26º”.

³¹ Para entidades credenciadas pessoas singulares, o ARJDEAE estipulava uma obrigatoriedade de estas terem e manterem “durante toda a sua actividade, um património, livre de quaisquer ónus, de valor equivalente a € 200.000 (art. 14º nº 3 ARJDEAE).

- dispor de recursos técnicos e humanos que assegurassem padrões mínimos de segurança e eficácia (art. 12º nº 1 c) e art. 39º ARJDEAE);
- manter um seguro de responsabilidade civil (art. 12º nº 1 d) e art. 16º ARJDEAE)³²;

E, claro está, a entidade certificadora era civilmente responsável pelos danos sofridos pelos titulares dos certificados e por terceiros em consequência do incumprimento dos deveres que lhe incumbem “...excepto se provar que não actuou de forma dolosa ou negligente “ (art. 26º ARJDEAE).

1.4. Deveres das entidades certificadoras

O DL 290-D/99 apontava ainda um conjunto de deveres que impunham sobre as entidades certificadoras (art. 24º ARJDEAE):

- Estar dotada dos requisitos patrimoniais do art. 14º ARJDEAE (art. 24º ARJDEAE al. a));
- Capital social mínimo de €200.000, integralmente realizado (sociedades comerciais) ou substrato patrimonial equivalente (art. 14º ARJDEAE);
- Manter contrato de seguro de responsabilidade civil válido (art. 24º al. d) ARJDEAE);
- Verificar rigorosamente a identidade dos requerentes titulares dos certificados (art. 24º al. i) ARJDEAE);
- Verificar rigorosamente os poderes de representação dos representantes de pessoas colectivas (art. 24º al. i) ARJDEAE);
- Assegurar o funcionamento de um serviço que permita a consulta “de forma célere e segura do registo informático dos certificados emitidos, revogados, suspensos ou caducados” (art. 24º al. o) ARJDEAE);

³² Este seguro devia ser celebrado por prazo certo, nunca inferior a um ano, e renovável e com um capital mínimo anual de €125.000 (Portaria 1370/2000 de 12 de Setembro);

- Proceder à publicação imediata da revogação ou suspensão dos certificados (art. 24º al. p) ARJDEAE);
- Assegurar que a data e hora de emissão, suspensão e revogação dos certificados possam ser (precisamente) “determinados através de validação cronológica” ((art. 24º al. q) ARJDEAE)³³;
- Conservar os certificados que emitir por um período não inferior a 20 anos (art. 24º al. r) ARJDEAE) – pode haver necessidade de comprovar uma assinatura electrónica em qualquer momento, durante esse período, até mesmo em Tribunal ou noutra instância de resolução de conflitos;
- Garantir uma absoluta integridade e independência no exercício da actividade de certificação (art. 24º al. b) ARJDEAE);
- Assegurar todos os necessários requisitos de integridade e independência no exercício da actividade (art. 24º al. b) ARJDEAE);
- Assegurar a fiabilidade técnica, segurança e eficácia dos sistemas e a eficácia e idoneidade dos recursos humanos (art. 24º als. c), e), f), g), h) ARJDEAE).

Havia ainda que ter em atenção que, se a entidade certificadora oferecesse aos titulares de certificados serviços de gestão de chaves, a entidade certificadora não deveria armazenar ou copiar dados de criação de assinaturas do titular (art. 24º al. n) ARJDEAE) – ou seja, a entidade certificadora não devia armazenar ou copiar a chave privada.... Esta devia permanecer sempre sob o controlo exclusivo do titular do certificado!

No exercício da suas competências, a entidade certificadora deveria assegurar ainda o funcionamento de um serviço que garantisse:

- A revogação e suspensão, “de forma imediata e segura”, dos certificados (art. 24º al. o) ii) ARJDEAE);
- A consulta (não só pelo titular, mas sobretudo pelos terceiros) “... de forma célere e segura”, do registo informático dos certificados emitidos, revogados, suspenso e caducados “(art. 24º al. o) i) ARJDEAE).

³³ Determinação da hora tem que ser precisa. Por outro lado, parece que também deveria ser feita referência à indicação do exacto momento – data e hora – em que caduca cada certificado.

A entidade certificadora tinha que garantir a possibilidade de determinação da data e hora da emissão, suspensão e revogação dos certificados (art. 24º al. q) ARJDEAE).

As entidades certificadoras tinham a obrigação de conservarem as informações referentes aos certificados durante um prazo não inferior a 20 anos “... a contar da suspensão ou revogação de cada certificado...” (art. 30º nº 6 ARJDEAE e art. 17º nº 6 Dec. Reg. 25/2004 de 15 de Julho). Parece que aqui deveria também ter sido feita uma referência à data da caducidade. Pode ser fundamental, em determinado momento em que se coloca a questão de utilização de um determinado certificado entretanto caducado, determinar-se se, na data em que o documento electrónico foi assinado, o certificado estava ou não caducado. É que poderá haver necessidade de fazer prova, já depois do momento da caducidade do certificado, da aposição de uma assinatura electrónica, aposta ainda em período em que o certificado ³⁴(logo, a assinatura) era válido (a).

De todo o modo, a lei estabelecia como dever das entidades certificadoras “... Conservar os certificados que emitir, por período não inferior a 20 anos” (art. 24º al. r) ARJDEAE.)

As entidades certificadoras tinham ainda um dever de prestação de informação à entidade “credenciadora”: “As entidades certificadoras fornecem à autoridade credenciadora, de modo pronto e exaustivo, todas as informações que ela lhe solicite para fins de fiscalização da sua actividade...” (art. 32º nº 1 ARJDEAE). O que, à primeira vista, se afigura como perfeitamente natural, já que a entidade credenciadora tinha competências de fiscalização da actividade das entidades certificadoras. Com a entrada em vigor do Regulamento eIDAS, esta deverá ser entendida como referência à “entidade supervisora”.

³⁴ Claro está que, se a assinatura electrónica foi aposta em momento ulterior à data de caducidade do certificado, o documento, para todos os efeitos legais, ter-se-à por não assinado. Mas aqui desempenhará um papel de primordial importância a aposição do selo temporal que poderá, até, garantir a validade da assinatura electrónica aposta, apesar de uma ulterior revogação do certificado. Cfr. Alessandra Villeco Bettelli, op. citada, pág. 111: “...la marca temporale svolge un'altra funzione molto importante: prolunga la "validità" del documento oltre la scadenza del certificato relativo alle chiavi di sottoscrizione, e la mantiene anche nel caso di compromissione della chiave privata, purché la marca stessa sia stata generata prima dell'evento che ha compromesso la chiave privata”.

1.5. Suspensão e revogação de certificados

Existia também a possibilidade de suspensão e revogação do certificado, seja a pedido do próprio titular (art. 30º n.º 1 al. a) e n.º 3 al. a) ARJDEAE) – por exemplo em caso em que este tem sérias razões para pensar que a segurança dos códigos de assinatura se encontra seriamente comprometida –, quer por iniciativa da própria entidade certificadora.

Em caso de dúvida do titular quanto à perda de confidencialidade dos dados de criação de assinatura, impedia mesmo sobre o titular um dever de pedir a suspensão do certificado e, se a perda fosse confirmada, a sua revogação (art. 31º n.º 2 ARJDEAE).

É que o titular de um certificado era entendido como responsável pela sua utilização, devendo tomar todas as medidas necessárias à preservação da confidencialidade dos dados constantes do certificado³⁵ e a evitar danos a terceiros (art. 31º n.º 1 ARJDEAE).

Já a iniciativa de suspensão do certificado por parte da própria entidade certificadora (art. 30º n.º 1 b) ARJDEAE), se justificava amplamente nos casos enunciados no artigo:

- Quando houvesse fundadas razões para crer que o certificado foi emitido com base em informações erróneas ou falsas;
- Quando houvesse fundadas razões para crer que as informações contidas no certificado deixaram de ser conformes com a realidade;
- Quando houvesse fundadas razões para crer que a confidencialidade dos dados de criação de assinatura não estava assegurada.

Em casos extremos, podia naturalmente a entidade certificadora proceder à revogação do certificado (art. 30º n.º 3 ARJDEAE):

- Quando após suspensão se confirmasse que o certificado fora emitido com base em informações erróneas ou falsas;

³⁵ “Ele deve tomar todas as medidas necessárias para preservar a confidencialidade da chave privada”, Miguel Pupo Correia “Assinatura electrónica e certificação digital”, citado, pág.315

- Quando após suspensão se confirmasse que as informações contidas no certificado haviam deixado de ser conformes com a realidade;
- Quando após suspensão se confirmasse que a confidencialidade dos dados de criação de assinatura não estava assegurada;
- Quando a entidade certificadora cessasse as suas actividades sem ter transmitido a sua documentação a outra entidade certificadora;
- Quando por motivo fundamentado e decorrente da lei a entidade certificadora devesse ordenar a revogação do certificado;
- Quando a entidade certificadora tomasse conhecimento do falecimento, interdição ou inabilitação do titular pessoa singular;

A suspensão ou revogação do certificado deveria indicar a data e hora a partir das quais produziriam efeitos (art. 30º nº 6 ARJDEAE) e a suspensão e a revogação seriam oponíveis a terceiros a partir da sua inscrição no registo respectivo (art. 30º nº 5 ARJDEAE). Este registo, dos certificados válidos, suspensos e revogados, deveria, obviamente, estar disponível e acessível a todos os interessados.

Conclusões

A entrada em vigor do DL 12/2021 que visa assegurar a execução na ordem jurídica interna do Regulamento 910/2014, veio introduzir alguns relevantes esclarecimentos mas também algumas escusadas perturbações no regime jurídico da identificação eletrónica e do funcionamento do sistema de certificação eletrónica.

Estão em causa o regime jurídico dos próprios prestadores de serviços de certificação eletrónica, desde aspetos essenciais da sua constituição e dissolução, incluindo a necessidade de capital social reforçado e os particulares deveres dos prestadores de serviços face aos clientes e à emissão dos certificados relativos à prestação de serviços de confiança para as transações eletrónicas. Mas também estão em causa os deveres e direitos dos próprios clientes, utilizadores dos serviços. De particular relevo são as consequências ao nível do

sistema de suspensão e revogação de certificados que, após a revogação em bloco do DL 290-D/99, se encontram numa insuportável situação de incerteza. Há que questionar a revogação em bloco, e a possibilidade de termos que entender que algumas normas se deverão manter em vigor, por uma questão de coerência e segurança do próprio sistemas jurídico relativamente à utilização dos serviços de confiança nas relações digitais.

CIDADES INTELIGENTES E DIREITO: RECENTRANDO OS DIREITOS NO *SILO DA MEMÓRIA* DIGITAL

Isabel Celeste Fonseca¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.148.14>

Sumário²: §0. Justificação da escolha do título e do tema. §1. Contextualização do tema: Cidades inteligentes e Direito. §2. Explicação sumária do tema: Cidades inteligentes e direitos. §3. Notas finais.

¹ Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora Principal no âmbito do projeto «Smart Cities and Law, E.Governance and Rights: Contributing to the definition and implementation of a Global Strategy for Smart Cities», ref. NORTE-01-0145-FEDER-000063.

² Designa-se por «Silo da Memória» o Memorial a Francisco Salgado Zenha, inaugurado a 25 de Abril de 2014 e erigido pela Câmara de Braga para prestar homenagem ao bracarense e assinalar os 40 anos da revolução do 25 de Abril de 1974. Concebida pelo artista bracarense Alberto Vieira, o monumento executado em chapa de aço inox, foi inspirado na forma de um silo, que evoca a ideia de um reservatório e armazenamento da memória. Compõe-se por 40 anéis sobrepostos que simbolizam os 40 anos, cada um dos anéis está ordenado por 25 elementos que sugerem livros ou documentos, associados ao conhecimento, à informação e ao arquivo. Com 4m de diâmetro e 8m de altura, o monumento é suportado por uma estrutura interior de prumos verticais, travados por anéis.

§0. Justificação da escolha do título e do tema

A nossa Escola de Direito comemora em 2023 os seus 30 anos de existência. Coincidindo com esta efeméride, assinala-se também este ano o Centenário de Francisco Salgado Zenha, o Jurista, o Estadista, o defensor dos valores do Estado de Direito Democrático e dos direitos, liberdades e garantias fundamentais.

O tema sobre que versa o meu contributo para estes estudos em comemoração dos 30 anos da EDUM e do centenário do Dr. Salgado Zenha diz respeito a novos direitos, num momento em que a transição digital é constantemente acelerada e o exercício da função administrativa se vê envolvido necessariamente numa gestão de riscos digitais acrescidos, ainda muito desconhecidos. Coincide o tema, parcialmente, com uma parte do objeto tratado no projeto «Smart Cities and Law, E.Governance and Rights: contributing to the definition and implementation of a Global Strategy for Smart Cities» – um projeto de investigação desenvolvido, desde janeiro de 2021 a junho de 2023, no JusGov, e que tive o gosto de coordenar³.

A escolha do título e do tema justifica-se por duas razões, sendo certo que tenho bem claro que ambas se relacionam com o motivo da nossa celebração: por um lado, é a nossa Escola, são os seus projetos de ensino e de investigação com os quais me identifico e para os quais estou sempre pronta para responder positivamente; depois, são, especialmente, as pessoas que nela vivem, os docentes, os investigadores, os técnicos e são os alunos. Portanto, a escolha do tema visa assinalar como, pese embora tudo estar em mudança

³ O projeto «Smart Cities and Law, E.Governance and Rights: Contributing to the definition and implementation of a Global Strategy for Smart Cities», de ora em diante projeto «Smart Cities and Law», é um Projeto Cofinanciado pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER), através do Sistema de Apoio à Investigação Científica e Tecnológica – no quadro do Programa Operacional Regional Norte 2020. O projeto é desenvolvido no âmbito do Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov) – Escola de Direito da Universidade do Minho. O projeto é desenvolvido tanto numa perspetiva teórica como empírica (<https://smartcitiesandlaw.pt>), por uma equipa de investigação multidisciplinar, composta por juristas, engenheiros da computação e engenheiros civis, a que se juntam 4 bolseiros, no primeiro ano, e bolseiros e 3 investigadores contratados, no segundo semestre de 2022 até junho de 2023. A equipa permanente integra: Ana Fragata, Anabela Gonçalves, António D. Costa, Alessandra Silveira, Cesar Analide, Francisco Andrade, Joana Abreu, Luís Amaral, Marciele Berger Bernardes, Paulo Novais e Teresa Moreira. A equipa inclui ainda investigadores colaboradores nacionais e internacionais: Fernanda Paula Oliveira, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Marcos Almeida Cerreda, da Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela, Beatriz Belando Garín, da Faculdade de Direito da Universidade de Valência, Maíra Luisa Gómez Giménez, da Universidade de Málaga, e Lilían Regina Gabriel Moreira Pires, da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, S. Paulo (Brasil).

na Academia Universitária, tudo necessita de ser recentrado nas pessoas e, especialmente, nos seus direitos.

Precisamente, aproveito esta oportunidade para disseminar junto dos colegas e alunos e junto da Comunidade, em geral, uma pequena parte dos resultados da atividade desenvolvida no âmbito do projeto «Smart Cities and Law»⁴. Deixo uma nota para evidenciar o esforço de toda a equipa afeta à execução do projeto – investigadores de diferentes unidades orgânicas da UM, docentes-investigadores de diferentes Universidades do país, docentes-investigadores de outras Universidades estrangeiras, técnicos e corpo não docente da Escola de Direito⁵, bem como os investigadores bolsheiros e investigadores contratados⁶), a quem endereço publicamente o meu penhorado agradecimento pelo empenho e tempo postos na execução deste projeto de investigação.

É minha intenção chegar especialmente aos alunos, procurando que estes continuem o estudo do tema no âmbito das suas Dissertações de Mestrado, de Doutoramento e de Pós-Doutoramento.

§1. Contextualização do tema escolhido: as Cidades Inteligentes e o Direito

1.1. O objeto

O conceito de *smart city* apareceu na década de oitenta do século passado, associado aos problemas de urbanização desenfreada e a preocupações de sustentabilidade e de gestão eficiente de recursos, continuando, nesta última década, a ser um conceito associado ao grande impacto que as tecnologias de informação e comunicação (doravante TIC) têm na cidade, no seu governo e

⁴ Uma das partes do trabalho será divulgado na obra por nós coordenada, *Smart Cities and Law, E.Governance and Rights*, Eds. ISABEL CELESTE FONSECA, Wolters Kluwer/CEDAM, 2023, acesso aberto, no prelo.

⁵ Uma nota especial para lembrar a ajuda preciosa e profissional da Dra. Célia Rocha, da Dra. Nádia Covas e da Dra. Fátima Costa. A todas deixo uma palavra de sentida gratidão pelo constante apoio.

⁶ Uma nota para lembrar o excelente trabalho desenvolvido pelos bolsheiros e Investigadores contratados. Agradeço o empenho posto no desenvolvimento do trabalho de pesquisa empírica e teórica aos bolsheiros (BI): Dr. Joel A. Alves, Dra. Bárbara Barreiros, Dra. Cecília Pires e ao bolsheiro (BIPD) Doutor Teófilo Branco Júnior. Agradeço aos Investigadores contratados, Doutores Luiz Ugeda, Camilo Stangherlim Ferraresi e José Ramón Saura Lacárcel. Acrescento uma palavra de gratidão aos investigadores voluntários, que requereram bolsas de curta duração nos seus países de origem e se juntaram à equipa permanente: Doutora Belén Andrés Segovia, Dr. David Felice, Dra. Ana Patrícia Gonzalez, Dr. Juan Francisco Rodríguez Gamal. Além de tudo o mais, agradeço o afeto e a alegria constantes, só próprios de uma família (a família Smart cities, como carinhosamente lhe chamam!).

nas suas dinâmicas de acesso aos serviços públicos e de vivência em comunidade local⁷. Antes e agora, é o desenvolvimento desbragado dos aglomerados urbanos e as inquietudes associadas à necessidade de descarbonização e de redução das emissões de gases com impacto na alteração climática que são centrais na definição do termo «cidade inteligente». Afinal, estima-se que mais de 60% da população mundial viva agrupada em volta de núcleos urbanos e que, em 2050, 70% da população seja urbana, sendo cerca de 40% idosa⁸.

As cidades são, portanto, centros de consumo de recursos e produção de lixo, sendo amiúde difundido que são responsáveis pelo consumo de 75% da energia mundial e emissão de 80% dos gases que provocam o efeito de estufa, sendo que a população que nelas vive suscita, cada vez mais, medidas de inclusão, dada a especial vulnerabilidade em que alguma dela se encontra⁹.

Contudo, se o conceito de *smart city* corresponde à preocupação de implementar territórios e comunidades sustentáveis, resilientes e inclusivos, na contemporaneidade, o conceito está em acelerada transformação e é sobretudo apresentado tendo em conta no seu desenho a utilização da *high-tech*, de *software* inovador, de algoritmos e ferramentas de Inteligência Artificial (AI)¹⁰, tanto na perspetiva da governação como na das práticas do seu tecido

⁷ Para uma síntese, vd. o nosso «Smart Cities and Law, E.Governance and Rights: (retomando) o diálogo com a Benedita», in: *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*, Escola de Direito da Universidade do Minho, Volume I, UMinho Editora, Braga, 2022.

⁸ Portugal será um dos países da União Europeia (UE) com maior percentagem de idosos e menor percentagem de população ativa em 2050, segundo dados do Eurostat. As projeções da população 2004-2050, divulgadas recentemente em Bruxelas, traçam um cenário em que a percentagem de idosos portugueses praticamente duplicará entre 2004 (16,9% da população) e 2050 (31,9%). Segundo o Departamento de Estatística da União Europeia (UE), os países do sul da Europa registarão as percentagens mais elevadas de pessoas com mais de 65 anos a partir do meio do século, bem como a menor quantidade de trabalhadores. Em 2050, Portugal será o quarto país da UE com maior percentagem de idosos, só ultrapassado por Espanha (35,6%), Itália (35,3%) e Grécia (32,5%). "Os países mediterrânicos continuarão a verificar uma baixa taxa de natalidade, conjugada com uma esperança de vida longa e com saúde", justificou, em conferência de imprensa, o diretor da Unidade de Demografia do Eurostat, KONSTANTINOS GIANNAKOURIS. Informação acessível in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_20_1056 [Consultado a 03.08.2023]. A este propósito, para mais desenvolvimentos, vd. Portal do Envelhecimento, acessível in http://www.portaldoenvelhecimento.com/acervo/saiunamidia/Geral/noticia_187.htm [consultado a 03.08.2023].

⁹ A falta de literacia digital é preocupante. As dificuldades no acesso a infraestruturas de rede é outra preocupação. As desigualdades de género e as assimetrias regionais são duas outras preocupações que a este respeito devem ser seriamente consideradas na regulação jurídica das novas cidades digitais. Sobre o tópico, vd. o nosso "Challenges of Women's digital inclusion in the Portuguese context", em coautoria BÁRBARA BARREIROS, CECÍLIA PIRES, in Vol. 6 No. 1 (2023): Proceedings of the 6th International Conference on Gender Research by Academic Conferences International Limited. DOI: <https://doi.org/10.34190/icgr.6.1.1167>. Disponível em <https://papers.academic-conferences.org/index.php/icgr/article/view/1167>.

¹⁰ Sobre alguns destes aspetos, vd. o nosso «Cloud Computing Applications in Smart Cities (Aplicação da Computação em Nuvem nas Cidades Inteligentes)», em coautoria TEÓFILO BRANCO, in: *Atas da Conferência da Associação Portuguesa de Sistemas de Informação*, 2022, pp. 37-51.

social, e especialmente na das relações que os cidadãos estabelecem com a Governação Pública local através dos serviços públicos que esta lhes disponibiliza em suporte digital – cada vez mais, e em tantas dimensões, já, no momento presente, sem alternativa de acesso físico. É neste quadro que o tratamento de dados pessoais e a inteligência artificial traduzem a maior preocupação atinente a este domínio temático¹¹.

Atenta a centralidade que as novas tecnologias de informação e comunicação (doravante TIC) assumem, no quadro das cidades (inteligentes) dos nossos tempos, importa evidenciar que uma atividade importante do projeto de investigação «Smart Cities and Law» foi, com efeito, dedicada ao tema da proteção de dados pessoais. E, como bem se compreenderá, a razão para tal é simples. Afinal, e na esteira do que já se teve oportunidade de dizer antes, a transformação digital da urbe pressupõe múltiplos meios e formas de recolha de informação dos munícipes (como seja um sensor, uma câmara ou catálogo central de dados) e assenta no incremento da diversidade e da quantidade de informações tratadas por órgãos e agentes administrativos locais com recurso a meios total ou parcialmente automatizados, circunstância que, naturalmente, faz também aumentar os riscos para os direitos e liberdades fundamentais das pessoas da comunidade – ou não fossem as informações tratadas pela Governação Pública sobretudo dados pessoais e, não raro, dados pessoais particularmente sensíveis¹². É preciso mais Direito e mais *Soft Law* para regular a transformação das cidades em curso. E os direitos dos titulares de dados devem estar no centro de toda esta regulação. Daí esta escolha.

1.2. Os objetivos

Nesta sequência, os objetivos deste artigo são também claros. A metamorfose das cidades está hoje inevitavelmente no centro do debate. Há, também, neste campo valores elementares do Estado de Direito e interesses

¹¹ Sobre este tema, vd. AA.VV., *Cidades Inteligentes e Direito, Governação Digital e Direitos*. Estudos, ISABEL CELESTE FONSECA (Eds.), Almedina. Acesso aberto, no prelo.

¹² Advertindo para este facto, Jean-Bernard AUBY, «Administrative Law facing digital challenges», *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 1, nºs 1-2, p. 9. Em sentido idêntico, cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, «2022 Coordinated Enforcement Action: Use of cloud-based services by the public sector», 17 de janeiro de 2023, p. 5, acessível in https://edpb.europa.eu/system/files/2023-01/edpb_20230118_cef_cloudbasedservices_publicsector_en.pdf [Consultado a 25 de fevereiro de 2023].

públicos a salvaguardar e que não importa olvidar na equação¹³. Vejamos¹⁴. Ainda que se pense que os problemas que desassossegam a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) não dizem respeito às cidades, ou que o acórdão do Tribunal Constitucional sobre a lei dos metadados nada tem que ver com a informação atinente aos decisores públicos, ou que o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (= RGPD)¹⁵ e a Lei nº 58º/2019, de 8 de agosto¹⁶, não chegam às estruturas locais e estas não têm que estar inquietas com o cumprimento do dever de designação dos Encarregado de Proteção de Dados (EPD), por exemplo – nem tão pouco com a obrigação de designar o responsável de segurança (nos termos do Decreto-Lei nº 65/2021, de 30 de julho) – e não têm que se desassossegam com a realização de estudos de impacto de risco para dados pessoais e para a cibersegurança, nenhuma das ideias é verdadeira¹⁷.

O mesmo se diga das regras da UE em matéria de dados abertos e de reutilização de dados do setor público (Diretiva 2019/1024, referida como Diretiva Dados Abertos). E o mesmo se diga inelutavelmente do Regulamento (EU) 2022/868 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2022, relativo à Governação Europeia de Dados (doravante Regulamento Governação Europeia dos Dados), e que anuncia a mais recente estratégia europeia para os dados, criando um espaço europeu comum de dados¹⁸.

¹³ Para mais desenvolvimentos, vd. o nosso, “E.governança, transparência e proteção de dados: a caótica perspectiva portuguesa (rectius europeia)”, in: *Cidades Inteligentes, humanas e sustentáveis: II Encontro de Direito Administrativo Contemporâneo e os Desafios de Sustentabilidade*, coord. Lília Regina Gabriel Moreira Pires, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2020.

¹⁴ Para outras considerações, vd. «Human rights and local governance: smart cities as the horizon for democratic and participatory cities», em coautoria STANGHERLIM FERRARESI, 8th International New York Conference on Evolving Trends In Interdisciplinary Research & Practices: <https://www.nyconference.org/conference-books>.

¹⁵ 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 (de ora em diante, abreviadamente designado pela sigla «RGPD», ou simplesmente como «Regulamento»).

¹⁶ Lei nº 58/2019, de 8 de agosto, que assegura a execução, na ordem jurídica interna portuguesa, do RGPD (doravante, referenciada pela nomenclatura «Lei de Proteção de Dados Pessoais», ou apenas pela sigla LPDP»).

¹⁷ Sobre o tema, vd. ISABEL CELESTE FONSECA/JOEL A. ALVES, «Smart Cities e Proteção de Dados Pessoais: por um Código de Conduta para uma Transição Digital Local Data Protection Friendly», in *Atas do 8.º Congresso Internacional de Direito na Lusofonia*, Universidade do Vale do Itajaí (no prelo).

¹⁸ Este Regulamento, que entrou já em vigor em 23 de junho de 2022 e que, após um período de tolerância de 15 meses, será aplicável a partir de setembro de 2023, estabelece o nº 1 do seu art. 1º, as condições para a reutilização, na União, de determinadas categorias de dados detidos por organismos do setor público; o regime atinente à prestação de serviços de intermediação de dados; o registo voluntário das entidades que recolhem e tratam dados disponibilizados para fins altruístas; e prevê também a criação de um Comité Europeu da Inovação de Dados.

Todos estes problemas dizem necessariamente respeito à implementação das cidades inteligentes: *i)* tópicos como deveres do responsável pelo tratamento de dados; *ii)* princípios e regras atinentes ao tratamento de dados, mormente no que respeita a títulos de licitude para o tratamento, especialmente quando estão em causa dados sensíveis; *iii)* funções do EPD; *iv)* aplicação do princípio da proporcionalidade no acesso a informação que contém dados pessoais, mesmo não existindo consentimento do respetivo titular; e, *v)* exercício de direitos pelo titular dos dados pessoais. Todos os exemplos listados dizem respeito à concretização das cidades e dos Governos locais inteligentes¹⁹. O mesmo se passa em matéria de segurança dos sistemas digitais e no que respeita à interoperabilidade administrativa, aos procedimentos administrativos em linha e à abertura e reutilização de dados em posse dos entes públicos²⁰.

Na verdade, os entes locais têm de conhecer o conteúdo da Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital; devem saber como promover a segurança na implementação local de sistemas *Linked & Open Government Data*; devem saber explicar o âmbito dos deveres de transparência e de publicidade e compreender o alcance dos direitos de acesso à informação administrativa, previstos na Lei de Acesso aos Documentos Administrativos (doravante LADA)²¹. E no Poder local deve haver reforço de ferramentas que permitam trabalhar e decidir com base em «back-end data base system», mormente para emitir decisões em tempo real, alcançar a segurança dos sistemas digitais e prevenir e combater as práticas que configuram as situações de responsabilização civil e as infrações puníveis pelos regimes sancionatórios disciplinares, contraordenacionais e criminais.

Interrogo-me, contudo, se estaremos todos cientes dos desafios pelos quais passam os 308 Governos locais, sobretudo quando, a todo o momento,

¹⁹ Sobre o tema, vd. o nosso *Governança Pública Digital, Smart Cities e Privacidade*, Almedina, Coimbra, 2022.

²⁰ E a propósito do Regulamento ainda que se disponha que o mesmo não cria novos deveres para os organismos do setor público em matéria de disponibilização e abertura de dados — ou, por outras palavras, não cria uma nova obrigação para os organismos públicos de permitirem a reutilização de dados em seu poder — nem os isenta das obrigações de confidencialidade que lhes incumbam por força do direito da União ou do respetivo quadro nacional, a verdade é que este novo regime acolhido no Regulamento Governação Europeia dos Dados, atinente à reutilização de dados em posse dos entes públicos, vem impactar no modo como os governos locais devem tratar os dados que recolhem, devendo concebê-los, tanto quanto possível, desde o seu início, até à sua efetiva disponibilização, como dados abertos. Sobre o tema, vd. o nosso «Local e-governance and law: thinking about the Portuguese charter for smart cities», in: *Ius Publicum*, pp-3-24, network review, www.ius-publicum [29_07_2021_17_43_5]

²¹ Vd. Lei nº 26/2016, de 22.08, com a alteração introduzida pela Lei nº 68/2021 de 26.08.

são visitados por empresas de comunicação que lhes vendem pacotes inovadores de TIC. E, neste contexto, sem planeamento estratégico a longo prazo, delas ficam reféns e por elas ficam capturados. Os desafios são enormes tanto mais que se impõe aos respetivos serviços que simultaneamente sejam transparentes, abram os seus arquivos e registos, permitam reutilização da informação e protejam dados pessoais e que protejam dados oficiais, que devem manter-se classificados e fechados, devendo quanto aos pessoais operacionalizar neles as técnicas de anonimização da pessoalidade (ou outras novas técnicas)²². E, em suma, é imperioso pensar que a implementação das cidades inteligentes se situa neste quadro grande de problemas e que as metodologias a seguir para as concretizar pressupõe uma Estratégia Global ou um Plano de Ação para todos os 308 municípios portugueses²³.

1.3. Os conceitos: a cidade inteligente (inteligente)

Antes, porém, a propósito do conceito de cidades inteligentes, já se percebe que usamos a expressão “cidade inteligente” como sinónimo de cidade sustentável e cidade digital, sendo certo que os desígnios das cidades sustentáveis estão, contudo, no centro da cidade inteligente. É, aliás, a aplicação das TIC na cidade que muscula as metas de sustentabilidade, de resiliência e de inclusão, isto para empregarmos a terminologia sintética usada na descrição das metas traçadas para 2030 na Agenda das Nações Unidas. Assim, a cidade inteligente é sustentável se, através de uso das TIC nas iniciativas de transformação urbana, agregar planos de mobilidade verde; acolher soluções de economia circular e alternativas de energias limpas; reproduzir modelos de edifícios energeticamente sustentáveis; fazer uso de iluminação pública LED; implementar políticas de gestão de água (com reutilização e aproveitamento), de gestão de resíduos (com redução, reciclagem, reutilização), bem como se associar a sustentabilidade à inovação, promovendo estruturas de inovação

²² Sobre o tema, vd. o nosso «Local e-governance and law: thinking about the Portuguese charter for smart cities», in: *Ius Publicum*, pp-3-24, network review, www.ius-publicum [29_07_2021_17_43_5]

²³ Sobre a identificação do problema, vd. o nosso «Smart cities and Law, E.Governance and Rights: do we need a global digital transition strategy for the city?», in *European Review of Digital Administration and Law*, 2021, vol. 2, issue 1, issn 2724-5969.

(laboratórios vivos e outros projetos, como *hubs* de inovação) e a iniciativas de economia circular.

A cidade será tanto mais sustentável quanto for mais inteligente e acrescentar às políticas de sustentabilidade uma intensa e significativa dose de TIC, fazendo-o imediatamente em tudo o que for o exercício do poder administrativo local, ou em tudo o que for o exercício da função administrativa pelos órgãos e serviços públicos autárquicos e na atividade de promoção de assuntos e interesses públicos locais e dos agregados residentes na circunscrição municipal e paroquial.

Pois bem, se as cidades inteligentes têm concretizadas diversas iniciativas de sustentabilidade atinentes à mobilidade-estacionamento, à promoção de energias limpas, à iluminação pública com base em sistemas LED, à gestão de água (reutilização e aproveitamento), à gestão de resíduos (promovendo redução, reciclagem e reutilização), a verdade é que os objetivos de sustentabilidade a alcançar em cada uma das iniciativas são mais eficazmente conseguidos se estas forem acompanhadas de TIC e da implementação de sistemas inteligentes para cada uma das referidas funcionalidades^{24/25}.

Ademais, a Governação Pública da cidade digital pode tanto atuar em *e.government*, bastando que os seus atores ajam, por exemplo, tão-somente, por meios telemáticos, por exemplo, como exercer a função em modelo *e.governance*. Neste último caso, isto significa diversas coisas. Desenvolvendo a ideia da *e.governance*, a governação local digital que a cidade inteligente concebe faz tramitar pedidos de satisfação de prestações sociais ou outros pedidos de satisfação de direitos e interesses mais simples através de procedimentos desmaterializados, de procedimentos eletrónicos (sendo alguns dos procedimentos totalmente digitais); serve-se de plataformas eletrónicas para exercício da função administrativa; e oferece serviços digitais²⁶.

²⁴ Um sistema inteligente é um sistema computacional que tem alguma capacidade de aprender e consequentemente exibir comportamentos adaptativos. Na verdade, a aplicação de sistemas inteligentes nas cidades pressupõe normalmente a sensorização e a análise preditiva em algumas áreas específicas, sendo as mais comuns a mobilidade urbana, o trânsito e o estacionamento, a gestão e a monitorização de águas, a iluminação pública, a gestão de lixos e resíduos, a proteção e segurança, o controlo de entrada e saída de turistas nas cidades e a gestão de multidões.

²⁵ Para uma síntese, dessas possibilidades, vd. o nosso «Smart Cities and Law, E.Governance and Rights: (retomando) o diálogo com a Benedita», in: *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*, Escola de Direito da Universidade do Minho, Volume I, UMinho Editora, Braga, 2022.

²⁶ Sobre o tema, para maiores desenvolvimentos, vd. OLIVIER GASSMANN/JONAS BÖHM/MAXIMILIAN PALMIÉ, *Smart Cities. Introducing Digital Innovation to Cities*, cit., esp. pp. 283 a 304.

Os serviços públicos na cidade digital são oferecidos aos seus munícipes em plataformas digitais, de maneira que, muito à semelhança de plataformas comerciais – *Apple Itunes*, *Google Play* –, permite o contacto imediato entre si e os seus munícipes, através de plataformas e procedimentos digitalizados, diretamente ou através de aplicações a descarregar para os respetivos *smartphones* dos munícipes e dos utentes, em geral. E já hoje e agora são disponibilizados para *download* nas *App Store*, *Google Play* e *App Galery*, *Apps* diversificadas, permitindo o acesso a serviços locais totalmente digitalizados^{27/28}.

A propósito dos procedimentos digitais e em linha, não podemos esquecer as estratégias europeias reforçadas recentemente, que em breve colocarão em linha mais de uma dezena de procedimentos administrativos nacionais (incluindo locais) e europeus, e a existência de Catálogos nacionais e um Europeu de dados abertos indexados²⁹. E no que concerne ao «back-end data base system», importa evidenciar que este configura um exercício da função administrativa assente em sistemas completos de dados, que recolhe, usa e divulga informação. Lembrar, por isso, que a lista de obrigações que da LADA decorrem para os entes públicos também se aplica aos Governos locais: *i*) garantir a publicação de todos os documentos e dados disponíveis; *iii*) produzir desde o início dados que sejam o mais possível abertos e partilháveis; *iii*) tornar acessíveis os arquivos e inventários públicos, documentos e metadados relacionados; *iv*) permitir a informação e o acesso à informação de documentos administrativos; *v*) assegurar que a informação aberta está indexada ao *portal data.gov*. para facilitar a sua reutilização; *vi*) designar um responsável pelo cumprimento da LADA.

Como se compreende, resulta da LADA diretamente para os entes locais novas obrigações, sendo que a informação em posse dos serviços públicos

²⁷ Sobre o tema, *vd.* JONATHAN REICHTENTAL, *Smart Cities for dummies, Learning made easy*, John Wiley & Sons, Hoboken, New Jersey, Canada, 2020, esp. pp. 131-205, pp. 208-244.

²⁸ *Vd.* ANDERS LISDORF, *Demystifying Smart Cities. Practical Perspectives on How Cities can Leverage the Potential of New Technologies*, Apress, Copenhagen, Denmark, 2020, esp. pp. 14-19, pp. 73-103, pp. 105-137, pp. 175-195.

²⁹ *Vd.* Diretiva (UE) 2019/1024 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de junho de 2019 e o Regulamento (EU) 2022/868 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2022, relativo à Governação Europeia de Dados, e que anuncia a mais recente estratégia europeia para os dados, criando um espaço europeu comum de dados. Na verdade, a transposição da Diretiva (UE) 2019/1024 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa aos dados abertos e à reutilização de informações do setor público, através da recente alteração à LADA, reforçou os princípios dos dados abertos e da administração aberta (art. 2º da LADA) e dos termos da reutilização de dados abertos.

locais nas Cidades Inteligentes deve estar tanto quanto possível, desde a sua conceção ou desde a sua produção, disponível para acesso universal e gratuito, devendo ser acessível de forma interoperativa, apresentando qualidade, oportunidade e atualidade, integridade e autenticidade, assim como o lugar da sua localização. E lembrar que em breve existirá um *Catálogo Europeu de Dados Abertos* ligado ao *Catálogo Nacional de dados Abertos*, levando a antever que também o *Catálogo Local de Dados Abertos* será àqueles indexado³⁰.

A este propósito não esquecer o Regulamento relativo à Governação Europeia de Dados³¹, que está já em vigor, aplicando-se à Governação Pública das Cidades Inteligentes. E neste quadro, a estratégia europeia para os dados, que visa aumentar e reforçar a confiança na partilha de dados, muscular os mecanismos para aumentar a disponibilidade dos dados e superar os obstáculos técnicos à reutilização dos dados, também deve ser prosseguida localmente³², pelo que a anonimização e outras técnicas necessárias a anonimizar dados pessoais e das empresas é agora um tema difícil: a anonimização, a privacidade diferencial, a generalização, a supressão e a *aleatorização*, a utilização de dados sintéticos ou similares e outros métodos de preservação de privacidade e da confidencialidade de dados comerciais necessitam de ser

³⁰ A este propósito importa evidenciar que se prevê no nº 4 do art. 8º, do Regulamento Governação Europeia de Dados, a criação de um Catálogo europeu de dados Abertos, ou “um ponto de acesso único europeu”, a conceber pela Comissão Europeia, que deverá “disponibilizar um registo eletrónico pesquisável dos dados disponíveis nos pontos de informação únicos nacionais e outras informações sobre a forma como solicitar dados através desses pontos de informação únicos nacionais”, cabendo aqui pensar-se que “o ponto de acesso local” estará indexado aos pontos de acesso nacionais e europeus, muito em breve.

³¹ Este Regulamento vem prever: i) as condições para a reutilização, na União, de determinadas categorias de dados detidos por organismos do setor público; ii) um regime de notificação e supervisão para a prestação de serviços de intermediação de dados; iii) um regime para o registo voluntário das entidades que recolhem e tratam dados disponibilizados para fins altruístas; iv) um regime para a criação de um Comité Europeu da Inovação de Dados. Numa ambivalência estratégica, julgamos que este novo Regulamento, ao mesmo tempo que cria um espaço europeu de dados e procura, através da reutilização fácil, promover o crescimento da economia e o desenvolvimento social, uma vez que é concebido para que sejam desenvolvidos novos produtos e serviços, também faz perigar dados pessoais e a privacidade e por isso, ainda que se diga, em harmonia com os valores mais caros à União, começa a ir perigosamente mais longe do que a Disciplina europeia que o anteceder, pois, ainda que diga que não cria novas obrigações aos Estados de permitir a reutilização de dados e embora não os isente de obrigações de confidencialidade, é nossa opinião de que a partilha de dados relativo às empresas e a abertura de dados oficiais começa necessariamente agora.

³² Não deixa de ser reconhecer que há, na verdade, algumas contradições neste tema. Por um lado, o livre fluxo de dados é necessário para permitir crescimento económico (na União e nos Estados-Membros), a Lei relativa à governação dos dados assenta nessa estratégia, procurando aumentar a confiança na partilha de dados, reforçar os mecanismos para aumentar a disponibilidade dos dados e superar os obstáculos técnicos à reutilização dos dados, mas há dados e dados em posse dos entes públicos locais; há dados pessoais, há dados oficiais e há dados abertos, sendo que estes são apenas e para já os dados em formato aberto que podem ser usados, reutilizados e partilhados por qualquer pessoa e para qualquer propósito.

explicados aos responsáveis pelo tratamento de dados, bem como as novas técnicas de salvaguarda e avaliações de impacto.

§2. Explicação sumária do tema: cidades inteligentes e direitos

2.1. De um *framework* com 4 grupos de indicadores

De um modo muito sucinto, o projeto de pesquisa empírica assentou em 4 grandes grupos de indicadores dirigidos a medir a diversidade de concretização de sustentabilidade e sobretudo a intensidade da transição digital operada na governação local em 7 municípios (Amares, Barcelos, Braga, Guimarães, Póvoa de Lanhoso, Vila Nova de Famalicão e Vila Verde). Este *framework*, que foi desenhado pela coordenadora do estudo e operacionalizado pela equipa de bolsiros³³, visou apurar 4 categorias de indicadores: i) Sustentabilidade e Governação Pública Local digital; ii) Tecido social: pessoas, terceiro setor e empresas; iii) Dados: Proteção de dados pessoais; e iv) Cibersegurança.

No projeto de investigação, estudámos sobretudo a dimensão da cidade sustentável enquanto cidade digitalmente acessível. Partindo desta ideia, de que a Governação Pública local que faz uso das TIC é mais sustentável (e por isso mais inteligente), esta equipa procurou estudar: *i*) como e em que dimensões da governação pública local se pode fazer mais uso ainda dessa tecnologia; *ii*) o que podem os munícipes ganhar com a transição digital operada na sua autarquia ou, por outras palavras, que vantagens terão no acesso a serviços que a sua autarquia disponibiliza de forma *online*, numa plataforma ou num dispositivo disponível (telemóvel, por exemplo), e que benefícios pode alcançar, do ponto de vista da cidadania participativa, tendo em conta uma administração pública local digitalizada; *iii*) que riscos podem advir da má aplicação das TIC e do seu uso indevido; *iv*) e em que termos podem ser minimizados os riscos associados, por um lado, ao tratamento de dados em grande escala (ou relativamente em grande escala), e, por outro lado, como acautelar as ameaças à própria cibersegurança dos sistemas em que os dados circulam e em que os Governos digitais locais atuam.

³³ A equipa de estudo empírico foi composta por Cecília Pires, Bárbara Barreiros, Joel A. Alves e Teófilo Branco Júnior, tendo cada um e de forma sequencial analisado os questionários relativos à parte I, à Parte II, à parte III e à parte IV.

Como se compreende, o projeto de investigação não abrange todas as dimensões do que é a cidade inteligente, naquilo que ela começa por ser, do ponto de vista da sustentabilidade, e que se prolonga do ponto de vista do conceito da cidade algorítmica, que é o que se espera que venha a ser, em razão da intensa aplicação das TIC à estrutura e infraestrutura da governação pública, designadamente com a aplicação de AI.

Por conseguinte, e em poucas palavras, o estudo começa por procurar perceber como se pode intensificar a aplicação das TIC na governação pública (local) e como se pode garantir que a sua intensa e crescente aplicação não prejudica os dados pessoais dos munícipes, nem prejudica a segurança dos sistemas – antes pelo contrário, as TIC promovem acessibilidade, em rapidez a facilidade, participação, transparência e escrutínio democrático da atividade local.

Questionámos sobre a estrutura de Governo local e cada organograma específico: se as estruturas administrativas do Governo local estão desenhadas para a promoção da cidade inteligente, a começar pelo órgão executivo e a distribuição por diferentes pelouros das competências envolvidas no tópico (se há concentração ou desconcentração) e se estão configuradas estruturas administrativas autónomas no Governo local para implementar a transição digital propriamente dita. Quisemos saber se há algum pelouro ou pelo menos algum serviço municipal (Departamento, Divisão ou outra unidade orgânica) afetos ao assunto. E logo também se tem existido formação e capacitação para a implementação de cidades inteligentes: tanto para titulares de órgãos, chefias dos serviços como para trabalhadores, o mesmo se aplicando à formação e capacitação para a transição digital, se há política ou plano de inclusão digital (com capacitação e formação) para titulares de órgãos locais, para outros decisores e para os trabalhadores.

Neste sentido, a primeira fase do projeto visou compreender e explicar os modos de acolhimento das TIC na governação pública local e só depois procurou deixar recomendações e propostas de solução (numa carta de boas práticas para a transição digital local, num contexto de um Código de boas práticas para a cidades inteligentes)³⁴.

³⁴ O trabalho será divulgado em acesso aberto no livro que tem como título *Cidades Inteligentes e Direito, Governação Digital e Direitos: mapeamento de cidades e código de conduta*, ISABEL CELESTE FONSECA (Eds.), Almedina, 2023, no prelo.

2.2. Do mapeamento de sete municípios

De forma sumária, podemos enumerar que as linhas da pesquisa visam procurar: *i*) compreender os processos de decisão dos Governos Locais: se têm um *website* interativo; se os processos tramitam em plataformas abertas à satisfação de pretensões dos munícipes e se as práticas administrativas pressupõem interoperabilidade de informação; *ii*) saber como recolhem e tratam dados locais: se existe recolha de dados direta, com uso de IoT, como por exemplo, através de sensores, *drones*, câmaras, e se já se permite em alguns domínios a decisão com base em algoritmos; *iii*) analisar como procedem as autarquias à organização das estruturas e à gestão dos serviços públicos locais, como se processa a comunicação dentro e para fora da autarquia e através de que tipo de infraestrutura; *iv*) saber se existe literacia digital nos serviços e se há formação e capacitação dos respetivos agentes e funcionários, de modo a que realizem as respetivas funções e atividades desmaterializadas, e em particular apurar se o Responsável pelo tratamento de dados e o EPD cumprem os seus deveres decorrentes do RGPD; *v*) acompanhar a promoção de cidade inteligente ao serviço do cidadão e perceber se as tecnologias são também parte integrante do tecido urbano e das práticas sociais da comunidade local; *vi*) verificar a possibilidade de um munícipe nortenho aceder ao serviço local através simplesmente de uma aplicação no telemóvel, de modo a estar informado em tempo real sobre o espaço livre no parque de estacionamento municipal, ou o congestionamento em termos de trânsito, em certa avenida local, bem como saber qual a qualidade do ar, a temperatura e a humidade locais; *vii*) E, de igual modo, procurar saber que tipo de serviços públicos locais são *online* disponibilizados à comunidade, permitindo, por exemplo, adquirir um bilhete de transporte público ou denunciar uma ocorrência no bairro ou simplesmente proceder à comunicação da leitura do consumo de água; *viii*) saber se os serviços digitalizados locais são seguros; *ix*) avaliar se existem ferramentas de resolução de problemas decorrentes do tratamento de dados na era digital, com sistema de recolha de dados, conectividade e abertura de informação; *x*) avaliar se os titulares de direitos digitais os fazem valer localmente; *xi*) apurar o nível de literacia digital dos munícipes; *xii*) compreender se existe com equilíbrio na concretização do princípio da economia aberta (ou circular) de dados e o princípio da proteção de

dados pessoais (em particular, se a proteção da privacidade dos cidadãos e os segredos comerciais dos operadores económicos estão salvaguardados).

Neste *framework*, são vários os indicadores destinados a medir a intensidade da transição digital e a concretização de medidas de implementação do RGPD e do regime em vigor em matéria de cibersegurança. Por exemplo, vários indicadores são dirigidos a apurar a estrutura governativa e a sua disposição para operar a transformação digital segura. Do ponto de vista dos Governos locais, analisámos a forma como se estruturam, se o seu próprio organograma revela a preocupação com a implementação das cidades inteligentes; e se, do ponto de vista orgânico, a autarquia se organiza para promover as políticas públicas de transformação digital (incluindo acompanhar a transição digital naquilo que é gerir os aspetos vulneráveis da acentuada transição, como seja a desmaterialização dos procedimentos, o tratamento de dados em grande escala e a adoção de medidas de cibersegurança).

Em particular, no que concerne à preocupação relativa ao tratamento de dados, procurámos apurar: *i*) se existe uma unidade autónoma, com competências específicas na área da proteção de dados pessoais; *ii*) qual a área ou áreas de formação dos seus membros; *iii*) especialmente a propósito do EPD, se está designado, conforme exige o art. 37º, nº 1, al. *a*), do RGPD, qual a área de formação, o grau de envolvimento na organização, que recursos são providenciados pelo município e que garantias de autonomia e independência lhe são oferecidas, tal como se dispõe no RGPD e na Lei de Proteção de dados Pessoais. Quanto a cibersegurança, idênticas perguntas foram feitas³⁵: *i*) se o município dispõe de uma unidade interna com competências específicas na área da cibersegurança; *ii*) se o município designou um Ponto de Contacto Permanente, de modo a assegurar os fluxos de informação de nível operacional e técnico com o Centro Nacional de Cibersegurança; *iii*) se o município designou um Responsável de Segurança, para a gestão do conjunto das medidas adotadas em matéria de requisitos de segurança.

³⁵ Sobre o tema, vd. o nosso, «Verifying The Situation of Cybersecurity In Portugal's Municipalities», em coautoria TEÓFILO BRANCO, in: *WorldCist 23 - 11st World Conference on Information Systems and Technologies*, disponível em http://itmasoc.org/wcist23/modules/request.php?module=oc_program&action=summary.php&id=257

2.3. Do (in)cumprimento do Direito em matéria de proteção de dados pessoais

Neste contexto, no âmbito do projeto procurou-se, antes de tudo o mais, avaliar o grau de conformidade dos sete Municípios estudados com as exigências decorrentes do RGPD e da Lei de Proteção de dados pessoais – ambos, lidos em conjugação com as pertinentes diretrizes, pareceres e/ou orientações emanadas pela CNPD (no plano nacional) e pelo Comité Europeu para a Proteção de Dados (no plano europeu), mas também, pelas autoridades de controlo de outros Estados-membros da União, tais como a *Agencia Española de Protección de Datos* (Espanha), a *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* (França), a *Garante per la protezione dei dati personali* (Itália), a *Autorité de protection des données* ou (Bélgica), ou a *Autoriteit Persoonsgegevens* (Países Baixos), numa perspetiva jurídico-comparada.

Para tanto, no âmbito do projeto procedeu-se à avaliação do estado da arte da transição digital e endereçou-se um questionário em formato físico e digital a sete municípios destinado a recolher – e posteriormente analisar – indicadores sobre quatro principais eixos temáticos, a saber: (i) Serviços públicos: tratamento; (ii) Condições de licitude para o tratamento de dados pessoais; (iii) Direitos dos titulares dos dados; e (iv) gestão de risco.

No que respeita ao primeiro grupo de indicadores analisados, o centro da pesquisa foi ocupado pelos Serviços Públicos e pela análise do tipo e processo de tratamento. Nestes termos, e agora de modo mais detalhado, começou o estudo por averiguar da estrutura interno-organizacional dos Municípios supramencionados. Por outro lado, procurou-se indagar do cumprimento pelas entidades estudadas das obrigações impostas pelo direito nacional e europeu, relativamente à designação e posição do Encarregado da Proteção de Dados. Em concreto, procurou-se obter resposta para as seguintes interrogações³⁶: i) se os Municípios designaram um Encarregado da Proteção de Dados³⁷;

³⁶ Nesse sentido, vd. Grupo do Artigo 29º para a Proteção de Dados, “Orientações sobre os encarregados da proteção de dados (EPD)”, adotadas em 13 de dezembro de 2016, com a última redação revista e adotada em 5 de abril de 2017, p. 5. Sobre a arquitetura regulatória em que se baseia o RGPD, e as principais alterações por esta introduzida relativamente ao sistema da Diretiva 95/46/CE, por este último revogada, vd., por todos, JOEL A. ALVES, *O Novo Modelo de Proteção de Dados Pessoais Europeu: da heterorregulação à autorregulação publicamente regulada*, Almedina, Coimbra, 2021, em especial, pp. 105 e ss.

³⁷ Recorde-se que, nos termos da referida al. a) do nº 1 do art. 37º do RGPD, a designação de um tal Encarregado é obrigatória *sempre que* esteja em causa o tratamento de dados pessoais “efetuado por uma autoridade ou um organismo público, excetuando os tribunais no exercício da sua função jurisdicional”.

ii) se o EPD das autarquias se encontra envolvido, de forma adequada e em tempo útil, em todas as questões relacionadas com o domínio da proteção de dados pessoais^{38/39}; *iii*) se o EPD em causa dispõe dos recursos (financeiros; materiais; humanos; etc.) necessários para um adequado desempenho das suas funções; *iv*) se os referidos Encarregados dispõem de condições que lhes permitam desempenhar as funções com plena autonomia e independência⁴⁰; e *v*), em especial, se é assegurado que os mesmos não recebem instruções relativamente ao exercício das suas funções; e se, *vi*) , ainda, o EPD não exerce outras funções e atribuições – seja no Município ou fora dele – que possam desembocar em conflitos de interesses, conforme proíbe o nº 6 do art. 38º do RGPD.

Quanto às condições de licitude para o tratamento de dados pessoais, procurou-se seguidamente – e já no que tange ao segundo dos eixos temáticos acima enunciados – averiguar da conformidade das atividades de tratamento de dados pessoais desenvolvidas pelos Municípios com o *princípio da licitude*, princípio esse que se encontra expressamente consagrado na al. a) do nº 1 do art. do RGPD⁴¹, sendo que se projeta essencialmente na ideia, igualmente acolhida no nº 2 do art. 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, segundo a qual quaisquer informações qualificáveis como «dados pessoais» devem ser objeto de um tratamento que tenha por base o consentimento da pessoa interessada ou outro fundamento legítimo previsto por lei.

Neste sentido, questionou-se se os Municípios estudados haviam implementado medidas técnicas e organizativas, com vista a garantir que as operações de tratamento de dados pessoais por si desenvolvidas surgiam ancoradas numa das condições de licitude previstas no nº 1 do art. 6º do RGPD⁴².

³⁸ Vd. Grupo do Artigo 29º para a Proteção de Dados, “Orientações sobre os encarregados da proteção de dados (EPD)”, adotadas em 13 de dezembro de 2016, com a última redação revista e adotada em 5 de abril de 2017.

³⁹ Vd. Comité Europeu para a Proteção de Dados, “Endorsement 1/2018”, 25 de maio de 2018.

⁴⁰ Trata-se de um aspeto determinante, uma vez que, conforme clarifica o considerando 97 do RGPD, os Encarregados da Proteção de Dados “sejam ou não empregados do responsável pelo tratamento, deverão estar em condições de desempenhar as suas funções e atribuições com independência”.

⁴¹ Assim, e de acordo com tal preceito, quaisquer informações juridicamente qualificáveis como «dados pessoais», na definição constante do art. 4º/1 do RGPD, devem necessariamente constituir “objeto de um tratamento lícito, leal e transparente em relação ao titular dos dados”.

⁴² Recorde-se que, de acordo com o preceito supramencionado, uma operação de tratamento de dados pessoais apenas se poderá considerar lícita *se e na medida em que se encontre em causa*, pelo menos, uma das seguintes situações: *(i)* o titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas; *(ii)* o tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados

Ademais, procurou-se ainda averiguar quais os fundamentos jurídicos concretamente invocados para a legitimação dessas mesmas operações: seja nos casos em que estas incidissem sobre dados pessoais de categorias gerais, seja nos casos em que estas versassem sobre dados pessoais de categorias especiais.

Num plano diverso – no que concerne aos direitos dos titulares de dados –, procurou-se indagar do respeito das entidades estudadas por todos os direitos reconhecidos aos titulares de dados pessoais, nos termos dos arts. 12º a 22º do RGPD⁴³, quais sejam: (i) o direito de informação; (ii) o direito de acesso; (iii) o direito de retificação; (iv) o direito ao apagamento dos dados (direito a ser esquecido)⁴⁴; (v) o direito à limitação do tratamento; (vi) o direito à portabilidade dos dados; (vii) o direito de oposição; (viii) o direito a não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado de dados pessoais, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar.

Finalmente – quanto à gestão de risco –, procurou-se averiguar da conformidade dos municípios com as obrigações decorrentes dos arts. 24º e ss. do RGPD, lidos em conjugação com o nº 2 do art. 5º do mesmo diploma⁴⁵.

é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados; (iii) o tratamento for necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; (iv) o tratamento for necessário para a defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular; (v) o tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento; (vi) o tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança.

⁴³ Para uma abordagem introdutória sobre as disposições em causa e as posições jurídico-subjetivas que as mesmas reconhecem, vd., por todos, ALVES, Joel A., *O novo modelo de proteção de dados pessoais...*, cit., pp. 61 e ss.

⁴⁴ Sobre o sentido e alcance deste direito, cfr. JOEL A. ALVES, “O «direito ao apagamento dos dados (direito a ser esquecido)» e as suas limitações no âmbito do tratamento de dados pessoais na Internet por parte das Administrações Públicas”, in *Governança Pública Digital, Smart Cities e Privacidade* (Eds. ISABEL CELESTE M. FONSECA), Almedina, Coimbra, pp.148 e ss., em especial, pp. 149-155.

⁴⁵ Recorde-se que, de acordo com este último preceito, impende sobre o responsável pelo tratamento o ónus não só de garantir, mas também de poder a todo o tempo comprovar a conformidade com as pertinentes disposições do RGPD (princípio da responsabilidade). Circunstância que, nos termos do nº 1 do art. 24º do mesmo diploma, o obriga a implementar todas as medidas técnicas e organizativas que se afigurem adequadas, segundo uma abordagem baseada no risco, para atingir esse desiderato – como sejam, nomeadamente, as previstas nos arts. 25º (Proteção de dados desde a conceção e por defeito); 28º (Subcontratante); 30º (Registo de atividades de tratamento); 32º (Segurança do tratamento); 33º (Notificação de uma violação de dados pessoais à autoridade de controlo); 34º (Comunicação de uma violação de dados pessoais ao titular dos dados); e 35º (Avaliação de impacto sobre a proteção de dados); todos do RGPD. Para mais desenvolvimentos, e por todos, vd. JOEL A. ALVES, *O Novo Modelo de Proteção de Dados Pessoais...*, cit., pp. 110 e ss.

§3. Notas finais

Conforme expetável, a análise dos indicadores supramencionados veio revelar a existência de substanciais assimetrias entre os Municípios estudados, tanto no que respeita à implementação de medidas de sustentabilidade como no que diz respeito ao cumprimento com os pertinentes princípios e regras contemplados no RGPD e na LPDP. E, sem surpresa, apurou-se que, ainda que se tenham identificado problemas de carácter transversal à generalidade das autarquias, a verdade é que o grau de maturidade evidenciado por quatro das entidades em questão, neste específico domínio, se apresentou significativamente superior ao das três restantes (revelando-se especialmente notório o fosso entre estas últimas e um município que deu mostras de se situar num estágio de desenvolvimento mais avançado).

Caso paradigmático prende-se com as dificuldades evidenciadas pelos municípios no tocante à invocação dos fundamentos juridicamente mais adequados para a legitimação das operações de tratamento de dados pessoais desenvolvidas sob a sua responsabilidade. Todavia, é de salientar a existência de outras fragilidades comuns, como sejam as relacionadas com a satisfação do direito de informação dos titulares dos dados ou com o cumprimento dos princípios da proteção de dados desde a conceção e por defeito. Isto, apenas para citar alguns exemplos. Também nestes domínios, a atuação dos municípios assenta do consentimento, revelando-se o tal traço obstinado já conhecido de obtenção de um consentimento por parte do titular dos dados para o respetivo tratamento, olvidando-se que o tratamento de dados pela Governação Pública traduz uma forma de exercício do poder administrativo.

Como quer que seja, merece ainda assim nota o facto de as autarquias com maiores fragilidades terem evidenciado indicadores bastante positivos em múltiplos capítulos – muito particularmente, quando colocados em perspetiva com a realidade conhecida de outras pessoas coletivas públicas nacionais, com natureza e características semelhantes⁴⁶.

⁴⁶ Pense-se, desde logo, no que sucede em relação à obrigação de designação de um Encarregado da Proteção de Dados, nos termos da al. a) do n.º 1 do art. 37.º do RGPD, lido em conjugação com o n.º 1 do art. 12.º da LPDP, bem como com a al. c) do n.º 2 do art. 12.º do mesmo diploma. Exigência que todos os Municípios estudados alegaram cumprir.

Não vamos aqui apresentar todos os resultados a que chegámos com este estudo. Queremos apenas dizer que depois do estudo, teve-se em mente apresentar um quadro de referência de boas práticas para a governação pública local portuguesa, que procura abranger os vários aspetos da governação nas cidades inteligentes (a começar pelo funcionamento das plataformas, e pelos sistemas de dados abertos e interoperativos), a continuar na mobilidade inteligente de pessoas e bens e nos modelos de planeamento urbano do território inteligente. A proteção de dados pessoais no tratamento pelos serviços locais é absolutamente central num Código de Boas Prática que a equipa também deverá publicar⁴⁷.

Há, contudo, muito espaço ainda para crescer. Do estudo empírico constam diversas respostas ao indicador sobre sustentabilidade e iniciativas de transformação urbana, já efetuadas ao nível da promoção de mobilidade verde. Questionámos que tipos de ferramentas IoT estão implementados nestes sete municípios: se sensores; se câmaras; se drones ou outras e se as mesmas fazem uso de AI. Também aqui obtivemos repostas positivas em dois casos, sendo escassa a operacionalização de sistemas inteligentes, nos domínios, designadamente, da mobilidade, da iluminação pública, da monitorização da qualidade do ar, do trânsito e do estacionamento, da gestão da água, que permitam a recolha de informação e a decisão pública em tempo real, mediante a utilização de IoT e eventualmente de AI, sendo ainda mais rara – ou nenhuma – a informação, explicação, justificação e

⁴⁷ O trabalho será divulgado em acesso aberto no livro que tem como título *Cidades Inteligentes e Direito, Governação Digital e Direitos: mapeamento de cidades e código de conduta*, Almedina, 2023, no prelo.

responsabilização pelo uso de sensores, drones, câmaras, que alimentam os sistemas⁴⁸ e a decisão automatizada⁴⁹. E isso preocupa-nos verdadeiramente.

No questionário, constam poucas respostas ao indicador sobre sustentabilidade e inovação e estruturas de inovação, quer no que respeita a experiência-piloto, relativa a *hubs*, laboratórios vivos; quer à co-inovação e inovação em rede, entre autarquias, universidades e centros de Investigação ou outras formas de parceria. E mais uma vez Vila Nova de Famalicão, Braga e Guimarães se distanciam das demais cidades estudadas.

Finalmente, quisemos também saber quanto à consciência que as autarquias têm relativamente às medidas já implementadas de sustentabilidade e de digitalização, quer do ponto de vista da *Sustainability* (Sustentabilidade); *Livability* (Qualidade de vida na cidade); *Workability* (Capacidade de trabalho/produktividade) – e que é avaliada muito positivamente por cada um.

Procurando saber da planificação existente e da capacidade para identificar e relacionar políticas de sustentabilidade efetivamente adotadas a nível local, foram dadas informações sobre a promoção de economia circular, sobre políticas que traduzam ponderação quanto a impacto climático, com redução de emissões de CO²; de iniciativas de promoção de economia colaborativa e com a produção de energias limpas; de promoção da qualidade de vida do

⁴⁸ São lembradas algumas medidas especiais sempre que um sistema de inteligência artificial for desenvolvido para finalidades públicas, de entre as quais, algumas a montante, da sua utilização. A Ferramenta de Avaliação de Risco irá traduzir os valores e princípios de AI Responsável, sendo esta ferramenta indispensável à antecipação e mitigação de riscos em sistemas com AI de forma global e nas cinco dimensões: Responsabilização, Transparência, Explicabilidade, Justiça e Ética. De entre essas, evidencia-se o dever de ser disponibilizada informação, por exemplo, no site da entidade que dela fará uso. Trata-se de uma medida de controle público, de responsabilização (*accountability*) e de transparência, que, concretamente, deve fornecer informações claras quanto: i) ao facto de tal sistema estar a ser desenvolvido, incluindo informações sobre sua finalidade e possíveis locais de uso e populações afetadas; ii) previsão de que direitos fundamentais serão afetados pelo sistema, e o que está ser feito para mitigar tais impactos; iii) quais os mecanismos utilizados para a seleção do modelo e o uso de ferramentas que calculam a importância e a (in)dependência entre os atributos de um conjunto de dados; iv) qual o modelo algorítmico utilizado, se o sistema é atualizado, e se sim, como e com que frequência; v) qual a origem da base de dados utilizada para seu treinamento; vi) informações de contacto para o exercício de direitos individuais; e vii) publicação de um relatório durante o desenvolvimento da ferramenta. Outras medidas devem acompanhar o respetivo uso, funcionamento e ciclo de vida, como a informação dos abrangidos e explicação de utilização, a monitorização, a elaboração de relatórios e a transparência através da publicação e o acesso a informação pelos abrangidos por decisões automatizadas tomadas. Não esquecer a criação de entidades de monitorização e a manutenção do controlo humano nos sistemas, de onde se destaca a revisão humana de decisões automatizadas e a capacidade de reverter e corrigir decisões automatizadas.

⁴⁹ A este propósito, importa lembrar a Estratégia Nacional de Inteligência Artificial (AI Portugal 2030), onde se considera que os sistemas inteligentes são confiáveis e fiáveis: i) quando existe uma AI legal, ética e robusta; ii) se os sistemas concretizam quatro princípios éticos: a) respeito pela autonomia humana, b) fazem uma prevenção de danos, b) pressupõem equidade e explicabilidade; iii) e se asseguram sete requisitos: 1. controlo e supervisão humana, 2. segurança e robustez técnica, 3. privacidade de governação dos dados, 4. transparência, 5. diversidade e não discriminação e justiça, 6. bem-estar social e ambiental, e 7. Responsabilização.

munícipe; de promoção de espaços verdes, cultura e lazer, desporto, foram dadas informações sobre a existência de espaços verdes, hortas comunitárias biológicas. São todas boas iniciativas a registar e louvar.

As sete autarquias foram respondendo que podem fazer ainda muito mais para que a suas cidades sejam uma Cidade Inteligente, rogando que haja mais regulação e mais *soft law* para a concretização de medidas, sentindo-se a necessidade de uma Estratégia Global ou Carta para as Cidades portuguesas⁵⁰. E isso é muito positivo. Igualmente positivas se espera que venham a ser as respostas ao tema do tratamento de dados e à segurança, depois do nosso trabalho e após o curso sobre Governação Pública e Direitos Fundamentais na Era Digital, que se iniciará em breve na ED-UM, uma vez que neste domínio ainda se registam vulnerabilidades a necessariamente mitigar.

⁵⁰ E assim é, na verdade, tal como se afirma no nosso “Smart Cities and Law, E.Governance and Rights: Because we need a global digital transition strategy for the city”, in: *Smart Cities and law, E.governance and Rights*, edited by Isabel Celeste Fonseca, whit a preface by Julián Valero Torrijos, Wolters Kluwer/CEDAM, 2023 (no prelo).

IDENTIDADES COMPLEXAS E A SOBERANIA DA ABSTRACÇÃO. LIÇÕES JURÍDICO-HERMENÊUTICAS DE PIRANDELLO

Joana Aguiar e Silva
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.148.15>

1. Introdução: o ponto de partida

Ainda que gozando de plena autonomia significativa, este ensaio não deixa de constituir um desenvolvimento, ainda que exploratório, de algumas ideias em que temos vindo a reflectir. O ponto de partida, que deu origem a um texto entretanto publicado¹, foi o da leitura de alguns excertos da jurisprudência de Roland Freisler, juiz presidente do Tribunal do Povo da Alemanha nazi durante o período entre 1942 e 1945, data da morte do magistrado germânico. Destacámos na altura dois dos aspectos com que aquela leitura mais nos inquietou. Em primeiro lugar, a complacência e a cumplicidade manifestadas por uma grande parte dos juristas mais eminentes da Europa culta de então com um regime que flagrantemente esventrou, esvaziou de sentido, a própria existência daquilo que há mais de dois mil anos conhecemos

¹ Joana Aguiar e Silva, “Direito, método e ideologia: lições da História do Direito nacional-socialista”, in *Anamorphosis*, Revista Internacional de Direito e Literatura, v.6, n.2, 2020.

e reconhecemos como Direito. Surpreendeu-nos, em segundo lugar, a constante e reiterada invocação, em sede de retórica e argumentação forense, de noções como as de honra, moral e fidelidade às tradições mais arreigadas de uma elevada cultura nacional. Incomodou-nos o recurso insidioso às ideias de direito natural e do histórico e romântico, ou neo-romântico, savignyano espírito do povo, com as quais tão frequentemente se espezinhou qualquer resquício da Constituição de Weimar. Percebemos aqui, e sobre isso tecemos a nossa reflexão, a própria evolução e transformação, operada na passagem do século XIX para o século XX, do/no referido conceito de *volksgeist*. De comunidade cultural de indivíduos que partilham uma língua comum, um direito comum, uma história comum, conteúdos de que se valia o seu uso, que diríamos empírico, ao longo do século XIX germânico, o ubíquo conceito de *volksgeist* foi-se transmutando numa acepção metafísica, abstracta, em que os indivíduos deixam de fazer sentido para serem plenamente absorvidos pelo todo, que ganha um significado verdadeiramente orgânico, autónomo e superior. Como nos mostra Dubber, cada uma destas noções acaba por substanciar um diferente entendimento do conceito de comunidade, sendo que um deles – este último –, não se mostra necessariamente compatível com a defesa de direitos individuais².

2. Identidade, abstracção e totalitarismo

A partir daqui a nossa reflexão levou-nos pelos meandros desta noção abstracta de um povo em que perdem identidade os respectivos elementos singulares para que se possa fazer valer a grandiosidade e hegemonia da identidade colectiva. Um colectivo homogéneo, em que as diferenças se anulam num projecto que se faz valer de categorias abstractas e generalizantes. No caso particular, as de raça, nação, sangue, cultura e tradição. Uma construção em que abafadas vão as tensões próprias do interior das mesmas entidades colectivas, como absorvida fica a natural heterogeneidade dos sujeitos que as compõem. Aí voltaremos.

² Cfr. Markus Dirk Dubber, “The german jury and the metaphysical volk: from romantic idealism to nazi ideology”, 43, *The American Journal of Comparative Law*, 1995, pp. 229.

Aquilo que nos pode soar estranho é um certo paralelismo que é possível encontrar entre um regime totalitário como aquele que vai referido, subjacente à estrutura social e política do regime nacional socialista que vimos ascender nas décadas de 30 e 40 do século XX, e que de modo flagrante e despudorado procedeu a uma sistemática instrumentalização da ordem jurídica e dos seus profissionais para impor uma determinada ideologia, e a herança do individualismo moderno liberal, assente na defesa e promoção de direitos individuais e na respectiva protecção relativamente a interferências abusivas de legítimos poderes estaduais. De que forma se consegue perceber a continuidade entre um modelo político-jurídico que institui aquilo que identificamos como um Estado de Direito – o da modernidade liberal –, e o mais completo esvaziamento do mesmo, através de medidas de natureza política, administrativa e jurisdicional, como aquele a cuja ascensão se assistiu a partir de 1933? Poder-se-ia procurar essas afinidades na matriz jusmetodológica de cariz positivista, aderindo à sugestão de autores como Gustav Radbruch que, no rescaldo da II Guerra Mundial, vem defender a imersão dos juristas oitocentistas em práticas daquele jaez como razão justificativa para o alheamento dos seus sucessores nacional-socialistas em relação à eventual tibieza ética dos conteúdos de um Direito formalmente legítimo, que assim cumpria aplicar. Práticas que os “haveriam impedido (...) de apreciar a imperativa existência de princípios que transcendiam as exigências das leis, e que os teriam impedido de reconhecer que um direito que contrariasse estes preceitos estaria desprovido de validade”³. Não é aí que vemos aquela continuidade. Até porque, como já tivemos oportunidade de sustentar no texto referido, não nos parece que essa associação seja demasiado linear, ou sequer congruente com a realidade histórica.

Onde encontramos a ligação é naquilo que Hanna Arendt foi caracterizando, ao longo da sua obra, como a soberania da abstracção, que, impondo-se paulatinamente ao longo de toda a modernidade, lançou raízes profundas para o desenvolvimento de regimes totalitários já no século XX. A ideia segundo a qual o século XIX culmina um percurso em que a filosofia se vem a distanciar

³ Cfr., *v.g.*, Gustav Radbruch, “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)”, translated by Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, n. 1, 2006, pp. 1-11; Joana Aguiar e Silva, *op.cit.*, pp. 351 e ss.

drasticamente da vida concreta que a deveria alimentar, leva a pensadora a querer demarcar-se da sua própria categorização enquanto filósofa, apresentando-se acima de tudo como alguém que procura compreender a realidade pensando-a a partir da sua experiência. Integrando os seus escritos e a sua reflexão no terreno da ciência política, ou da teoria política – nunca no da filosofia (nem sequer política), – a justificação é precisamente a da responsabilidade que atribui aos filósofos por aquela nefasta exaltação do abstracto. São vários os textos, escritos por Arendt ou resultantes de entrevistas dadas pela pensadora, em que manifestas se tornam quer esta sua posição, quer a dificuldade que sempre existirá em situá-la num dado espectro da reflexão teórico-prática⁴. Nas suas palavras, “depois das ideologias terem ensinado as pessoas a se emancipar da experiência real e do choque da realidade, aliciando-as para um paraíso de loucos onde tudo é conhecido *a priori*, o próximo passo conduzi-las-á, se é que já não o fez, para longe do conteúdo do seu paraíso; não para as tornar mais sábias, mas para as desviar mais ainda no sentido do deserto das deduções e conclusões lógicas meramente abstractas”⁵. No seu entender, esta sedução pelo abstracto, que culminaria no século XX, teria tido a sua origem em Platão, quando este, desiludido com a acção política por ver ao que essa tinha conduzido o seu mestre, Sócrates, deitara fora o menino com a água do banho – permita-se-nos a expressão – e se refugiara na filosofia teórica e especulativa. Um terreno em que se manifestaria um crescente e progressivo afastamento e alheamento dos afazeres humanos, e uma fuga à fragilidade da acção, aos seus processos imprevisíveis e irreversíveis⁶. Como observa Arendt a dada altura:“(q)ual o objecto do nosso pensamento? A experiência! Nada mais! E se perdermos a base da experiência, então

⁴ Cfr., *v.g.*, Hannah Arendt, “What remains? The language remains”: a conversation with Günter Gaus”, in *Essays in Understanding*, pp. 32-54; *ibidem*, “On the nature of totalitarianism: an essay in understanding”, pp. 360 e ss.; *idem*, “Philosophy and politics”, in *Social Research*, v. 57, n.1, Spring 1990, The John Hopkins University Press, pp. 73 e ss.. Sobre o político e o filosófico em Hannah Arendt, ver também o texto de Maria José Cantista, “O político e o filósofo no pensamento de Hannah Arendt”, *Revista da Faculdade de Letras*, Universidade do Porto, vol. XV-XVI, 1998-1999, publicado em 2014, pp. 41-57.

⁵ Cfr. Hannah Arendt, “On the nature of totalitarianism: an essay in understanding”, p. 388.

⁶ Quanto à fragilidade dos negócios humanos, e àquilo a que a autora chama “o triplo malogro da acção – a imprevisibilidade dos seus resultados, a irreversibilidade do processo e o anonimato dos seus autores”, cfr. Hannah Arendt, *The Human Condition*, The University of Chicago Press, Chicago, 1998, 2.ª ed., pp. 188 e ss. e 220 e ss.. Referindo-se à tentativa de substituição do agir (*acting*) pelo fazer (*making*), observa Arendt que as calamidades da acção todas derivam da condição humana da pluralidade, sendo que a mais óbvia salvação dos perigos engendrados por essa pluralidade é a monarquia, ou o governo de um só, nas suas muitas variantes. Cfr. *op. cit.*, p. 220-221.

entramos em todo o tipo de teorias. Quando o teórico da política começa a construir os seus sistemas, está invariavelmente a lidar com a abstracção”⁷.

O império da ideia, fruto de um processo de conceptualização teórica e abstractizante, acabará por promover o afastamento em relação à experiência de vida concreta (subjugando o medo da incerteza), marcada pelas múltiplas subtilezas da natureza e das relações humana(s). Irá simultaneamente impedir o próprio pensamento, para a autora íntima e historicamente dependente dessa mesma experiência, implicando com isso uma transfiguração do conceito de verdade. No entender de Arendt, a denúncia de Platão contra a *doxa*, no seguimento do julgamento e condenação de Sócrates, não só se imprimiu nos seus escritos sobre Política como se tornou um eixo fundamental do seu conceito de verdade: “o espectáculo de Sócrates a submeter a sua própria opinião às irresponsáveis opiniões dos atenienses, e a ser derrotado pela maioria, fez Platão desprezar as opiniões e aspirar a critérios absolutos. (...) A oposição entre verdade e opinião foi certamente a conclusão mais anti-socrática que Platão retirou do julgamento de Sócrates”⁸. Referindo-se à tirania da verdade que percebe ter sido instituída por Platão a partir deste momento, em que a verdade deixa de ser o que é temporariamente bom, de que os homens podem ser persuadidos, para ser antes a verdade eterna, de que os homens não podem ser persuadidos, Arendt critica o facto de o filósofo ter entendido que essa construção deveria orientar o governo da cidade⁹. A sua censura vai no sentido de os filósofos não só se terem alienado do mundo, pela desconfiança nutrida em relação à incerteza característica da acção, mas de terem – a partir de Platão – entendido que a melhor forma de ordenar o mundo deveria estar em conformidade com o tipo de certeza e de previsibilidade inerentes ao pensamento lógico¹⁰. Uma ideia que havia já desenvolvido em *The Life of the Mind*, com a contraposição entre verdade e sentido, afirmando logo na

⁷ Cfr. Hannah Arendt, “On Hannah Arendt”, in Melvyn A. Hill, ed., *Hannah Arendt: The recovery of the public world*, St. Martin’s Press, New York, 1979, p. 308.

⁸ Cfr. *Idem*, “Philosophy and Politics”, pp. 74 e 75.

⁹ *Ibidem*, p. 78.

¹⁰ Cfr. Melvyn A. Hill, “Introduction”, in *idem*, ed., *op.cit.*, p. xi.

Introdução que “a necessidade da razão não é inspirada pela busca da verdade mas pela busca de sentido. E verdade e sentido não são a mesma coisa”¹¹.

3. Política, Identidade e Direito

Arendt refere-se concretamente a aspectos de natureza política. Este percurso, que historicamente conduziu à absorção da *praxis* aristotélica pela *poiesis*¹², que acabou por determinar a destruição do pensamento e da reflexão autónoma e o afastamento da vida política por parte do cidadão comum, - um percurso de idolatração das ideologias, que ela vê como tendencialmente tiranas e ditatoriais (no império dos -ismos)¹³ -, é um percurso que podemos facilmente transpor para o pensamento jurídico.

A crença na forma, nas ideias e nos conceitos, a crescente exaltação do abstracto e das verdades lógicas em detrimento da acção, aquela que permite o pensamento e o sentido/significação, e em que por sua vez radica a verdadeira liberdade - e nela a faculdade humana do juízo -, transformaram a dada altura a própria face do Direito e da racionalidade jurídica. Enquistaram-se irrealidades teóricas, encaixando a variabilidade infinita da vida em categorias abstractas e, de certa forma, fictícias, em ruptura com o próprio devir e com a ideia de dinamismo histórico tão essencial ao universo jurídico. Arendt considerava aquela faculdade do juízo como a mais política das capacidades do homem, identificando-a com a faculdade de julgar “particulares” sem os subsumir em regras gerais: “a faculdade de julgar particulares (...), a capacidade para dizer ‘isto é errado’, ‘isto é bonito’, e por aí fora, não é o mesmo que a faculdade de pensar. Pensar tem sempre que ver com invisíveis, com representações das coisas que estão ausentes; julgar tem sempre que ver com

¹¹ Cfr. Hannah Arendt, *The Life of the Mind*, Harcourt, Inc., San Diego, New York, London, 1977, pp. 15, e *maxime* 53 e ss.. da I parte.

¹² Em que a *praxis* se identifica com a acção (*action*) e a *poiesis* se refere à fabricação (*making*), sem que Arendt deixe de apontar a ambiguidade que os termos assumem no próprio discurso aristotélico. Cfr. *idem*, *The human condition*, p. 192 e ss.

¹³ Cfr. *idem*, v.g. *The origins of totalitarianism*, Meridian Books. The world publishing company, Cleveland and New York, 2nd enlarged edition, 1958, 7th printing, 1962, *maxime* o capítulo XIII: “Ideology and terror: a novel form of government”, pp. 460 e ss.

particulares e coisas que estão à mão”¹⁴. É neste sentido que, comentando a crítica da autora às ciências sociais, Melvyn Hill observa que ela vê o desenvolvimento daquelas como um esforço de ampliação das técnicas para administrar ‘racionalmente’ a sociedade de massas, onde os homens teriam aprendido a se comportar (ou a se conformar) em vez de agir. “A procura dos cientistas sociais pelas leis abstractas que tornam o comportamento humano previsível coincide com o objectivo do administrador de controlar os homens”¹⁵.

Em certa medida, podemos dizer que toda esta configuração teórica, e com ela a própria soberania da abstracção, espelhada no império da lei, constitui ainda hoje o tecido subjacente a grande parte das construções políticas e jurídicas adoptadas pelas nossas comunidades ocidentais, tributárias de um modelo de Estado de Direito. Construções e comunidades que pressupõem um grau de homogeneidade que passa pela necessidade de adopção de determinadas categorias que nos permitam a identificação de perfis. Dito de outra forma, passa pela necessidade de integrar os membros de uma comunidade em grupos que partilham de certas características pelas quais, invariavelmente, acabam por ser definidos. E aqui queríamos chegar. Falar em políticas de identidade tornou-se hoje quase imperativo, quando nos deparamos com sociedades altamente complexas, heterogéneas e multiculturais. O tema é hoje debatido em incontáveis frentes, não tendo nós aqui a veleidade de sobre o mesmo nos debruçarmos a não ser na limitada medida dos propósitos deste ensaio.

A vida em sociedade, como a própria vida individual, requer a mobilização do modelo identitário, com o entrecruzar e tantas vezes sobreposição de identidades colectivas e individuais. Quando nos referimos à identidade, pensamos em algo como “mesmidade”, que nos leva a atribuir determinadas características a todo o sujeito que seja classificado como integrando um dado grupo. Esta associação permitir-nos-á, de igual modo, esperar de quem integra esse grupo, e assim partilha dessas notas caracterizadoras, um certo comportamento. Como nos diz Kwane Appiah, “a partir do momento em que atribuímos uma identidade a alguém, podemos frequentemente fazer

¹⁴ Cfr. Hannah Arendt, *The Life of the Mind*, pp. 192 e ss.

¹⁵ Cfr. Melvyn A. Hill, “The fictions of mankind and the stories of men”, in *idem*, ed., *Hannah Arendt: The recovery of the public world*, p. 283.

previsões sobre o respectivo comportamento”¹⁶, precisamente porque as identidades sociais estão associadas a normas de comportamento. O que o mesmo autor não deixa de sublinhar são os problemas que uma tal predisposição comporta, na medida em que se dá a entender que todos os que partilham de uma identidade são, num certo sentido, “o mesmo”, quando, de facto, a maior parte dos grupos é internamente muito heterogénea, composta por elementos que têm, cada um, muitas e variadas camadas identitárias.

A noção de sujeito liberal, e a sua permanente insinuação nas nossas instituições e normas sociais e jurídicas, pressupõe, como sugere William Connolly, um modelo padrão do indivíduo ‘normal’, ou ‘racional’, em relação ao qual a conduta de cada ser em concreto deve ser apreciada. Este padrão corresponderá à consolidação de identidades fixas, “pensadas e vividas como se a sua estrutura expressasse a verdadeira ordem das coisas”, naturalmente avessa a contextualizações e contingências¹⁷. Avessa a variações e diferenças que são, no fundo, aquelas que permitem a mesma afirmação identitária. Nessa nota insistem igualmente autores como Rita Dahmoon ou Kevin Duong, reforçando a ideia segundo a qual a identidade se estabelece necessariamente em função da diferença, pelo que discutir políticas de identidade terá que comportar um espaço para a discussão sobre o modo como essa abstracção se consolida pelo privilegiar de determinados traços e pelo sucessivo prescindir ou afastar daqueles outros que com ela não se comparam. Isto é, discutindo a relação da identidade com a diferença que a constitui e de que depende¹⁸. Em *Identity|Difference*, e de modo muito impressivo, Connolly defende ser esta a tese do seu trabalho: “confessar uma particular identidade é também pertencer à diferença”. Mais à frente, acrescentará que “uma identidade é estabelecida em relação a uma série de diferenças que se tornaram socialmente reconhecidas. Estas diferenças são essenciais à sua existência”.

¹⁶ Cfr. Kwane Anthony Appiah, “The politics of Identity”, *Daedalus*, Fall 2006, v. 135, n. 4, p. 16. O autor britânico de origem Ganesa tem escrito recorrentemente sobre a questão da identidade, defendendo a necessidade da ciência política contemporânea repensar políticas de identidade, consciente do seu grau de artificialidade, e do papel nelas desempenhado pela diversidade, pela diferença e pelo conflito. Cfr. v.g. *The Lies that Bind. Rethinking Identity*, Liveright Publishing Corporation, New York, London, 2018, *maxime* o 1.º capítulo; *The Ethics of Identity*, Princeton University Press, New Jersey, 2005.

¹⁷ Cfr. William Connolly, *Identity|Difference. Democratic Negotiations of Political Paradox*, University of Minnesota, Minneapolis, London, 2002, p. 64.

¹⁸ Em *Identity|Difference Politics. How difference is produced and why it matters*, Dahmoon faz desviar o debate em torno da questão do habitual foco cultural para o âmbito do poder. Cfr. *ibidem*, UBC Press, 2010.

Evocando práticas de leitura desconstrucionistas, poderíamos dizer que o sentido de qualquer identidade só será acessível pela percepção e compreensão da diferença que privilegia face à que vem a ser ocultada, num percurso que tanto poderá reflectir uma variante cultural como poderá resultar de determinantes políticas. O desenvolvimento deste paradoxo leva Connolly a debruçar-se sobre as relações de poder que se jogam em toda esta arquitectura social, relevando o autor a tendência que constata existir para o reforço destas identidades, para a sua auto-promoção e privilégio, pela desvalorização ou depreciação daquelas diferenças em relação às quais se estabelece. Nas palavras do autor, “pela exclusão das diferenças de que depende para se especificar”. Ou seja, pela marginalização do diferente, do outro, com a sua conversão em alteridade e a sua não rara demonização, de modo a assegurar a auto-certeza da identidade confessada¹⁹.

Também nesta linha, Kevin Duong desenvolve uma noção de essencialismo que considera um efeito transversal das políticas de identidade contemporâneas, reflectidas ao nível das várias actuais instituições societárias. Um efeito que ele vê como inegável, mas não inexorável, encontrando na sua desconstrução um passo fundamental a dar no seio do debate que coloca as políticas de identidade no centro da discussão das questões de justiça²⁰. Por essencialismo, entende o autor a ideia segundo a qual essas identidades que operam nas sociedades contemporâneas são estáveis e incontestáveis, na medida em que correspondem a uma realidade que é anterior à sua emergência social. A sua natureza essencial reside no facto de estarem retiradas da história e do próprio contexto cultural, com elas se pretendendo expressar a verdadeira ordem das coisas²¹.

¹⁹ Em determinadas circunstâncias, observa Connolly, “uma identidade poderosa vai-se esforçar por constituir um leque de diferenças como *intrinsecamente* maldosas, irracionais, anormais, loucas, doentes, primitivas, monstruosas, perigosas ou anárquicas – como outras. Fá-lo-á de modo a se proteger como intrinsecamente boa, coerente, completa ou racional, e de modo a se proteger do outro que iria perturbar a sua auto-certeza e capacidade para a mobilização colectiva se estabelecesse a respectiva legitimidade. Esta constelação de outros construídos torna-se agora tanto essencial à verdade da identidade poderosa como uma ameaça à mesma (...) O elemento paradoxal na relação da identidade com a diferença é o de que não podemos dispensar identidades pessoais e colectivas, mas os múltiplos impulsos para imprimir verdade nessas identidades funciona convertendo as diferenças em alteridade e a alteridade em bodes expiatórios, criados e mantidos para assegurar a aparência da verdadeira identidade”. Cfr. *op.cit.*, pp. 65-67.

²⁰ Cfr. Kevin Duong, *A Politics of Singularity: Identity, Responsibility, and Storytelling in a New Political Ethics*, Undergraduate Honors Thesis Submitted to the Faculty of Vanderbilt University, College of Arts and Science, 2009, pp. 3-4.

²¹ Cfr. *idem*, p. 14.

Daqui resulta que, ainda que afirmada a centralidade do indivíduo, esse é tido como integrado e reflexo de múltiplas identidades colectivas que, muito distantes do Eu individual, parecem girar em torno de amplas categorias como as de género, nacionalidade, raça ou credo²². Poder-se-ia falar no paradoxo do individualismo liberal, que parece dissolver o sujeito no altar de abstractas categorias humanas e intelectuais, fixas e constantes. De tal modo que o diferente só se consegue fazer ouvir se conseguir inserir-se numa identidade colectiva cujas reivindicações sejam reconhecidas politicamente como legítimas²³. Diferente que, por outro lado, ainda que necessário à afirmação da identidade do todo, é por esse todo demonizado, transformado no Outro, invariavelmente tido como disruptor de estabilidades adquiridas e tidas por essenciais. A isto chama Connolly uma doutrina da normalização pela individualização, nela vendo reflectida a redução do político ao jurídico inerente ao liberalismo individualista: pela construção de um modelo único do indivíduo genérico, virtuoso e estereotipado, o discurso liberal acaba por condensar a maior parte das questões de natureza política em categorias jurídicas como a dos direitos, da justiça, das obrigações ou da responsabilidade²⁴.

No entender de Duong, temos hoje uma política obcecada com identidade e com direitos, sendo que as duas ideias se intersectam para formar políticas de identidade cujos actores se definem em antagonismo uns com os outros, simultaneamente afirmando a sua particularidade e aí reinscrevendo pretensões de universalidade²⁵. E isto desemboca em regimes de verdade que determinam o que conta como bem e como mal, como certo e errado, e que determinam quem conta como sujeito de direitos, digno da sua protecção, e quem é excluído dessa mesma protecção²⁶. São políticas em que a afirmação da integridade e segurança de um “Nós” necessariamente exige um “Eles” a que se contrapõe e em função do qual se afirma. Sendo que ambas as categorias surgem com essa áurea de abstracção e descontextualização material que parece transcender a história e a cultura, desprezando a singularidade

²² Cfr. Kwame Appiah, “Identity, Authenticity, Survival: Multicultural Societies and Social Reproduction”, in Charles Taylor, *Multiculturalism*, Amy Gutmann, ed., Princeton University Press, New Jersey, 1994, pp. 149-64.

²³ Cfr. Kevin Duong, *op. cit.*, p. 13.

²⁴ Cfr. William Connolly, *op. cit.*, p. 74.

²⁵ Cfr. *idem*, p. 48.

²⁶ Cfr. *idem*, p. 31.

vivente dos sujeitos que as integram. E que partem do pressuposto irreal da sua própria estabilidade e incontestabilidade. Como se no seio daquele “Nós” não se digladiassem tensões, instabilidades e ambiguidades.

Evocando uma das faces da poderosa herança do pensamento político-jurídico liberal, Duong mostra como o positivismo jurídico constrói o Direito para ser um conjunto de códigos aplicados de modo uniforme a uma particular instância, sendo que quaisquer dificuldades que resultem da ambiguidade na sua aplicação serão consideradas como meramente incidentais. O sujeito individual, como as entidades colectivas (sejam instituições, empresas ou famílias), na tradição do positivismo jurídico, é um sujeito intrinsecamente a-problemático, sem tensões internas ou interesses conflitantes²⁷. Criticando a perspectiva de encarar o direito como se o seu sentido e a sua legitimidade fossem de algum modo separados das forças históricas e culturais responsáveis pela sua própria existência, Desmond Manderson aponta o dedo a juristas como Austin ou Hart, que o teriam tornado numa prática puramente hermética assente apenas na sua própria lógica, não reconhecendo que a atitude dos cidadãos para com o “seu” Direito é fundamental para a força do mesmo²⁸. Partindo de uma experiência pedagógica em que insta os seus alunos a resolver situações contemporâneas à luz do Direito presente nas obras de Shakespeare, sublinha um reparo presente nesse mesmo universo: o mundo não é um código e cometeremos injustiças se tentarmos tratá-lo como um. Nas suas palavras, os sistemas jurídicos foram-se tipicamente afirmando com a arrogância da formulação de manifestos e comandos – gerais e abstractos –, esquecendo-se que a identidade de uma ordem jurídica tem uma relação de íntima dependência com a materialidade de uma sociedade composta por indivíduos de carne e osso, com identidades e existências próprias para lá das assacadas ao todo²⁹.

²⁷ Cfr. *idem*, pp. 34 e 35.

²⁸ Cfr. Desmond Manderson, “In the Tout Court of Shakespeare: Interdisciplinary Pedagogy in Law”, 54 *Journal of Legal Education*, 283, 2004, p. 284.

²⁹ “O Direito de Shakespeare tem que começar com a adequada e justa humildade”. Cfr. *idem*, p. 291.

4. Identidade, justiça e singularidade

É em parte por isto que Duong – aliás, no mesmo sentido de Manderson –, afirma que falar de justiça é começar por falar de identidade, que, sendo invariavelmente uma questão política, acaba por se projectar largamente no palco jurídico e judiciário. E se muitas das actuais políticas de identidade reduzem o indivíduo a uma particular instância de uma essência sem história, necessário é repensá-las, repensando o terreno em que questões de justiça são trabalhadas e decididas, e evitando o binarismo de padrões de “nós” e “eles”. O que estará em causa, nesta reformulação, será a própria formação do sujeito e da sua identidade, individual, social, cultural, jurídica, política, psicológica; uma identidade marcada pela heterogeneidade, pela opacidade e pela relacionalidade. Uma reformulação que abra caminho àquilo em que o autor vê um projecto fundamentalmente ético de uma política de singularidade.

Referindo-se à presença nos actuais sistemas de direitos constitucionais da herança político-jurídica liberal, em que os direitos estão associados a uma concepção largamente individualista da humanidade (e em que o indivíduo portador de direitos pode ser considerado o sujeito básico do pensamento político liberal), Jessica Nedelsky aponta o dedo a um individualismo que falha no reconhecimento da sua dimensão inerentemente relacional. Falha em reconhecer as formas em que a nossa humanidade essencial não é nem possível nem passível de compreensão sem a rede de relações de que faz parte³⁰. O Eu que é protegido pelo discurso dos direitos é visto como um ser abstracto, essencialmente isolado, e não como criatura cujos interesses, necessidades e capacidades se constituem reciprocamente na rede de relações que estabelece com o outro³¹. Um outro que não se lhe opõe necessariamente, mas que é pedra de toque na formação da sua própria identidade singular. Isto mesmo vinha também afirmado por Charles Taylor, quando, em “The politics of recognition”, vem a destacar a natureza dialógica inerente à definição da nossa identidade humana, individual e social, e enquanto traço marcante

³⁰ Cfr. Jessica Nedelsky, “Reconceiving Rights and Constitutionalism”, in *Journal of Human Rights* 7, 2008, 139-173, p. 149.

³¹ Cfr. *idem*, p.149.

da própria vida humana³². Não só esta perspectiva relacional permite uma melhor apreensão das dinâmicas intrínsecas à própria identidade colectiva, e às políticas que se propõe, como abre espaço à própria compreensão do discurso dos direitos³³.

5. Pirandello e a crise de identidade: *Um, ninguém e cem mil*

A propósito de todo este debate em torno de políticas de identidade, de construção de categorias abstractas, e da resistência da singularidade, extraordinariamente fecunda se nos mostra a obra de Luigi Pirandello, *Uno Nessuno Centomila*. E isto no contexto de reconhecimento de que a narrativa e o *storytelling* poderão desempenhar um papel crucial no âmbito daquela mesma reestruturação de políticas de identidade. Devemos dizer que a leitura da obra em questão do Nobel italiano da Literatura veio, de forma sugestiva, ao encontro das reflexões que a propósito de soberania da abstracção e políticas de identidade íamos fazendo, desencadeando o curso e o conteúdo das páginas anteriores.

O protagonista do romance em causa, em simultâneo seu narrador, é Vitangelo Moscarda, homem de 28 anos com uma vida desafogada e algo diletante. Mora na pequena cidade italiana de Richieri, fictícia, e vive às custas dos rendimentos proporcionados pela quota social do banco que o pai lhe deixou em herança. Sendo sócio banqueiro, pouco ou nada sabe quanto ao funcionamento da instituição de que lhe vem a riqueza, pois que desde a morte do pai a gestão dos respectivos negócios se encontra nas hábeis e competentes mãos de Sebastiano Quantorzo e Stefano Firbo, amigos de confiança do pai, e que o tratam a ele como filho, um, e como irmão, o outro. Entregue ao ócio, não trabalha e tem dificuldade em se empenhar em qualquer actividade mais séria ou responsável. Seguro de si e pouco ambicioso, é casado com Dida, que o trata carinhosamente pelo diminutivo Gengè.

³² Cfr. Charles Taylor, “The politics of recognition”, *in idem, op.cit.*, pp. 32-34. O mesmo se diga, igualmente, da perspectiva assumida por William Connolly ao longo da obra que temos vindo a referir, e à qual regressaremos.

³³ No entender de Nedelsky, a linguagem da justiça verte-se hoje, de forma avassaladora, na linguagem dos direitos. E aquilo que os direitos fazem, e sempre terão feito, é construir e estruturar relações – de poder, responsabilidade, confiança e de obrigação. Cfr. *op. cit.*, pp. 140 e ss.

Tudo isto até ao dia em que, estando ele a contemplar-se frente a um espelho, a esposa brinca com ele pelo facto de o seu nariz pender ligeiramente para a direita. O diálogo que ocupa as primeiras linhas do romance, dita o desenrolar de toda a trama subsequente, com o protagonista a mergulhar incontavelmente num vazio existencialista face às dúvidas que o assaltam, a partir do momento em que a esposa lhe aponta uma característica de que ele era inconsciente até àquele momento:

“– Que estás a fazer? – perguntou-me a minha mulher, ao ver que me demorava inusitadamente diante do espelho.

Nada – respondi-lhe –, estou a olhar para o meu nariz, para dentro desta narina.

Quando carrego, sinto uma dorzinha. A minha mulher sorriu e disse:

Julgava que estavas a ver para que lado te pende.

Voltei-me, como um cão a quem tivessem pisado a cauda:

Pende? A mim? O nariz?

E a minha mulher, placidamente:

Claro que sim, querido. Olha bem para ele: pende-te para a direita”³⁴.

A inocente observação desencadeia uma profunda crise de identidade, com Moscarda a partir numa desesperada e intensa jornada interior, em busca do seu verdadeiro “Eu”. Uma jornada que o conduzirá obsessivamente a desconfiar de tudo e de todos à sua volta, de si próprio, e da sua auto-percepção, e que eventualmente o mergulhará na loucura, num processo de dissolução psicológica e de auto-destruição. Gengé sempre se vira e se conheceu de uma certa forma, e constatava agora que ninguém o via como ele se achava ser, sendo que cada um o via de um modo próprio. Ele próprio deixa de se ver

³⁴ Cfr. Luigi Pirandello, *Um, ninguém e cem mil*, Cavallo de Ferro, Amadora, 2017, p. 5. A obra, publicada em fascículos entre 1925 e 1926, foi escrita ao longo de um período de cerca de 15 anos, constituindo, nas palavras do autor, um epílogo da sua obra teatral, na medida em que representava o epitome dos temas por ele nessa trabalhados. Em prefácio à publicação, o seu filho Stefano escreve: “Durante quinze anos foi o motivo que te fez trabalhar com tanta alacridade. Um refúgio tormentoso. Também evitado, por vezes, bem sei, e receado”. Cfr. Robin Healey, *Twentieth-Century Italian Literature in English Translation, An annotated bibliography 1929-1997*, University of Toronto Press, Toronto, 1998, p. 377.

como se via, apercebendo-se que aquele não era o seu verdadeiro Eu, pois que ninguém o via assim. Subitamente, dá-se conta do estranho que do espelho olha para si: “Enquanto eu tiver os olhos fechados, somos dois: eu aqui e ele no espelho. Tenho de impedir que, ao abrir os olhos, ele se torne eu e eu ele. Eu devo vê-lo, e não devo ser visto. É possível? (...) O meu esforço supremo deve consistir nisto: não me ver em mim, mas sim ser visto por mim, com os meus próprios olhos, mas como se eu fosse outro; esse outro que todos vêem e eu não. Portanto, vamos lá: calma, parar toda a vida, e atenção!³⁵”.

Se os outros vêem nele aquilo que ele desconhece em si, se o identificam como outro que não o que ele se pensou a vida inteira, percebe a certa altura que o mesmo se poderá passar com a própria percepção que tem, não apenas de si – também essa posta em suspenso –, mas em relação a todos quantos o rodeiam. E cada um desses em relação a cada um dos outros.

Estendendo a sua descoberta ao seu entorno, apercebe-se que o Gengè pelo qual a sua mulher se mostra apaixonada é outro diferente de si mesmo, um que ela construiu à sua maneira, e que nem por isso lhe agrada a si, Vitangelo Moscarda; o próprio diminutivo o incomoda, confessando que “dificilmente se poderia imaginar uma criatura mais pateta que esse querido Gengè da minha mulher, Dida”³⁶. Os ciúmes começam a atormentá-lo, em vista dos carinhos e atenções que Dida tinha para com aquele estranho que havia construído à sua revelia: ciúmes, não de si próprio, sublinha, “mas de alguém que não era eu, de um imbecil que se metera entre mim e a minha mulher (...), apropriando-se do meu corpo para que ela o amasse”³⁷. Apercebe-se igualmente que a comunidade fictícia de Richieri o vê como um usurário, na esteira do legado paterno³⁸. Algo que só vem agravar a sua indignação, pela distância que representa relativamente ao modo como antes do reparo da esposa se via a si mesmo, longe do estigma de que se começa a sentir vítima com a nova tomada de consciência. E se disto se vai dando conta, vai também observando o mesmo padrão em tudo e todos quantos os que em seu torno se movimentam, que se vêem a si mesmos de forma única, sem consciência

³⁵ Cfr. *op. cit.*, p. 19.

³⁶ Cfr. *op. cit.*, p. 44.

³⁷ Cfr. *op. cit.*, p. 47.

³⁸ Cfr. *op. cit.*, p. 56.

de que as suas identidades são igualmente desmultiplicadas por todos com quantos estabelecem relações. Nessa medida, a procura de Moscarda pela sua verdadeira identidade está votada ao fracasso, pois dado que a existência de cada um é relacional, e que cada um apreende a realidade a partir de um mundo interior que é só seu, ela não pode existir. “Não me conhecia de todo”, diz a dada altura, constatando esse vazio; “não tinha, para mim, nenhuma realidade propriamente minha, encontrava-me num estado como que de fusão contínua, quase fluido, maleável; os outros conheciam-me, cada um a seu modo, de acordo com a realidade que me tinham atribuído; ou seja, cada um via em mim um Moscarda que não era eu, enquanto eu, para mim, não era propriamente ninguém; tantos Moscardas quantos eram esses outros e todos mais reais do que eu, que não tinha para mim próprio, repito, nenhuma realidade”³⁹. Isso mesmo, essa desolação auto-destrutiva em que se compraz pela constatação desse vazio existencial e identitário, motiva uma cena curiosa em que, regressando a casa de um passeio com o seu cão, encontra Dida com Quantorzo, o gerente do Banco. Quando exclama “cá estamos!”, reconhece que se refere não aos três presentes na sala de visitas, como eles pensarão ao ouvi-lo, mas antes aos oito personagens cuja presença “identifica”:

1. Dida, tal como era para si;
2. Dida, tal como era para mim;
3. Dida, tal como era para Quantorzo;
4. Quantorzo, tal como era para si;
5. Quantorzo, tal como era para Dida;
6. Quantorzo, tal como era para mim;
7. O querido Gengè de Dida;
8. O caro Vitangelo de Quantorzo⁴⁰.

Não nove, mas oito, uma vez chegado à conclusão que a nona pessoa – ele, como se vê a ele mesmo – a nada corresponde.

Poderíamos dizer que a narrativa de Pirandello, centrada na tragédia de um homem em luta para reclamar uma identidade coerente para si

³⁹ Cfr. *op. cit.*, p. 44.

⁴⁰ Cfr. *op. cit.*, pp. 105-106.

mesmo, face a um mundo irrevogavelmente plural e multifacetado, se mostra de alguma maneira nihilista, pelo cepticismo com que encara a mera possibilidade de recuperar um sentido de unidade para a identidade do sujeito contemporâneo. Pelo próprio isolamento a que vota esse mesmo sujeito, no seu desconhecimento de si e na sua radical incapacidade de comunicar dialogicamente, à luz desse vaivém construtivo, com os seus semelhantes. Mas vemos nela simultaneamente a percepção de uma certa ambiguidade na acepção da noção de identidade. Se Moscarda rejeita as categorizações em que percebe submergir-se a sua identidade pública, de que resultam os rótulos de usuário ou de inepto, de certa forma rejeitando a ideia de estabilidade e fixidez subjacentes a “formações sociais pré-existentes e anónimas”⁴¹, ele viabiliza – a partir desse momento – a superação da submersão e alienação no colectivo (do *tutti*), com a possibilidade de recriação de uma identidade futura. No momento em que revela o seu entendimento (privado) da sua relação com os outros, momento em que se capacita da sua condição nula (*nessuno*) – aquilo a que Petruzzi chama uma postura de auto-descoberta afectiva – ele abre-se à possibilidade de recriar a sua identidade, reinterpretando o seu mundo em função daquela relacionalidade. Infelizmente para si, Moscarda não consegue desprender-se daquilo em que aquele autor vê um reflexo de uma lógica metafísica, segundo a qual a interpretação pública – o Eu formado pelos outros – é uma forma necessária e inevitável do “ser” estável: “um Eu estável e falso será substituído por um Eu estável e vazio”⁴².

6. Identidade, singularidade e comunidade relacional

Num momento histórico como o actual, obcecado com políticas de identidade, em que estas surgem ainda largamente forjadas ao abrigo de

⁴¹ Cfr. Anthony Petruzzi, “Nihilism, errancy and truth in Pirandello’s *Così è (se vi pare)*”, *Italica*, vol. 83, n.3 and 4, 2006, pp. 433-467, p. 435.

⁴² Cfr. *op. cit.*, pp. 442-443. Para o autor, Pirandello vai ao encontro do argumento de Nietzsche segundo o qual a fé metafísica é sempre uma forma de nihilismo, na medida em que preclui qualquer ambiguidade dentro do conceito de verdade. A metafísica sempre exigirá uma efectiva fidelidade à crença de que a verdade é não só imutável como é também objectiva e fixa, pensada fora da temporalidade. Ainda assim, reconhecendo a rejeição operada por Pirandello de uma visão modernista da verdade, nos termos da qual existiria um método correcto capaz de revelar a coisa em si, Petruzzi vê na obra do autor italiano – não circunscrita a *Uno, nessuno, centomila* – a adopção de um nihilismo matizado e ambíguo, que não se esgota num subjectivismo relativista.

fictícias e distantes categorias estáticas, abstractas, homogêneas e coerentes, e em que cada vez mais vozes reclamam a respectiva reformulação e redenificação material, com alternativas de singularidade, o texto de Pirandello sublinha a impossibilidade de algum dia encontrarmos genuínas correspondências entre qualquer modelo de abstractas e fixas identidades e as reais, heterogêneas e permanentemente instáveis identidades do ser humano / social. Ainda que afirmando a causa perdida de encontrar a verdadeira identidade do Eu, o escritor italiano não deixa ainda assim de abrir espaços criativos para o reconhecimento da sua profunda complexidade. E não deixa igualmente, parece-nos, de reforçar a perspectiva da singularidade de matriz relacional. Isto é, no entendimento de que a identidade é evanescente e dependente das (pré-)concepções de quantos rodeiam o sujeito, não deixa de estar implícita a função que esses outros desempenham para a própria formação da identidade do Eu. A ideia é a de que, como afirmava Nedelsky, não é possível compreender a nossa humanidade sem a rede de relações de que faz parte, e que molda a nossa identidade singular, que se renova e transforma mediante cada contacto que é estabelecido⁴³. A textura fragmentada da identidade resulta assim dos laços humanos e sociais para os quais, ao longo dos tempos, o sujeito se vai mostrando disponível, abrindo-se a essa constante transformação. Neste sentido, e apoiando-nos em Duong, poderíamos falar de uma leitura de Pirandello inspirada em Lévinas, ou mesmo na noção derrideana de hospitalidade⁴⁴. A ideia de comunidade daí decorrente é uma em que as diferenças não são fonte de atrito ou oposição ao outro, mas fundamento de sentido para a própria construção da identidade singular. Que por seu turno é viabilizada, numa que é também uma dimensão ética, pela receptividade ao outro, pela exposição constitutiva do Eu ao Outro, ou do Nós aos Eles, ou seja, na própria existência da comunidade hermenêutica, que vê nesses termos repensada a respectiva configuração identitária. Voltando a Connolly, assentimos na ideia segundo a qual uma reflexão sobre políticas de identidade e

⁴³ Cfr. Jennifer Nedelsky, *op. cit.*, p. 149.

⁴⁴ Cfr. Kevin Duong, *op. cit.*, pp. 117-118. Duong sublinha a necessidade de não confundir uma política de singularidade com um radical individualismo, destacando como nota diferenciadora daquela política de singularidade o afastamento de discursos essencialistas: o indivíduo não é mera instância do universal, antes constituindo uma entidade autónoma, cuja identidade própria resulta também da resposta dada à interpelação ética do Outro que com ele partilha a vida em comunidade.

de diferença obriga a repensar a própria democracia, pois se esta é meio através do qual a diferença pode encontrar o seu espaço enquanto alter-identidade, não deixa de ser também meio a partir do qual a dogmatização da identidade se pode ver politicamente legitimada. A expressão encontrada pelo autor, de uma imaginária “democracia agonística”, viria dar resposta à necessidade de uma prática que afirmasse a indispensabilidade para a vida da identidade, ao mesmo tempo que perturbasse a sua dogmatização e que redobrasse os cuidados com a diversidade multiforme da vida humana a partir da interdependência entre identidade e diferença⁴⁵.

7. Notas conclusivas

O reconhecimento da necessidade de acolher esta singularidade ao nível das nossas contemporâneas políticas de direitos, e ao nível do funcionamento das nossas instituições democráticas, permitirá talvez encarar questões de justiça, geral e particular, de modo a contrariar aquela soberania da abstracção a que se referia Arendt. De modo a evitar lógicas binárias que radicalizam a oposição entre um Nós e um Eles, capazes de potenciar a erosão e desgaste de verdadeiros direitos individuais, pela sua absorção em categorias alheadas da heterogênea realidade social contemporânea. Alheadas da própria singularidade que distingue o ser humano na sua inerente e permanente polifonia. De modo a evitar o enquistamento de políticas que venham a redundar em práticas ou regimes ditatoriais, facilitados pelo discurso dos pseudo-direitos assente em categorias que só em teoria são neutrais. Sem deixar de reconhecer a natureza imprescindível do pensamento abstracto na construção da política e do Direito, pretende-se limitar o seu potencial de domínio pela temperança hermenêutica inerente a uma ética de singularidade, que se verta, desde logo, em adequadas políticas legislativas e nas decisões interpretativas que fazemos enquanto judiciário.

Aquilo que colhemos do texto de Pirandello vai no sentido de convocar e mobilizar as nossas competências de juízo, crítico e hermenêutico (ou crítico porque hermenêutico), para as alinhar com a necessidade de atender ao

⁴⁵ Cfr. William Connolly, *op.cit.*, pp. x e ss. do prefácio.

contingente, ao circunstancial, ao dialógico, que fundamental se revela para aferir do valor e limites do abstracto. Os matizes de que se tola o singular, cinzelado no vaivém relacional, as idiosincrasias veladas de uma sistemática matriz socio-política identitária, obrigam à recompreensão das construções conceptuais de que se dotou o pensamento e a acção político-jurídica (moderna e) contemporânea. Não para que a dúvida auto-destrutiva de Gengé se instale, inviabilizando essa acção, mas para que decisões mecanizadas e meramente autoritárias não se padronizem numa apatia funcionalista, permitindo a consubstanciação da linguagem dos direitos numa ética relacional e democrática.

Bibliografia

- Aguar e Silva, Joana, “Direito, método e ideologia: lições da História do Direito nacional-socialista”, in *Anamorphosis*, Revista Internacional de Direito e Literatura, v.6, n.2, 2020.
- Appiah, Kwame Anthony, “Identity, Authenticity, Survival: Multicultural Societies and Social Reproduction”, in Charles Taylor, *Multiculturalism*, Amy Gutmann, ed., Princeton University Press, New Jersey, 1994.
- Appiah, Kwame Anthony, *The Lies that Bind. Rethinking Identity*, Liveright Publishing Corporation, New York, London, 2018.
- Appiah, Kwame Anthony, “The politics of Identity”, *Dacdalus*, Fall 2006, v. 135, n. 4.
- Arendt, Hannah, “‘What remains? The language remains’: a conversation with Günter Gaus”, in *Essays in Understanding 1930-1954. Formations, Exile and Totalitarianism*, Schocken Books, New York, 1994, pp. 32-54.
- Arendt, Hannah, “On Hannah Arendt”, in Melvyn A. Hill, ed., *Hannah Arendt: The recovery of the public world*, St. Martin’s Press, New York, 1979.
- Arendt, Hannah, “On the nature of totalitarianism: an essay in understanding”, in *Essays in Understanding*, Schocken Books, New York, 1994.
- Arendt, Hannah, “Philosophy and politics”, in *Social Research*, v. 57, n.1, Spring 1990, The John Hopkins University Press.
- Arendt, Hannah, *The Human Condition*, The University of Chicago Press, Chicago, 1998, 2ª ed.
- Arendt, Hannah, *The Life of the Mind*, Harcourt, Inc., San Diego, New York, London, 1977.
- Arendt, Hannah, *The origins of totalitarianism*, Meridian Books. The world publishing company, Cleveland and New York, 2nd enlarged edition, 1958, 7th printing, 1962.
- Cantista, Maria José, “O político e o filósofo no pensamento de Hannah Arendt”, in *Revista da Faculdade de Letras*, Universidade do Porto, vol. XV-XVI, 1998-1999, publicado em 2014, pp. 41-57.
- Connolly, William, *Identity|Difference. Democratic Negotiations of Political Paradox*, University of Minnesota, Minneapolis, London, 2002.
- Dahmoon, Rita, *Identity/Difference Politics. How difference is produced and why it matters*, UBC Press, Vancouver, 2010.

- Dubber, Markus Dirk, “The german jury and the metaphysical volk: from romantic idealism to nazi ideology”, 43, *The American Journal of Comparative Law*, 1995.
- Duong, Kevin, *A Politics of Singularity: Identity, Responsibility, and Storytelling in a New Political Ethics*, Undergraduate Honors Thesis Submitted to the Faculty of Vanderbilt University, College of Arts and Science, 2009, https://ir.vanderbilt.edu/bitstream/handle/1803/2990/DUONG_A%20POLITICS%20OF%20SINGULARITY_FINAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y (consultado em 10.09- 2023).
- Healey, Robin, *Twentieth-Century Italian Literature in English Translation, An annotated bibliography 1929-1997*, University of Toronto Press, Toronto, 1998.
- Hill, Melvyn A., “The fictions of mankind and the stories of men”, in *idem*, ed., *Hannah Arendt: The recovery of the public world*, St. Martin’s Press, New York, 1979.
- Manderson, Desmond, “In the Tout Court of Shakespeare: Interdisciplinary Pedagogy in Law”, 54 *Journal of Legal Education*, 283, 2004
- Nedelsky, Jessica, “Reconceiving Rights and Constitutionalism”, in *Journal of Human Rights* 7, 2008, 139-173.
- Petruzzi, Anthony, “Nihilism, errancy and truth in Pirandello’s *Così è (se vi pare)*”, *Italica*, vol. 83, n.3 and 4, 2006, pp. 433-467.
- Pirandello, Luigi, *Um, ninguém e cem mil*, Cavallo de Ferro, Amadora, 2017.
- Radbruch, Gustav, “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)”, translated by Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, n. 1, 2006, pp. 1-11.
- Taylor, Charles, *Multiculturalism*, Amy Gutmann, ed., Princeton University Press, New Jersey, 1994.

A ECONOMIA DOS DADOS NA UNIÃO EUROPEIA E A POLÍTICA DE CIÊNCIA ABERTA NA INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA: UMA REFLEXÃO A PARTIR DA LIBERDADE DAS CIÊNCIAS

Joana Covelo de Abreu¹
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.148.16>

Sumário: Numa União Europeia que prossegue o estabelecimento e a densificação de uma economia dos dados, os dados decorrentes da investigação científica assumem um papel cada vez mais significativo. O presente contributo visa compreender se uma política de ciência aberta adensa a observância da liberdade das ciências, tal como a mesma se encontra propugnada no artigo 13º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

Palavras-chave: Economia de dados, política de ciência aberta, liberdade das ciências, liberdade da investigação científica, liberdade académica

¹ Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora integrada doutorada do JusGov e membro da sua Comissão Diretiva.

1. O palco da investigação científica – a Escola de Direito da Universidade do Minho nos seus 30 anos

Num ano em que a Escola de Direito da Universidade do Minho comemora os seus 30 anos, é imperioso “olhar” os 19 que me ligam, umbilicalmente, a esta instituição.

O meu primeiro contacto com a Escola de Direito realizou-se ainda no início do Verão de 2004, quando visitei a cidade de Braga, conheci as instalações do *campus* de Gualtar e pude conhecer algumas histórias sobre o seu funcionamento e a sua organização. Foi um dia decisivo: a partir de então, as opções de candidatura à Universidade estavam reduzidas àquela que, em setembro, passou a ser a minha “casa” – a Escola de Direito.

Os quatro anos seguintes foram feitos de história: integrei a primeira turma da Escola de Direito a licenciar-se segundo o processo de Bolonha, acompanhei procedimentos internos inerentes à sua implementação, participei na vida social da Academia, integrei três direções da Associação de Estudantes de Direito (AEDUM) e fui ainda Delegada de Turma. Nesta qualidade, participei nas reuniões do atual Conselho Pedagógico e integrei ainda o Conselho de Cursos e o extinto Conselho Académico. Foram, portanto, anos que marcaram a minha vida e a forma como hoje me relaciono dentro e fora da Universidade.

Mas o meu percurso estava fadado a entrelaçar-se com a Escola de Direito de forma mais permanente. A conclusão do Mestrado em Direito Judiciário, em fevereiro de 2011, com a defesa de dissertação, ditou que concorresse a uma bolsa de doutoramento, financiada pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT). Aquando da candidatura, longe estava de reputar que poderia ser bem-sucedida, mas as boas notícias vieram nesse mesmo ano, em Setembro, altura em que concluía também o estágio na Ordem dos Advogados pela realização da sua fase oral.

Em janeiro de 2012, iniciei os estudos de doutoramento e, em 2013, passei a desempenhar funções como Assistente Convidada na Escola de Direito. Desde então, o meu percurso é marcado pela cadência de cada ano letivo, a minha vida ativa começa a cada setembro e acaba a cada julho, e o estímulo profissional passa pelas relações profícuas com alunos, antigos alunos, colegas (e amigos) e funcionários (e amigos) da Escola de Direito e de outras

instituições de ensino superior e a satisfação suprema vem da possibilidade de investigar e de acompanhar os demais colegas nas suas descobertas científicas.

Descobri hoje, ao redigir estas palavras, que a realização pessoal e profissional advém de pequenos prazeres: abrir uma publicação com um qualquer contributo meu ou com a chancela da Escola de Direito ou do seu centro de investigação (Centro de Investigação em Justiça e Governação – JusGov), escrever uma carta de recomendação que abrirá horizontes a um aluno com quem mantive uma relação de proficiência durante a sua formação, acompanhar o percurso vitorioso de um candidato que conclui um ciclo de estudos (sentindo o mesmo frio no estômago que me assaltou quando, eu própria, me sentava perante o júri avaliador), apresentar-me perante uma sala composta por novos alunos e poder explicar-lhes o programa de uma Unidade Curricular especialmente pensada para eles e para as necessidades que sentem na sua própria vida e, ainda, dar conta das minhas inquietações científicas perante um público mais ou menos amplo...

A nostalgia faz parte destes contributos e a esperança dita o futuro – espero que, daqui a 30 anos, possa continuar a comemorar a importância que a Escola de Direito tem na vida institucional, política, social e cultural do país e da União Europeia mas, sobretudo, possa ter tantas mais histórias quantas as que sejam necessárias para não me ater à minha própria experiência nestas palavras iniciais.

Parabéns, Escola de Direito!

Parabéns, Universidade do Minho!

2. A economia de dados, os dados abertos e a investigação científica na União Europeia

Com a adoção de “Uma estratégia europeia para os dados”, em 2020², a União Europeia sublinhou que o futuro do seu percurso digital passava, de forma mais evidente, pelo estabelecimento de uma economia dos dados. Afinal, é consabido que “as tecnologias digitais têm vindo a transformar a

² COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões “Uma estratégia europeia para os dados”*, Bruxelas, 19 de fevereiro de 2020, COM(2020) 66 final.

economia e a sociedade, afetando todos os setores de atividade e a vida quotidiana de todos os europeus”, sendo que “[o]s dados estão no cerne [dessa] transformação”³.

No entanto, o espaço europeu pauta-se por um padrão particularmente elevado de proteção de dados – especificamente, de dados pessoais –, o que determina que “[o]s cidadãos só irão confiar e aderir a inovações baseadas em dados se estiverem seguros de que qualquer partilha de dados pessoais na UE estará sujeita à plena observância das [suas] regras rigorosas em matéria de proteção de dados”. No entanto, a União também desenvolveu a sensibilidade de que “o volume crescente de dados industriais não pessoais e de dados públicos na Europa, combinado com evoluções tecnológicas na forma como são armazenados e tratados, constituirá uma potencial fonte de crescimento e inovação que importa explorar”⁴.

Especificamente no que diz respeito aos dados não pessoais e aos dados públicos, a Comissão esclarece que estes devem “estar disponíveis para todos os intervenientes – públicos ou privados, grandes ou pequenos, em fase de arranque ou gigantes” pois “[t]al contribuirá para que a sociedade tire o máximo partido da inovação e da concorrência e garantirá que todos recebem dividendos digitais”⁵.

Posto isto, se a União Europeia visa tornar-se competitiva surgindo como uma efetiva economia dos dados, além de se preocupar em melhorar as suas estruturas de i) conectividade, ii) armazenamento, iii) capacidade computacional, iv) cibersegurança e v) manuseamento de dados, terá de “aumentar os repositórios de dados de qualidade disponíveis para utilização e reutilização”. Só assim colherá “os benefícios de uma melhor utilização dos dados, designadamente uma maior produtividade e mercados mais competitivos, mas também melhorias na saúde, no bem-estar e no ambiente, uma governação transparente e serviços públicos eficazes”⁶.

³ *Idem*, p. 1.

⁴ *Ibidem*, p. 1.

⁵ *Ibidem*, p. 1.

⁶ *Ibidem*, p. 1.

Como se prevê que, em 2025, o volume de dados produzidos, no mundo, se cifre em 175 *zettabytes*⁷, cabe esclarecer que, para além de os dados desempenharem uma função vital em diversos domínios – desde a promoção de um consumo de energia mais consciente, a uma maior rastreabilidade de produtos, materiais e alimentos, como ainda para a promoção de melhores e mais atualizados cuidados de saúde ou serviços de transporte e de mobilidade –, a verdade é que a “disponibilização de mais dados e a melhoria do seu modo de utilização são essenciais para dar resposta a desafios sociais, climáticos e ambientais, contribuindo para sociedades mais saudáveis, mais prósperas e mais sustentáveis”⁸.

Para isto, várias iniciativas – designadamente, de natureza legislativa – foram conduzidas. Entre estas, operou-se a adoção da Diretiva (UE) 2019/1024 (Diretiva Dados Abertos)⁹, a qual veio corporizar a visão da União Europeia para o futuro da União: “através da utilização de dados, as empresas e o setor público da UE poderão ser capazes de tomar melhores decisões”, aproveitando os benefícios do tratamento de dados em prol do bem social e económico, já que estes “podem ser replicados praticamente a custo zero e em que a sua utilização por uma pessoa ou organização não impede a utilização simultânea por outra pessoa ou organização”¹⁰. Visando, portanto, criar um espaço único europeu de dados – “um verdadeiro mercado único de dados, aberto a dados de todo o mundo” –, coube ainda equacionar os principais problemas associados à sua consecução: i) a adaptação do quadro jurídico nacional à utilização de dados de bases privadas pelas autoridades públicas; ii) a promoção do tratamento de dados para fins de investigação científica; e iii) a adaptação ao direito da concorrência desta nova realidade.

Os problemas decorrentes da utilização dos dados para fins de investigação científica relacionam-se, diretamente, com a necessidade de promover uma maior disponibilidade de dados, que se prende com a sua utilização e

⁷ *Ibidem*, p. 2. Um zettabyte (ZB) é uma unidade de medida de informação ou memória usada no âmbito das tecnologias de informação e de comunicação, correspondendo a 1 000 000 000 000 gigabytes (GB).

⁸ *Ibidem*, p. 3.

⁹ Diretiva (UE) 2019/1024 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa aos dados abertos e à reutilização de informações do setor público, cujo prazo de transposição decorreu no dia 17 de julho de 2021, nos termos do disposto no seu artigo 17º.

¹⁰ COMISSÃO EUROPEIA, “Uma estratégia europeia para os dados”, p. 4.

reutilização, especificamente visando uma “reutilização inovadora”, como aquela que se espera seja realizada pelos instrumentos e ferramentas de inteligência artificial¹¹. Neste contexto, cabe promover uma maior facilidade envolvendo a utilização “de informações do setor público pelas empresas”, na medida em que os dados detidos pela Administração Pública são, em grande medida, “gerados com recurso a dinheiros públicos e devem, por conseguinte, beneficiar a sociedade”¹², pelo que a Diretiva Dados Abertos desempenha um papel significativo em facilitar a disponibilização de dados públicos quer às pequenas e médias empresas (PME), quer à sociedade civil e à comunidade científica. Do mesmo modo, a partilha de dados entre autoridades públicas é essencial já que pode ter um papel decisivo no desenho de novas políticas públicas e na forma como os serviços públicos funcionam – mais alinhados com a atualização do interesse público à luz das novas tecnologias de informação e de comunicação –, como na redução dos encargos administrativos impostos aos administrados, potenciando a observância do princípio da declaração única (*once-only principle*)¹³.

Neste contexto, o artigo 10º da Diretiva Dados Abertos cria um regime específico para os dados da investigação: prosseguindo políticas de acesso aberto, assentes na observância do princípio da “abertura por defeito”¹⁴, os dados de investigação científica deverão ser disponibilizados publicamente e ser passíveis de reutilização para fins comerciais ou não comerciais, sempre que tenham sido objeto de financiamento por fundos públicos e os investigadores responsáveis pela sua produção já os tenham disponibilizado “ao público através de um repositório institucional ou temático” (artigo 10º, nº 2). No entanto, há que acautelar que a prossecução desta finalidade não afeta direitos de propriedade intelectual, proteção de dados pessoais e obrigações de confidencialidade, de segurança e de interesses comerciais legítimos, circunstância em que a

¹¹ *Idem*, p. 6.

¹² *Ibidem*, p. 7.

¹³ Para maiores desenvolvimentos, *ibidem*, p. 8.

¹⁴ O princípio da “abertura por defeito” (*open-by-default*) visa “promover a reutilização, a participação / o acesso e a transparência” para que o desígnio de uma Administração Pública Aberta (*Open Government*) possa ser observado. Cfr., a propósito desta noção, COMISSÃO EUROPEIA, *New European Interoperability Framework “Promoting seamless services and data flows for European public administrations”*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2017, p. 5, in https://ec.europa.eu/isa2/sites/default/files/eif_brochure_final.pdf [acesso: 6.10.2023].

ponderação a ser realizada deverá pautar-se pela observância do princípio “tão aberto quanto possível, tão fechado quanto necessário”.

O princípio da abertura dita, portanto, as dinâmicas associadas à política de dados abertos e, especificamente, às suas repercussões em matéria de ciência aberta. Na realidade, a atual Diretiva Dados Abertos é vista como tendo sido capaz de superar a efetividade das regras decorrentes da anterior Diretiva IPS¹⁵, a qual já visava tornar públicos dados que eram produzidos a partir de iniciativas publicamente financiadas. Para além disto, a atual Diretiva é agora vista como tendo alinhado o regime jurídico aplicável aos avanços detetados nas tecnologias de informação e de comunicação: afinal, “uma harmonização mínima das regras e práticas nacionais em matéria de reutilização de informação publicamente financiada contribuirá para um funcionamento tranquilo do mercado interno e confere o desenvolvimento apropriado à sociedade de informação na UE”¹⁶. Tal justificou-se por o regime anterior já não ser capaz de acompanhar duas demandas do mercado atual: i) a procura, pelas empresas, de dados dinâmicos; e ii) a necessidade de aceder a um leque mais variado de dados, provenientes de fontes diferenciadas¹⁷, o que conduzia a que experienciasse vários obstáculos à sua efetividade.

No que concerne à segunda demanda, à luz do anterior quadro normativo, colocavam-se algumas limitações à reutilização de dados públicos provenientes da investigação científica que tinha sido financiada por dinheiro público. Na realidade, como reconheceu a Comissão Europeia, “[a] informação científica produzida com fundos públicos é uma fonte inestimável para a inovação, para a economia em geral e como forma para abordar problemas societários”¹⁸. No entanto, e apesar de ser globalmente aceite uma política de acesso aberto à produção científica, detetou-se que nem sempre os dados públicos daí provenientes estavam prontos a ser disponibilizados e reutilizados.

¹⁵ Diretiva 2013/37/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, que altera a Diretiva 2003/98/CE, relativa à reutilização de informações do setor público.

¹⁶ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, “*Shaping Europe’s digital future – From the Public Sector Information (PSI) Directive to the Open Data Directive*”, Website, atualizado a 7 de junho de 2022, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/psi-open-data> [acesso: 6.10.2023].

¹⁷ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Commission staff working document – Impact Assessment (Accompanying the document) “Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the re-use of public sector information”*, Bruxelas, 25 de abril de 2018, SWD(2018) 127 final, p. 8.

¹⁸ *Idem*, p. 15.

Tal deve-se, em parte, a uma fragmentação das exigências nacionais e de outra ordem em matéria de financiamento, ao apresentar-se um conjunto amplo e díspar de requisitos. Acresce ainda que a própria Comissão não atualizou a sua recomendação sobre o acesso à informação científica e a sua preservação (que data de 2012), na qual não tem em conta quer as opções políticas em matéria de ciência aberta entretanto veiculadas pela União¹⁹, quer as mais recentes evoluções tecnológicas em termos de dados dinâmicos e de dados inferidos²⁰. Por último, ainda se verificam alguns obstáculos às políticas de ciência aberta²¹, por parte dos investigadores, ao não compreenderem cabalmente os seus benefícios e ao não serem devidamente recompensados por “uma potencial perda de vantagem competitiva decorrente da manutenção dos resultados não acessíveis”²². O artigo 10º da Diretiva veio endereçar este problema, determinando que os Estados-Membros apoiem a disponibilização de dados da investigação financiada por fundos públicos, através da adoção de políticas de acesso aberto, mediante a proclamação do princípio da abertura por defeito, seguindo o objetivo FAIR (tornando tais dados “*findable, accessible, interoperable and reusable*”).

Do mesmo modo, os considerandos 27 e 28 da Diretiva Dados Abertos exploram o espírito e a teleologia inerentes ao mencionado artigo 10º. Desde logo, ao compreender-se que “o volume de dados gerados pela investigação está a aumentar exponencialmente” e que este “tem um potencial de reutilização para lá da comunidade científica”, “tornou-se crucial e premente possibilitar o acesso a dados, bem como a sua combinação e reutilização, provenientes de diferentes fontes, inclusivamente entre setores e disciplinas”, conduzindo-se

¹⁹ Cfr., neste contexto, COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre a abordagem global da investigação e inovação – “Estratégia da Europa para a cooperação internacional num mundo em mutação”*, Bruxelas, 18 de maio de 2021, COM(2021) 252 final. Neste cerne, a Comissão sublinha a prioridade de “ciência aberta e dados abertos”, reafirmando que “[t]ornar os dados de investigação tão abertos, normalizados e interoperáveis quanto possível beneficia tanto a UE como o resto do mundo se os outros países e regiões procederem da mesma forma”, já que o objetivo global “é tornar os conjuntos de dados fáceis de encontrar, acessíveis, interoperáveis e reutilizáveis, ou seja FAIR (do inglês *findable, accessible, interoperable and reusable*). Entre as iniciativas sublinhadas, dá-se destaque à Nuvem Europeia para a Ciência Aberta. (Idem, p. 4).

²⁰ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Recomendação sobre o acesso à informação científica e a sua preservação*, de 17 de julho de 2012, 2012/417/EU, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32012H0417&qid=1684703544698> [acesso: 19.5.2023].

²¹ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicado de Imprensa “Abordagem global da Europa para a cooperação em matéria de investigação e inovação: uma abordagem estratégica, aberta e recíproca”*, Bruxelas, 18.5.2021, IP/21/2465.

²² Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Commission staff working document – Impact Assessment...*, p. 16.

a reflexão de que os dados científicos e de investigação não se esgotam em artigos científicos: estes últimos “comunicam e comentam conclusões resultantes da investigação científica” embora esta resulte também de dados que incluem “estatísticas, resultados de ensaios, medições, observações decorrentes de trabalho de campo, resultados de inquéritos, registos e imagens de entrevistas” (considerando 27). Atendendo a tal contexto, o legislador europeu considerou relevante impor aos Estados-Membros a obrigação de “adotarem políticas de acesso aberto no que diz respeito aos dados de investigação financiadas por fundos públicos e garantir que estas políticas são aplicadas por todos os organismos que realizam investigação e por todos os organismos financiadores de investigação”, evitando potenciais fragmentações na forma como se perspetiva e efetiva a finalidade da ciência aberta (considerando 28).

Congregam-se, assim, na atualidade, as condições necessárias a que os dados decorrentes da investigação científica estejam sujeitos a uma política mais harmonizada em matéria de ciência aberta, a qual será capaz de contribuir para aumentar a qualidade, de reduzir a duplicação desnecessária de investigação, de acelerar o progresso científico e de combater fraudes no domínio científico, favorecendo o crescimento e a inovação, para além de se criarem as condições adequadas a que os dados da investigação científica divulgados sejam cada vez mais fáceis de encontrar, estejam acessíveis e num formato interoperável e possam ser reutilizados, segundo o objetivo FAIR (considerando 27).

3. Dados de investigação científica no contexto da política de ciência aberta

No que diz respeito aos dados de e para investigação científica, a Comissão Europeia sublinhou a necessidade de “facilitar as decisões sobre que dados podem ser utilizados, como e por quem, para efeitos de investigação científica”²³. Para o efeito, a União continuará a promover a disponibilização dos dados resultantes da investigação.

²³ *Ibidem*, p. 13.

Como se sublinhou anteriormente, a União Europeia ainda não se encontrava a explorar todo o potencial de dados pois “[o] acesso aos dados provenientes da investigação financiada por fundos públicos nem sempre [era] aberto”²⁴ e ainda se detetava grande fragmentação da informação, já que as infraestruturas de dados ainda estavam divididas por domínios científicos e económicos e as diversas infraestruturas informáticas também afetavam o processo de descoberta científica, compartimentando e retardando a circulação de conhecimento²⁵.

Posto isto, a política de ciência aberta surge como uma “abordagem ao processo científico que se centra na disseminação do conhecimento assim que este esteja disponível, recorrendo a tecnologia digital e colaborativa”²⁶. Atua ainda como um método de trabalho padrão segundo o qual, “no âmbito dos programas financiados de investigação e de inovação”, é possível verificar-se um aumento da “qualidade, da eficiência e da capacidade de resposta da investigação” realizada²⁷, estimulando que a partilha se concretize o quanto antes e que agentes representativos das autoridades públicas, da indústria, do setor empresarial e da sociedade civil sejam envolvidos no processo de investigação, já que tal pode promover a criatividade e a confiança na ciência desenvolvida.

A política de ciência aberta que hoje se visa assenta na observância de oito ambições:

- i) a existência de dados abertos, pautados pela observância do objetivo FAIR, visando-se que a partilha de dados abertos decorrentes dos resultados da investigação financiada pela União seja o que acontece em regra;
- ii) o desenvolvimento da Nuvem Europeia para a Ciência Aberta;
- iii) a implementação de métricas de nova geração, que resultam de novos indicadores, complementares aos tradicionais, aplicáveis à determinação da qualidade e do impacto da investigação, de

²⁴ *Ibidem*, p. 4.

²⁵ *Ibidem*, p. 5.

²⁶ COMISSÃO EUROPEIA, *Open Science – Research and innovation, Website*, in https://research-and-innovation.ec.europa.eu/strategy/strategy-2020-2024/our-digital-future/open-science_en [acesso: 6.10.2023].

²⁷ *Idem*.

- forma a incorporar o cumprimento e a observância dos objetivos inerentes à política de ciência aberta;
- iv) o estabelecimento de exercícios de mútua aprendizagem em matéria de ciência aberta, designadamente pela realização de encontros para troca de experiências e pela criação de manuais de boas práticas. Neste contexto, devem ser equacionadas algumas possibilidades, como a criação de recompensas para os investigadores que se envolvam na realização de atividades subsumíveis aos objetivos de ciência aberta;
 - v) a discussão em torno do futuro da comunicação académica, uma vez que se percebe que todas as publicações científicas sujeitas à revisão por pares devem ser livremente acessíveis assim como é importante estimular que diferentes resultados da investigação sejam disponibilizados o mais cedo possível;
 - vi) a possibilidade de equacionar recompensas a implementar no sistema de avaliação da carreira de investigação sempre que o perfil em causa demonstre atividades desenvolvidas à luz da política de ciência aberta²⁸;
 - vii) a promoção da integridade da investigação e da reprodutibilidade dos resultados científicos²⁹; e
 - viii) o estímulo à educação e à dotação de novas competências; por um lado, todos os investigadores devem desenvolver as competências necessárias para implementar rotinas e práticas associadas à ciência aberta; por outro lado, o envolvimento dos cidadãos, sendo estes capazes de fazer contributos significativos para a evolução da ciência.

²⁸ Para maiores desenvolvimentos, COMISSÃO EUROPEIA – DIRECTORATE-GENERAL FOR RESEARCH AND INNOVATION, C. CABELLO VALDES, B. RENTIER, E. KAUNISMAA ET AL., *Evaluation of Research careers fully acknowledging open science practices – “Rewards, incentives and/or recognition for researchers practicing Open Science”*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2017, in <https://data.europa.eu/doi/10.2777/75255> [acesso: 6.10.2023].

²⁹ Para maiores desenvolvimentos, COMISSÃO EUROPEIA – DIRECTORATE-GENERAL FOR RESEARCH AND INNOVATION, L. BAKER, I. CRISTEA, T. ERRINGTON ET AL., *Reproducibility of scientific results in the EU – Scoping report*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2020, in <https://data.europa.eu/doi/10.2777/341654> [acesso: 6.10.2023].

A investigação científica é um contexto onde o desenvolvimento de uma economia dos dados pode ter um papel cada vez mais significativo, cabendo a devida densificação da política de ciência aberta: visando desenvolver “um ambiente de confiança, aberto, para a comunidade científica armazenar, partilhar e reutilizar os dados e resultados científicos”, a Comissão Europeia avançou com a criação e a dinamização de uma Nuvem Europeia para a Ciência Aberta (EOSC)^{30 31} assim como pautou a sua atuação pela revisitação do Espaço Europeu de Investigação, além de apostar numa concretização do acesso aberto em matéria de publicações científicas e demais dados usados na investigação.

A Nuvem Europeia para a Ciência Aberta, entre outros objetivos, visou aumentar “a qualidade e o impacto da ciência, a partir dos progressos resultantes do acesso aberto”³² já que se pode reputar como um “ambiente confiável, virtual e federado que ultrapassa fronteiras e disciplinas científicas para armazenar, partilhar, processar e reutilizar objetos digitais decorrentes da investigação (como publicações, dados e *software*) que é fácil de encontrar, acessível, interoperável e reutilizável”³³. Para o efeito, esta Nuvem Europeia agrega partes interessadas, iniciativas e infraestruturas institucionais, nacionais e europeias³⁴.

Por seu lado, o Plano Estratégico 2020-2024 da Direção-Geral de Investigação e Inovação da Comissão Europeia³⁵ avançou algumas sensibilidades em matéria de ciência aberta – e de acesso aberto – a partir das prioridades estabelecidas pela Presidência atual da Comissão Europeia. Assim, no que diz

³⁰ Nuvem Europeia para a Ciência Aberta, Research and Innovation, European Commission, in https://research-and-innovation.ec.europa.eu/strategy/strategy-2020-2024/our-digital-future/open-science/european-open-science-cloud-eosc_en [acesso: 6.10.2023]. Para maiores desenvolvimentos, COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões “Iniciativa Europeia para a Nuvem – Construir uma economia de dados e conhecimento competitiva na Europa”*, Bruxelas, 19.4.2016, COM(2016) 178 final. Do mesmo modo, COMISSÃO EUROPEIA, *Commission Working Staff Document “Implementation Roadmap for the European Open Science Cloud”*, Bruxelas, 14.3.2018, SWD(2018) 83 final.

³¹ COMISSÃO EUROPEIA, “*Iniciativa Europeia para a Nuvem*”, p. 3.

³² *Idem*, p. 3.

³³ COMISSÃO EUROPEIA, *Open Science – Research and innovation, Website*, in https://research-and-innovation.ec.europa.eu/strategy/strategy-2020-2024/our-digital-future/open-science_en [acesso: 6.10.2023].

³⁴ COMISSÃO EUROPEIA, *Open Science – Research and innovation, Website*, in https://research-and-innovation.ec.europa.eu/strategy/strategy-2020-2024/our-digital-future/open-science_en [acesso: 6.10.2023].

³⁵ COMISSÃO EUROPEIA – DIRECTORATE-GENERAL RESEARCH AND INNOVATION, *Strategic Plan 2020-2024*, Ares(2020)5352987, de 8 de outubro de 2020.

respeito à prioridade “Uma Europa preparada para a era digital”, verificou-se que uma ciência de elevada qualidade pode contribuir para uma transformação na Europa, o que justificou a necessidade de revitalizar o Espaço Europeu de Investigação³⁶. Apesar de ter sido lançado em 2000, propondo-se operar como um espaço aberto ao mundo e baseado no Mercado Interno, onde investigadores e conhecimento científico e tecnológico poderiam circular livremente, a verdade é que este sofreu uma necessidade de densificação à luz dos desafios da era digital em que se vive. Posto isto, o novo Espaço Europeu da Investigação visa promover i) a observância dos valores europeus inerentes à investigação e à inovação, ii) o estímulo a um trabalho melhor e iii) o incentivo a um trabalho conjunto³⁷. A promoção de princípios e valores ínsitos ao projeto europeu passa pela continuidade na observância de um padrão ético e de integridade na investigação e na inovação, pelo estímulo à liberdade de investigação científica e pela contínua promoção da igualdade de género e de oportunidades. Por seu lado, sob o chavão “Trabalhar melhor”, promover-se-á a) a livre circulação de investigadores, de pessoal, de conhecimento e de tecnologia, b) a excelência e c) a criação de valor acrescentado com impacto económico e social. Por sua vez, este Espaço também almeja alcançar maior coordenação, coerência e compromisso no seio da investigação e da inovação, para que o que se faz na União tenha uma expressão global, sem obliterar a necessária inclusão e a responsabilidade social³⁸.

Por fim, a política de ciência aberta assume, atualmente, particular visibilidade através do cumprimento das regras de acesso aberto estabelecidas pela União Europeia. O “acesso aberto é uma prática de providenciar acesso em linha a informação científica sem custos associados para o utilizador e que seja reutilizável”, com impacto em duas categorias principais: i) “publicações científicas com revisão por pares (particularmente, artigos científicos publicados em jornais académicos)” e ii) “dados decorrentes da investigação científica: dados que suportam publicações e/ou outros dados

³⁶ *Idem*, pp. 14 e 16.

³⁷ COMISSÃO EUROPEIA – DIRECTORATE-GENERAL FOR RESEARCH AND INNOVATION, *A pact for research and innovation in Europe*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2022, p. 1, in <https://data.europa.eu/doi/10.2777/56361> [acesso: 6.10.2023].

³⁸ *Idem*, p. 1.

(como dados detidos mas decorrentes de bases de dados não publicadas ou de dados não tratados)”³⁹.

Em matéria de acesso aberto, os repositórios funcionam como “servidores de documentos digitais com fontes de informação arquivadas que normalmente atuam no contexto de instituições de ensino superior ou de investigação nos quais a informação científica e académica é depositada e tornada acessível em todo o mundo e sem custos associados”⁴⁰. Afinal, a importância dos repositórios decorre do facto de a própria criação intelectual estar a sofrer uma transformação pelo que o acesso aberto a dados científicos e de investigação acaba por promover um acesso mais equitativo ao conhecimento. Acresce que o financiamento público europeu, em matéria de investigação e inovação, associado quer ao Horizonte 2020, quer ao atual quadro financeiro (de 2021 a 2027) afeto à investigação e à inovação, designado como Horizonte Europa, teve em vista dar cumprimento às exigências em matéria de ciência aberta e, especificamente, de acesso aberto. Neste último, são fixados critérios específicos para avaliação das propostas que verificarão se as mesmas tiveram em consideração a qualidade e adequação das práticas de ciência aberta, no âmbito da metodologia implementada (especificamente, no que diz respeito aos critérios relativos à excelência da proposta)⁴¹. Assim, no âmbito do Horizonte Europa, há quatro das suas partes que se dedicam especificamente a desenvolver políticas de ciência aberta e de acesso aberto:

- i) Na parte relativa às “Infraestruturas de investigação”, este financiamento irá apoiar “o desenvolvimento e a consolidação da Nuvem Europeia para a Ciência Aberta, enquanto uma rede de dados que preenchem os requisitos do objetivo FAIR;
- ii) No âmbito das Ações “Marie Skłodowska-Curie, práticas de ciência aberta serão valorizadas, assim como iniciativas vocacionadas a desenvolver as competências necessárias dos investigadores;

³⁹ COMISSÃO EUROPEIA, *Open Access, Research and Innovation, Website*, in https://research-and-innovation.ec.europa.eu/strategy/strategy-2020-2024/our-digital-future/open-science/open-access_en [acesso: 6.10.2023].

⁴⁰ NIKOS KOUTRAS, *Building equitable access to knowledge through open access repositories*, IGI Global, 2020, p. 2.

⁴¹ COMISSÃO EUROPEIA – DIRECTORATE-GENERAL FOR RESEARCH AND INNOVATION, *Horizon Europe, open science – Early knowledge and data sharing, and open collaboration*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2021, p. 2, in <https://data.europa.eu/doi/10.2777/18252> [acesso: 6.10.2023].

- iii) Na parte relativa ao “alargamento da participação e ao fortalecimento do Espaço Europeu da Investigação”, irão ser valorizadas atividades que prossigam a coordenação e a troca de boas práticas e ferramentas, assim como aquelas que visem o desenvolvimento de guias práticos e de formação. Serão ainda valorizadas propostas tendentes, designadamente, à implementação de alterações institucionais em matéria de ciência aberta e de acesso aberto;
- iv) Por último, a plataforma *Open Research Europe* (ORE) dá a possibilidade aos beneficiários de usar um meio de publicação de elevada qualidade, em acesso aberto, onde a revisão por pares é assegurada, sem qualquer custo associado, durante e depois do período de execução dos seus projetos. Assim, os beneficiários poderão recorrer à plataforma para cumprir as suas obrigações de ciência aberta, como se incentivará a criação de um repositório dos diversos objetos de investigação financiados, que terá caráter multidisciplinar e aberto⁴².

De tudo o que foi desenhado, compreende-se que a política de ciência aberta visa dar consecução, num mundo globalizado e numa sociedade cada vez mais impactada pela dimensão digital e tecnológica, à liberdade das ciências, cabendo equacionar de que forma a sua observância jusfundamental no contexto da União Europeia deverá ser revisitado.

4. Notas conclusivas a partir da liberdade das ciências – liberdade de investigação científica e liberdade académica à luz do artigo 13º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – CDFUE)

No contexto internacional, encontramos algumas disposições convencionais que merecem atenção por terem atuado como referência ao sentido e ao alcance dado ao artigo 13º da CDFUE.

Posto isto, o artigo 27º, nº 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que “[t]odo o ser humano tem direito [...] de participar

⁴² *Idem*, p. 2.

do progresso científico e dos seus benefícios” embora o nº 2 determine que os seus interesses morais e materiais têm de ser protegidos perante qualquer produção científica.

Do mesmo modo, o artigo 15º do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais estabelece que os Estados Partes reconhecem o direito a beneficiar do progresso científico e das suas aplicações [artigo 15º, nº 1, b)] e a beneficiar da proteção dos interesses morais e materiais que decorrem de toda a produção científica [artigo 15º, nº 1, c)]. Para o efeito, os Estados deverão adotar medidas tendentes a assegurar a manutenção, o desenvolvimento e a difusão da ciência (artigo 15º, nº 2) e a respeitar a liberdade indispensável à investigação científica (artigo 15º, nº 3). Assim, apesar de alguma coincidência de redação entre estes dois instrumentos de proteção de direitos humanos, a realidade é que o Pacto parece demonstrar uma maior sensibilidade à necessidade de coleta de dados para a investigação e à realização da sua consequente disseminação⁴³.

O artigo 13º da CDFUE contempla, além da liberdade das artes, a liberdade das ciências (tal como se consegue literalmente deduzir da epígrafe do artigo). Neste contexto, a atividade inerente à investigação científica deve ser livremente exercida, respeitando-se a liberdade académica.

A União Europeia detém competências partilhadas em sede de investigação e de desenvolvimento tecnológico (artigos 4º, nº 3 e 179º e seguintes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE). No entanto, e num desvio à aceção geral do que é uma competência partilhada pela União Europeia e pelos Estados-Membros – aquela segundo a qual quer a União, quer os Estados-Membros podem legislar nestes domínios e adotar atos juridicamente vinculativos, embora os Estados-Membros apenas possam exercer a sua competência na medida em que a União não tenha exercido a sua e apenas a voltam a poder exercer quando a União tenha deixado de atuar naquele domínio (artigo 2º, nº 2 do TFUE) –, no caso em apreço o exercício da competência pela União não prejudica ou impede que os Estados-Membros, querendo, continuem a exercer as suas competências neste domínio. Aliás,

⁴³ Para maiores desenvolvimentos, JESSICA WYNDHAM, “*Scientific freedom: what do human rights have to do with it?*”, July 13th 2010, in <http://concernedscientists.org/2010/07/scientific-freedom-what-do-human-rights-have-to-do-with-it/> [acesso: 6.10.2023].

a Declaração nº 34, anexa aos Tratados, relativa ao artigo 179º do TFUE, especificamente determina que “a ação da União no domínio da investigação e desenvolvimento tecnológico terá devidamente em conta as orientações e opções fundamentais das políticas de investigação dos Estados-Membros”.

No entanto, no que diz respeito à liberdade das ciências, as grandes dificuldades interpretativas e metodológicas têm-se relacionado com a delimitação do seu objeto e dos limites ao seu exercício, especialmente no que diz respeito à intrínseca relação entre a liberdade de investigação científica e a liberdade académica, que compõem o seu núcleo fundamental. Apesar de não poderem ser confundidas, aquelas duas liberdades acabarão por se tocar e relacionar, como veremos *infra*.

Assim, “[q]uanto ao objeto, a liberdade de investigação científica define-se como a possibilidade de determinação do *modus operandi* da pesquisa, ou seja, prende-se com a faculdade de definir os critérios e a metodologia da descoberta do conhecimento, livre de ingerências de qualquer ordem” enquanto a liberdade académica se define “como a faculdade de exprimir livremente a opinião científica formada e de dar a conhecer os progressos científicos através de uma exposição académica, sem sujeição a orientações filosóficas ou ideológicas”⁴⁴. Posto isto, o exercício quer de uma, quer de outra destas liberdades (que compõem o todo relativo à liberdade das ciências) “não deve estar sujeito a impedimentos ou ingerências”⁴⁵.

Já no que diz respeito aos limites ao seu exercício, o Grupo Europeu de Ética Científica e das Novas Tecnologias, através do seu relatório sobre os direitos dos cidadãos e as novas tecnologias, sublinhava que a investigação científica, quando relacionada com a vida humana, demanda a observância de regras deontológicas e éticas estritas⁴⁶, conhecendo a dignidade da pessoa humana como limite imanente. Tal foi deduzido da literalidade do artigo 12º da Declaração das Nações Unidas sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos.

⁴⁴ ALESSANDRA SILVEIRA E JOANA COVELO DE ABREU, *Anotação ao Artigo 13.º da CDFUE – Liberdade das artes e das ciências*, in ALESSANDRA SILVEIRA ET AL., *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, 2013, p. 191.

⁴⁵ *Idem*, p. 191.

⁴⁶ GRUPO EUROPEU DE ÉTICA CIENTÍFICA E DAS NOVAS TECNOLOGIAS, *Droits des citoyens et nouvelles Technologies: un défi lancé à L'Europe*, 23 de maio de 2000.

Ainda assim, as conclusões deste Grupo já proclamavam “o respeito pela independência moral e intelectual dos investigadores, assim como a tomada de medidas positivas, pelas instituições europeias e pelos Estados-Membros, no sentido de permitir e potenciar o exercício livre da investigação científica, inclusivamente daquela que, em primeira instância, não se revela rentável”⁴⁷. Daqui parece resultar, portanto, que “a liberdade de investigação científica – e a criação de condições para que esta liberdade seja plenamente observada – constitui um modo seguro de reafirmação do princípio democrático numa União que se pretende de direito”⁴⁸.

Mais recentemente, a propósito da fixação das medidas em prol da afirmação do princípio democrático no contexto da União, a Comissão Europeia adotou uma Comunicação sobre o plano de ação para a democracia europeia⁴⁹. Neste documento institucional, para além de recordar que “[a] democracia, o Estado de direito e os direitos fundamentais são as fundações em que assenta a União Europeia”, sublinhou que a democracia “permite aos cidadãos definir as leis e políticas públicas a nível europeu, nacional, regional e local”⁵⁰. Para que os cidadãos possam formar as suas opiniões atendendo a uma aceção pluralista e informada, a comunidade académica tem de ser livre para poder contribuir e estimular um “debate aberto, sem interferência maliciosa de entidades nacionais ou estrangeiras”⁵¹. Tal significa, portanto, que a prosperidade da democracia europeia depende de encarar a capacitação dos cidadãos (para a tomada de decisões informadas) como uma prioridade da União; assim, a Comissão depreendeu haver a necessidade de desenvolver uma literacia mediática tendente à promoção de um espírito crítico, visando combater a desinformação e o fornecimento de informações incorretas. Posto isto, “[a]s competências de literacia mediática ajudam os cidadãos a confirmarem as informações antes de as partilharem, a compreenderem quem está

⁴⁷ ALESSANDRA SILVEIRA E JOANA COVELO DE ABREU, *Anotação ao Artigo 13.º da CDFUE*, p. 192.

⁴⁸ *Idem*, p. 192.

⁴⁹ COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, “Plano de ação para a democracia europeia”*, Bruxelas, 3.12.2020, COM(2020) 790 final.

⁵⁰ *Idem*, p. 1.

⁵¹ *Ibidem*, p.1.

por trás dessas informações, o motivo por que são distribuídas e a quem, e se são credíveis”⁵².

Ora, se a literacia é fundamental para estimular a compreensão dos novos desafios colocados à democracia, aquela é promovida “através da educação e da formação, bem como a promoção de debates políticos abertos”, designadamente através de uma educação para a cidadania, estimulando, especialmente nos jovens, competências sociais e cívicas “que lhes permitam ter um espírito de abertura, pensar de forma crítica e participar plenamente nas [...] sociedades diversas”⁵³. Tal só é possível se as liberdades académica e de investigação científica nas instituições de ensino superior forem devidamente garantidas, tendo de estar no centro de todas as políticas de ensino superior desenvolvidas a nível da União⁵⁴.

No mesmo sentido, o Acórdão Comissão Europeia contra Hungria, de 2020⁵⁵, veio interpretar o sentido e alcance da liberdade académica, como estando intrinsecamente relacionada à liberdade da investigação científica: entendeu o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) que “a liberdade académica, tanto na investigação como no ensino, deve garantir a liberdade de expressão e de ação, a liberdade de comunicar informações, bem como a de investigar e difundir sem restrições o saber e a verdade, precisando-se que essa liberdade não se limita à investigação académica ou científica, mas abrange igualmente a liberdade de os universitários exprimirem livremente os seus pontos de vista e as suas opiniões”⁵⁶. Nesta senda, o TJUE considerou que a liberdade académica “comporta igualmente uma dimensão institucional e organizacional, sendo a ligação a uma infraestrutura uma condição essencial ao exercício das atividades de ensino e de investigação”⁵⁷.

Mais recentemente, em setembro de 2023, o Membro do Parlamento Europeu *Christian Ehler*, relator desta instituição para o programa-quadro Horizonte Europa, chamou a atenção para a necessidade de a Comissão Europeia iniciar o procedimento legislativo tendente à adoção de um ato

⁵² *Ibidem*, p. 28.

⁵³ *Ibidem*, p. 28.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 28.

⁵⁵ TJUE, Acórdão Comissão Europeia contra Hungria, processo C-66/18, de 6 de outubro de 2020, ECLI:EU:C:2020:792.

⁵⁶ TJUE, Acórdão Comissão Europeia contra Hungria, considerando 225.

⁵⁷ TJUE, Acórdão Comissão Europeia contra Hungria, considerando 227.

jurídico europeu que proteja a liberdade das ciências na União Europeia. Na sua perspetiva, tal quadro jurídico é essencial de forma a fortalecer a observância do valor do Estado de direito na União Europeia, já que tem verificado que este espaço começa a deixar de ser “um refúgio seguro para académicos”⁵⁸ pois, atualmente, parece que a afetação desta liberdade vai mais longe do que cortes significativos no financiamento público à investigação, carecendo a União de legislação concretizadora em matéria de liberdade das ciências.

Atendendo aos atuais desenvolvimentos e sensibilidades, a política de ciência aberta prosseguida na União Europeia – e com forte impacto nas políticas públicas nacionais em matéria de investigação científica – não parece afetar a liberdade das ciências, tal como a mesma se encontra salvaguardada no artigo 13º da CDFUE e tem sido objeto de interpretação concretizadora pela jurisprudência do TJUE e nos atos de *soft law* das demais instituições europeias.

Na realidade, a liberdade das ciências engloba, como verificámos, a liberdade de investigação científica (que se prende com a faculdade de estabelecer, sem quaisquer constrangimentos ou ingerências, os critérios, a forma e o método a adotar para realizar um percurso científico e chegar a conclusões decorrentes dessa investigação) e a liberdade académica (que se prende com a faculdade de, por um lado, disseminar os resultados da investigação, num contexto institucional e organizacional aberto e plural, e, por outro, decidir quais os melhores canais para promover essa divulgação). Neste prisma, a política de ciência aberta tem-se vocacionado, na União Europeia, a criar diversos mecanismos que, para além de potenciar novas formas e métodos de investigação, designadamente através da concessão de financiamento público baseado em novas dinâmicas e perspetivas, nos mais variados ramos de atividade, também assenta no estabelecimento e melhoramento de canais de comunicação fiáveis, visíveis e amplamente divulgados onde os resultados da investigação podem – e, em alguns casos, devem – ser objeto de disseminação.

⁵⁸ Science Business – Bringing together industry, research and policy, Parliament debates upcoming call for EU legislation on scientific freedom, 19 de setembro de 2023, in <https://sciencebusiness.net/news/universities/parliament-debates-upcoming-call-eu-legislation-scientific-freedom> [acesso: 6.10.2023].

Por sua vez, a maior ingerência da política de ciência aberta poderia prender-se com o facto de se sublinhar a importância de os resultados da investigação serem disponibilizados o quanto antes. No entanto, tal não afeta o núcleo essencial da liberdade de investigação científica e o seu desiderato de ser o investigador que estabelece os seus métodos de trabalho e as formas de promover a investigação ou, ainda, como a disseminação se realiza; na realidade, esta demanda prende-se com a necessidade de estimular o conhecimento científico transsectorial, multi- e interdisciplinar e novas formas de cooperação para o alavancar, para além de permitir que a investigação seja conhecida no imediato, enquanto pode ter maior impacto na sua área de incidência ou noutras, de forma direta ou indireta. Afinal, a velocidade a que o conhecimento é gerado nos dias de hoje já não se compagina com a publicação apenas de resultados consolidados (que, por vezes, tarda largos anos); tal demanda que também os resultados preliminares e alguns silogismos ainda por confirmar possam ser objeto de disseminação e de divulgação, estimulando a consequente discussão científica e académica.

Ora, para que tal seja uma realidade e que académicos e investigadores não resistam a tais desígnios, a apresentação de um quadro normativo que concretize a liberdade das ciências poderá auxiliar a concretizar estas dinâmicas, estabelecendo as condições em que diferentes momentos da investigação poderão ser objeto de divulgação e de tratamento público. Para além disso, caberia ainda regular, num único instrumento, todas as ferramentas que estão hoje ao serviço da ciência e da tecnologia na União Europeia: tal aumentaria a confiança dos investigadores e académicos e permitiria, ainda, uma densificação da jurisprudência do TJUE, quando engloba, no âmbito da liberdade das ciências, uma proteção institucional e organizacional que os investigadores devem ter: para além de serem livres no exercício da lecionação e da pesquisa científica, têm de contar com um ambiente que propicie esse exercício já que, sentindo que a organização onde exercem atividades sofre pressões externas de qualquer ordem, as liberdades que no seu seio têm de ser prosseguidas saem também elas afetadas de forma desproporcionada.

Atualmente, para além do debate em torno de um ato legislativo concretizador da liberdade das ciências, discute-se ainda a forma como a União Europeia pode atuar para atrair e reter talentos no domínio da investigação, da inovação e do empreendedorismo, refletido numa Proposta, da Comissão,

de Recomendação a adotar pelo Conselho sobre o tema⁵⁹. Afinal, muito ainda está por concretizar e que merece amplo debate e consideração, especialmente quando a União atravessa um desafio aos seus valores essenciais – colocado sobretudo por alguns dos seus próprios Estados-Membros –, tendo-se verificado que a sua reafirmação só se conseguirá se uma literacia para a cidadania europeia for densificada, para o que prepondera uma comunidade académica e científica livre e apoiada política e institucionalmente.

⁵⁹ Para maiores desenvolvimentos, COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Recomendação do Conselho relativa a um quadro europeu para atrair e reter talentos no domínio da investigação, da inovação e do empreendedorismo na Europa*, Bruxelas, 13 de julho de 2023, COM(2023) 436 final, 2023/0285 (NLE).

TRIBUTAÇÃO DO RENDIMENTO ATIVO NO CONTEXTO DA CONVENÇÃO MODELO DA OCDE SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO

João Sérgio Ribeiro¹
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.148.17>

Introdução

A fórmula rendimento ativo é raramente utilizada entre nós, sendo com mais frequência utilizada nos Estados Unidos, pelo *Internal Revenue Service*, para fazer referência ao rendimento ativo que pressupõe um envolvimento constante e, portanto, ativo do contribuinte para que o rendimento possa surgir². Esta categorização percebe-se melhor quando contraposta ao rendimento passivo que, contrariamente àquele, não obstante pressupor numa fase inicial um investimento financeiro, a partir do momento em que se tenha concretizado o rendimento passa a ser produzido sem um esforço ativo³.

¹ Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho

² Cfr. IBFD International Glossary, 6.ª edição, IBFD, 2009, p. 314.

³ Cfr. IBFD International Glossary, 6.ª edição, IBFD, 2009, p. 314.

O rendimento passivo compreende os rendimentos dos bens imobiliários, dividendos, juros, *royalties* e pensões.

O ativo, por sua vez, a que dedicaremos a nossa atenção, engloba lucros das empresas, rendimentos do emprego, remunerações públicas, percentagens de membros de conselhos, rendimentos de artistas e desportistas e bolsas atribuídas a estudantes. No esforço de agregação dos vários rendimentos e para uma mais correta sistematização, decidimos aderir a essa classificação transpondo-a também para o nosso contexto jurídico.

Ao longo deste artigo referir-nos-emos à tributação do rendimento ativo, abordando, sucessivamente, cada uma das suas concretizações.

1. Lucros das empresas

1.1. Definições

A formulação *lucros das empresas* não é definida claramente, dado que nem o termo lucro nem o termo empresa são cabalmente definidos.

Na ausência de uma definição precisa de *lucros* na Convenção Modelo da OCDE (CMOCDE), deve-se, portanto, recorrer às normas de direito fiscal interno que definam esse termo. O próprio comentário reforça essa circunstância ao indicar que o termo lucro deve ser entendido de forma lata de modo a incluir todo o lucro gerado pela empresa, em sintonia com a definição que é dada pela maior parte dos Estados da OCDE⁴. Há, contudo, uma certeza relativamente à delimitação do conceito de lucro que é o facto de serem dele excluídos os elementos do rendimento tratados separadamente noutros artigos da CMOCDE⁵, não sendo, por conseguinte, afetadas pela aplicação do artigo 7º⁶. É o que se passa, por exemplo, com os rendimentos suscetíveis de serem incluídos nos artigos 6º, 8º, 10º, 11º, 12º e 13º⁷.

⁴ Cfr. § 71 do comentário ao artigo 7º da CMOCDE.

⁵ As referências que serão feitas aos vários artigos ao longo da exposição, salvo indicação em contrário, dizem respeito às disposições da CMOCDE.

⁶ Cfr. artigo 7º, n. º4, da CMOCDE.

⁷ De notar que o inverso também se pode verificar, designadamente no âmbito dos artigos 10º, n.º 4; 11º, n.º 4 e 12º, n.º 3 da CMOCDE, em que o artigo 7º será o artigo a aplicar.

No que concerne ao termo *empresa*, também não é definido pela CMOCDE. Isto porque, não obstante, o artigo 3º, nº 1, alínea c) da CMOCDE, dizer que o conceito empresa se refere ao exercício de qualquer atividade económica, em rigor não o define. Se dúvidas existissem, o comentário ao artigo 3º diz claramente que não foi tentada uma definição exaustiva do termo empresa⁸.

Por fim, importa ainda clarificar que a expressão *empresa de um Estado contratante* tem um sentido preciso, significando, nos termos do artigo 3º, nº 1, alínea d), *exercício de qualquer atividade económica levada a cabo por um residente de um Estado contratante*.

A redação do artigo não é a mais feliz, potenciando alguma indefinição e consequentes conflitos de interpretação⁹. O conceito de empresa, por exemplo, em línguas como o português, pode significar uma atividade, mas pode igualmente ser confundido com uma sociedade. Curiosamente na primeira parte do artigo 7º, nº 1, emerge essa duplicidade. Quando é expressa a regra geral pode facilmente substituir-se lucros de uma empresa por lucros decorrentes do exercício de uma atividade económica levada a cabo por um residente de um Estado contratante. Já na segunda parte quando se diz «a não ser que a empresa exerça a sua atividade no outro Estado contratante por meio de um estabelecimento estável aí situado» dificilmente se pode substituir o termo empresa por *exercício de qualquer atividade económica*, como resulta da definição do artigo 3º nº 1, alínea c), sob pena de a disposição deixar de fazer sentido. Ficaria *a não ser que o exercício de qualquer atividade económica exerça a sua atividade no outro Estado contratante por meio de um estabelecimento estável aí situado*. Parece que o sentido aqui será o de sociedade ou, diríamos, de pessoa que leve a cabo a atividade empresarial. A equiparação, nesta segunda parte do artigo, entre empresa e sociedade, faria sentido, e não geraria incoerências se estivéssemos perante a CMOCDE nas suas versões anteriores à revisão de 2000, ou uma qualquer convenção que seguisse essas versões. Atualmente, porém, não existe o artigo 14º que se referia a prestação de serviços independentes, ou profissões independentes na tradução

⁸ Cfr. § 4 do comentário ao artigo 3º da CMOCDE.

⁹ Ver João Francisco Bianco, «Profits of an enterprise», in João Sérgio Ribeiro (editor) *International Taxation: New Challenges*, Universidade do Minho Escola de Direito, Braga, 2017. págs. 155-161.

portuguesa mais recorrente, aplicando-se a esse tipo de rendimentos o artigo 7º. Ora, se no passado o artigo 7º se aplicava aos rendimentos empresariais obtidos por sociedades ou entidades equivalentes e o artigo 14º aos rendimentos de feição empresarial obtidos por pessoas singulares, a situação alterou-se. Consequentemente, o artigo 7º, nº 1, na segunda parte da primeira frase, quando se refere a empresa, tem em vista as situações em que a atividade exercida o seja por uma sociedade ou pessoa singular, pelo que o conceito de empresa se deve entender nesse sentido. Melhor seria, em sintonia com a primeira parte da primeira frase do artigo, 7º, nº 1 usar, em vez de *empresa*, simplesmente *empresa de um Estado contratante*. Aí o sentido já seria preciso, evitando toda a necessidade da elucubração exposta. Teria, portanto, como sentido o exercício da atividade económica levada a cabo por um residente de um Estado contratante.

1.2. Âmbito de aplicação

Não obstante as indefinições detetadas, é seguro que a regra geral que decorre do artigo 7º, nº 1, é a de que os lucros de uma empresa de um Estado, isto é os lucros decorrentes do exercício de uma atividade económica levada a cabo por um residente de um Estado contratante, seja pessoa coletiva ou singular¹⁰, só podem ser tributados nesse Estado, a não ser que a empresa - enquanto residente de um Estado contratante que leva a cabo uma qualquer atividade económica - exerça a sua atividade no outro Estado contratante por meio de um estabelecimento estável (EE) aí situado¹¹.

Caso se verifique essa exceção, os lucros, para além de poderem ser tributados no Estado contratante onde é residente quem explora a empresa, poderão também ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem imputáveis a esse estabelecimento estável¹². O artigo 7º, a esse propósito, acrescenta que os lucros que são imputáveis em cada Estado

¹⁰ Dada a eliminação do artigo 14º da CMOCDE.

¹¹ Sobre a noção de Estabelecimento Estável ver João Sérgio Ribeiro, «O Conceito de Estabelecimento Estável à Luz da Convenção Modelo da OCDE: algumas notas acerca do artigo 5º», in *Estudos de Direito Fiscal Internacional*, ELSA-UMinho, 2017, pp. 22-30.

¹² Estando afastado do domínio da CMOCDE o princípio da atração, contrariamente ao que se passa no contexto de certos direitos nacionais que o aplicam de forma total e da Convenção Modelo das Nações Unidas onde há uma aplicação mitigada desse princípio.

Contratante a esse estabelecimento estável são os lucros que este obteria, em particular, nas suas transações com outras partes da empresa, se fosse uma empresa separada e independente envolvida nas mesmas atividades ou em atividades semelhantes nas mesmas condições ou em condições semelhantes¹³. Procura-se, por conseguinte, aplicar também às relações do EE com a sociedade de que faz parte o princípio da independência (*arms's length principle*). Esta solução é naturalmente relevante, tal como resulta da letra do próprio artigo 7º, nº 2, tanto para o Estado da fonte onde se verifica a existência do EE, como para o Estado da residência para determinar a forma como compensará a dupla tributação no âmbito dos artigos 23ºA ou 23º B. Entendemos que os princípios da OCDE aplicáveis em matéria de preços de transferência se devem utilizar também para determinar o lucro imputável ao EE¹⁴.

Pode acontecer, no entanto, que o sujeito detentor do EE não respeite os requisitos do artigo 7º, nº 2. Ora, nesta situação, no mesmo artigo prevê-se que o Estado da fonte possa ajustar os lucros suscetíveis de serem atribuídos ao EE e, conseqüentemente, a tributação que sobre eles incida. Ora, nestas situações, dado que esses lucros já podem ter sido tributados no Estado da residência, este Estado deve, na medida do necessário para eliminar a dupla tributação sobre estes lucros, proceder a um ajustamento adequado do montante do imposto que incidiu sobre esses lucros. Podendo estes ajustamentos levar a que haja uma consulta entre os Estados contratantes¹⁵.

1.3. Empresas associadas

Sempre que estejam em causa duas empresas associadas e estas, nas suas relações comerciais ou financeiras estiverem ligadas por condições aceites ou impostas que difiram das que seriam estabelecidas entre empresas independentes, os lucros que se não existissem essas condições teriam sido obtidos

¹³ Cfr. Artigo 7º, nº 2 da CMOCDE.

¹⁴ Sobre o assunto, ver Michael Lang, *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*, 3ª edição, Linde internacional, IBFD, 2021, p. 66; Jorge Manuel Santos Lopes de Sousa, «What future for the attribution of profits to permanent establishments?», in João Sérgio Ribeiro (editor), *International Taxation: New Challenges*, Universidade do Minho Escola de Direito, Braga, 2017, págs. 115-134.

¹⁵ Cfr. Artigo 7º, nº 3 da CMOCDE.

por uma das empresas, mas não foram por causa dessas condições, podem ser incluídos nos lucros dessa empresa e, conseqüentemente, tributados.

Em sintonia com o que se passa no contexto da determinação dos lucros imputáveis ao EE, também na relação entre as empresas associadas se aplica o princípio da independência, com reflexos no cômputo dos lucros. Há, portanto, uma simetria entre o artigo 7º, nº 2 e o artigo 9º, nº 2. Também neste último artigo se prescreve que um Estado contratante, ao incluir nos lucros de uma empresa explorada por um seu residente (tributando em conformidade) os lucros pelos quais uma empresa associada do outro Estado contratante tiver sido tributada neste outro Estado, deve considerar como lucros que lhe acrescem aqueles que teriam sido obtidos pela empresa explorada pelo seu residente se as condições impostas entre as duas empresas tivessem sido as condições que teriam sido estabelecidas entre empresas independentes¹⁶. Nestes casos, o outro Estado de onde advêm os lucros poderá proceder ao ajustamento adequado do montante de imposto aí cobrado sobre os lucros referidos. Por ocasião desse ajustamento deverão ser tomadas em consideração as outras disposições da CMOCDE, podendo haver consultas entre as autoridades competentes dos Estados contratantes envolvidos¹⁷.

Tudo o que se afirmou pressupõe, necessariamente, que as empresas estejam na condição de empresas associadas, o que ocorrerá sempre que uma empresa de um Estado contratante participar, direta ou indiretamente, na direção, no controle ou no capital de uma empresa do outro Estado contratante; ou, alternativamente, as mesmas pessoas participarem, direta ou indiretamente, na direção, no controle ou no capital de uma empresa de um Estado contratante e de uma empresa do outro Estado contratante¹⁸.

¹⁶ A afirmação do princípio da independência também se faz sentir noutros tipos de rendimentos, designadamente no âmbito dos juros, como decorre do artigo 11º, nº 6 da CMOCDE e no contexto das *royalties*, como atesta o artigo 12º, nº 4, da CMOCDE.

¹⁷ Cfr. Artigo 9º, nº 2 da CMOCDE.

¹⁸ Cfr. Artigo 9º, nº 1 da CMOCDE.

1.4. O caso específico da navegação internacional e transporte aéreo

Estão fora do âmbito de aplicação do artigo 7º os lucros das empresas de navegação internacional e transporte aéreo. O que, aliás, está em sintonia com o artigo 7º, nº 4, que diz que os lucros que sejam regulados por outras disposições da convenção, não serão afetados pelo que decorre do artigo 7º.

É o artigo 8º que disciplina o enquadramento a dar aos lucros dessas empresas. O transporte refere-se quer a pessoas quer a mercadorias por via aérea ou de barco, desde que seja internacional, ou seja, levado a cabo entre países.

A expressão *tráfego internacional* significa, portanto, qualquer transporte por navio ou aeronave, exceto se o navio ou aeronave for explorado somente entre locais situados num dado Estado contratante e a empresa que opera o navio ou aeronave não for uma empresa desse Estado¹⁹.

Contrariamente ao que se passa com os lucros referentes a outro tipo de empresas, no caso dos lucros das empresas de navegação e transporte aéreo internacionais é irrelevante se existe ou não EE no Estado da fonte, na medida em que a tributação ocorre unicamente no Estado de onde é a empresa. Já vimos que a expressão *empresa de um Estado contratante* significa uma empresa explorada por um residente de um Estado contratante²⁰. Será, portanto, o Estado onde é residente quem explora a empresa que terá a tributação exclusiva - mesmo nas situações em que os lucros sejam provenientes da participação num agrupamento, numa exploração em comum ou num organismo internacional de exploração²¹.

2. Rendimentos do emprego

2.1. Definição

Os rendimentos podem revestir a forma de salários, ordenados e remunerações similares²². Há, portanto, uma grande abrangência, sendo sobretudo

¹⁹ Cfr. artigo 3º, nº 1, alínea e) da CMOCDE.

²⁰ Cfr. 3º, nº 1, alínea d), da CMOCDE.

²¹ Cfr. Artigo 8º, nº 2 da CMOCDE.

²² As remunerações englobam os benefícios em espécie, como por exemplo as *stock options*. Cfr. § 2.1 do comentário ao artigo 15º da CMOCDE.

determinante que essas formas de remuneração traduzam uma ligação à disponibilização da força de trabalho, isto é, que sejam relativas ao emprego.

Tal como acontece relativamente a outros conceitos que surgem na CMOCDE, o conceito de emprego não é definido, cabendo a sua delimitação essencialmente ao direito interno, nos termos do artigo 3º, nº 2. Isto sem prejuízo de, no âmbito da distinção que é feita no comentário ao artigo 15º entre emprego e prestação de serviços, serem avançados elementos muito importantes no que respeita à delimitação do conceito de emprego. Destacaríamos a existência de um contrato, ou situações equiparáveis onde existe, por regra, uma subordinação económica e legal. No que respeita à primeira forma de subordinação verifica-se que o trabalho prestado pelo trabalhador é integrado na atividade do empregador, sendo este que assume a responsabilidade pelos riscos do trabalho prestado²³. Ainda no âmbito económico o trabalhador cria uma dependência (económica) relativamente à retribuição que lhe é paga. No plano legal, o empregador tem direitos sobre o trabalho prestado, tendo por isso autoridade para instruir e controlar o trabalhador. Podem ainda ser considerados vários indícios como: quem suporta as remunerações, quem é proprietário dos instrumentos de trabalho, quem determina as qualificações exigidas, férias e horário de trabalho, entre outros²⁴.

2.2. Âmbito de aplicação

A eliminação da dupla tributação que recai sobre rendimentos do emprego é feita através do artigo 15º. Importa, no entanto, assumir que esta disposição é uma lei geral (*lex generalis*) que cede perante disposições mais específicas (*lex specialis*) como os artigos: 16º (Percentagens de membros de conselhos), 17º (Artistas e Desportistas); 18º (Pensões) e 19º (Remunerações Públicas).

O artigo 15º, nº 1, fixa como regra geral que os rendimentos do emprego são tributados unicamente no Estado da residência do trabalhador, independentemente do local onde são obtidos ou, até, de quem os paga. Isto é, a competência é exclusiva do Estado da residência do trabalhador. Esta

²³ Cfr. § 8.13 do comentário ao artigo 15º da CMOCDE.

²⁴ Cfr. § 8.14 do comentário ao artigo 15º da CMOCDE.

regra, no entanto, conta com uma exceção quando o trabalhador exerça a sua atividade num outro Estado contratante, situação em que as remunerações correspondentes a esse trabalho poderão aí ser tributadas. Decorre do comentário que o emprego será exercido no outro Estado quando o trabalho tiver aí uma presença física²⁵. Esta exceção à regra pressupõe, no entanto, que exista um certo grau de conexão com o Estado da fonte, para além da mera presença física, sob pena de não se considerar que o trabalho é aí exercido. Razão, pela qual o artigo 15º, nº 2, reverte esta exceção, considerando que, não obstante existir presença física, a tributação será, ainda assim, feita exclusivamente no Estado da residência, se forem verificadas cumulativamente as seguintes três condições:

- o beneficiário permaneça no outro Estado durante um período ou períodos que não excedam, no total, 183 dias em qualquer período de doze meses com início ou termo no ano fiscal em causa;
- as remunerações forem pagas por uma entidade patronal, ou em nome de uma entidade patronal, que não seja residente do outro Estado;
- as remunerações não forem suportadas por um EE ou por uma instalação fixa que a entidade patronal tenha no outro Estado.

No que concerne à primeira condição, é necessário fazer, sobretudo, duas clarificações. A primeira traduz-se no facto de, para aplicar a regra dos 183 dias, se contarem todos os dias de presença física, incluindo o dia da chegada, dia da partida, sábados, feriados, dias de folga, baixa por doença, dias de férias, antes, durante ou depois do trabalho, ainda que só tenha havido presença durante uma parte do dia. Ficando, neste contexto, excluídos os dias de presença que correspondam ao trânsito entre o Estado de atividade e um Estado terceiro²⁶. A segunda clarificação vai no sentido de salientar que pode haver tributação na fonte, isto é, no Estado de atividade, quer no ano fiscal

²⁵ Cfr. § 1 do comentário ao artigo 15º da CMOCDE.

²⁶ Cfr. § 5 do comentário ao artigo 15º da CMOCDE.

da chegada quer no da partida²⁷. Assim, se um trabalhador permanecer 183 dias entre 1 de dezembro de 2021 e 30 de novembro de 2022, tanto cumpre o requisito para ser tributado pelos rendimentos que obtenha nesse Estado no ano 2021 como no ano 2022.

A segunda condição também requer algumas considerações adicionais, que sem esgotar a temática, julgamos ser relevante fazer. Temos em mente, concretamente, a tomada de consciência de que esta condição pode ser usada com um intuito abusivo de evitar a tributação no Estado da fonte. Com efeito, para evitar a tributação dos salários nos países onde é prestado o trabalho, utiliza-se por vezes abusivamente a subcontratação internacional de mão-de-obra. Assim, um empresário do Estado A que deseje empregar mão-de-obra do país B durante menos de 183 dias, em lugar de realizar ele mesmo os contratos, procura um intermediário residente no país C. O dito intermediário contrata os trabalhadores e posteriormente cede-os ao empresário do Estado A. Este último não paga salário, mas apenas uma contraprestação pela cedência de trabalhadores, sendo o salário pago pelo residente no país C. Consegue-se, assim, que os salários sejam pagos por um empresário que não é residente no país em que o trabalho é prestado (nem aí tem estabelecimento estável), o que de acordo com a CMOCDE impede o país da fonte de tributar os salários. O potencial abuso da alínea b) do artigo 15º, nº 2, foi tratado pelo comité de assuntos fiscais da OCDE no *International Hiring-Out of labour report* de 1984 e refletido no comentário, onde se sugere, para contrariar essa prática, que bilateralmente se crie uma disposição que considere como empregador o cessionário de mão-de-obra (e não o intermediário, cedente de mão de obra), no caso de se detetar uma prática abusiva. Para isso deve ser determinado se é o cessionário que dá instruções aos trabalhadores, se o local de trabalho é por ele controlado, se é ele quem proporciona o material e as ferramentas, se o intermediário cobra em função do salário do empregado e outros indicadores semelhantes²⁸. Deve, portanto, dar-se prevalência à substância em detrimento da forma. Na realidade, o problema radica na existência ou não de uma simulação que se traduza na ideia de fazer aparecer como empregador uma pessoa não residente no país onde se presta efetivamente o trabalho.

²⁷ Cfr. § 4.1 do comentário ao artigo 15º da CMOCDE.

²⁸ Cfr. § 8.3 do comentário ao artigo 15º da CMOCDE.

Por fim, a terceira condição implica que se esclareça que a circunstância de as despesas não serem suportadas por um EE, ou instalação física, significa que os salários não são considerados gastos dedutíveis para o EE no país onde é prestado o trabalho. Pois, se assim não fosse, seria lógico que as retribuições fossem tributadas no país onde fossem consideradas como custos dedutíveis.

A técnica legislativa não nos parece ser a melhor. Seria preferível formular o artigo pela positiva, o que permitiria uma aplicação mais fácil²⁹. Isto é, em vez de dizer que a tributação pode ser feita tanto na residência como no Estado da fonte onde está fisicamente o trabalhador, e que a possibilidade de haver tributação na fonte cairia, havendo unicamente tributação no Estado da residência, se se verificarem cumulativamente as condições negativas que explanámos; seria uma opção mais adequada a formulação seguinte. Haverá tributação no país onde o trabalhador está fisicamente desde que se verifique, alternativamente, uma das seguintes condições:

- o beneficiário permaneça no outro Estado durante um período ou períodos que excedam, no total, 183 dias em qualquer período de doze meses com início ou termo no ano fiscal em causa;
- as remunerações forem pagas por uma entidade patronal ou em nome de uma entidade patronal que seja residente do outro Estado;
- as remunerações forem suportadas por um estabelecimento estável ou por uma instalação fixa que a entidade patronal tenha no outro Estado.

Na prática já é isso que ocorre, pois basta que uma das condições cumulativas afirmadas pela negativa não se verifique para cair a exceção e haver tributação no Estado da fonte. Seria preferível, apesar de tudo, formular logo o artigo diretamente dessa forma.

A regra geral de tributação unicamente no Estado da residência do trabalhador, não sofre, todavia, qualquer exceção, mesmo que as condições a que nos vimos referindo se verifiquem quando, tal como prevê o artigo 15º,

²⁹ Alberto Xavier adota esta abordagem. Ver Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, p. 620.

nº 3, estão em causa as remunerações de um emprego levado a cabo por um residente de um Estado contratante exercido a bordo de um navio ou de uma aeronave explorados no tráfego internacional. Impondo-se, no entanto, que essas atividades não decorram somente dentro do outro Estado contratante. Apesar de não figurar no texto da própria CMOCDE, como acontece com a situação a que nos acabámos de referir, seguem o mesmo regime, ou seja, são tributados apenas no Estado da residência os rendimentos que são obtidos pelos trabalhadores transfronteiriços quando as convenções em concreto, como acontece frequentemente, assim o preveem³⁰.

2.3. O caso especial das remunerações públicas

O artigo 19º estabelece um princípio geral no sentido de que os salários, vencimentos e outras remunerações similares pagas por um Estado contratante, ou por uma sua subdivisão política ou autarquia local³¹, a uma pessoa singular, em consequência de serviços prestados a esse Estado, ou a uma subdivisão ou autarquia desse Estado, só podem ser tributadas nesse Estado. Prevalecendo, conseqüentemente, não só sobre o regime decorrente do artigo 15º que acabámos de analisar, mas também sobre o que decorre dos artigos 16º e 17º, que abordaremos mais à frente. Nesses casos há uma tributação exclusiva no Estado da fonte, solução pouco frequente no domínio da aplicação das disposições da CMOCDE.

A regra geral de tributação exclusiva no Estado devedor dos rendimentos, ou de que faça parte uma sua subdivisão política ou autarquia local devedora dos rendimentos, não se aplica se os serviços forem prestados no outro Estado por uma pessoa singular aí residente e que seja simultaneamente sua nacional ou então, alternativamente, quando não tenha a nacionalidade desse Estado, sendo aí residente, não tenha assumido essa condição (de residente) só para o efeito de prestar os ditos serviços³².

³⁰ Ver, como exemplo, a Convenção Portugal / Espanha, art.15, nº 4.

³¹ As remunerações pagas pela União Europeia não são, por conseguinte, abrangidas por este artigo.

³² Cfr. artigo 19º, nº 1, alínea b), da CMOCDE.

Este artigo não se aplica, contudo, se o Estado, ou uma sua subdivisão política ou autarquia local, ao pagar ao pagar os serviços prestados, desenvolver uma atividade comercial ou industrial³³ em termos semelhantes aos empregadores privados, como acontece, por exemplo, no âmbito de empresas públicas que atuam no mercado, muitas vezes em concorrência com empresas privadas³⁴.

3. Percentagens de membros dos conselhos ou membros dos órgãos sociais

3.1. Definição

O artigo 16º aplica-se às remunerações recebidas por um residente de um Estado contratante, sejam pessoas singulares ou coletivas, na qualidade de membros dos conselhos de administração ou outros órgãos sociais de uma sociedade residente no outro Estado contratante. As remunerações aqui consideradas devem ser entendidas num sentido lato, abrangendo, portanto, benefícios em espécie e outras vantagens acessórias.

3.2. Âmbito de aplicação

Decorre do artigo 16º que pode haver tributação no Estado da residência dos membros dos conselhos e no Estado da sociedade a que pertence o conselho de administração ou outro órgão social, cabendo ao primeiro, caso haja aí tributação, eliminar a dupla tributação.

O artigo 16º é uma disposição especial que se sobrepõe à regra geral de tributação dos rendimentos do trabalho que de corre do artigo 15º. O mesmo acontecendo relativamente ao artigo 19º, sempre que o Estado ou uma sua subdivisão política ou autarquia local, ao pagar os serviços prestados, o fizer no âmbito de uma atividade comercial ou industrial.

³³ Cfr. artigo 19º, n.º 3, da CMOCDE.

³⁴ Segundo Vogel não é necessário que essa atividade seja desenvolvida em regime de concorrência ou com fins lucrativos. Cfr. Klaus Vogel, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 3.ª edição, Kluwer Law, London, 1997, p. 1047.

O artigo 16º é uma disposição bilateral, na medida em que só se aplica quando um residente de um Estado contratante obtém remunerações de uma sociedade do outro Estado contratante. Consequentemente, se a remuneração for paga por uma sociedade de um Estado terceiro aplica-se o artigo 15º.

O artigo 16º é especialmente útil e prático na medida em que fixa como Estado da fonte o Estado da residência da sociedade a que pertence o conselho de administração, permitindo ultrapassar a nem sempre fácil determinação do local onde foram prestados os serviços, ficando assim resolvida essa questão.

4. Artistas e desportistas

4.1. Âmbito de aplicação

Como regra geral o artigo 17º, nº 1, determina que os rendimentos dos profissionais de espetáculo tais como artistas de teatro, cinema, rádio ou televisão, ou músicos, bem como os dos desportistas provenientes das suas atividades exercidas nessa qualidade podem ser tributados no Estado onde as atividades foram exercidas, isto é, no Estado da fonte.

Estes profissionais podem, no contexto do artigo analisado, ser, por conseguinte, tributados quer no Estado da residência quer no Estado da fonte, sendo a tributação na fonte ilimitada, isto é, feita sem limitações.

Apesar de o artigo fazer uma exemplificação do que podem ser profissionais de espetáculo, não avança com uma definição. O mesmo se diga relativamente ao conceito de desportista, relativamente ao qual nem sequer se faz uma exemplificação. Neste último caso decorre do comentário³⁵ que a definição de desportista não abrange apenas os participantes em atividades tradicionais, como corredores, nadadores, entre outros, mas também os que participam em atividades como o golfe, futebol, ténis, cricket, pilotagem de automóveis, entre outras.

Entendemos que o determinante na classificação de uma atividade como de espetáculo é a sua natureza «performativa», isto, é o facto ter um carácter público³⁶. O mesmo valendo para a classificação como atividade

³⁵ Cfr. §5, do comentário ao artigo 17º da CMOCDE

³⁶ Cfr. § 4, do comentário ao artigo 17º da CMOCDE, parte final.

desportiva, dada a necessidade de que estas atividades sejam de entretenimento³⁷. Ora, o entretenimento pressupõe, parece-nos, uma atuação pública³⁸. Não basta, por conseguinte, a simples presença no espetáculo ou evento desportivo, sendo necessário que exista uma exibição efetiva como artista ou desportista³⁹. Estamos convencidos, além disso, de que a presença do artista ou desportista no Estado da fonte, à semelhança do que decorre do artigo 15º, nº 1, deveria ser física ou, pelo menos, dirigida especialmente ao público do Estado da fonte, sob pena de, caso se considerem atuações feitas indiretamente, por exemplo, através da rádio, televisão e até internet, as dificuldades de aplicação do artigo 17º serem, na nossa perspetiva, inultrapassáveis⁴⁰.

4.2. Rendimentos abrangidos

São abrangidos todos os rendimentos obtidos na qualidade de artistas ou desportistas, independentemente, por um lado, de serem recebidos no contexto do exercício da profissão a título dependente ou independente, e por outro, de serem recebidos direta ou indiretamente. Por outras palavras, desde que o rendimento seja derivado da exibição do artista ou desportista, não importa se o pagamento é feito diretamente ao artista ou desportista (seu empresário ou agente⁴¹), ou se é feito através de um salário que cubra a atividade geral do artista ou desportista, incluindo as atuações públicas no estrangeiro. É o que se passa, designadamente, com os músicos que pertencem a orquestras e os desportistas que pertencem a equipas. Nestas situações, o Estado da fonte tem direito à proporção do salário que se refira à atuação que tenha tido lugar no seu território. Importa ainda salientar que é irrelevante quem paga esses rendimentos, estando abrangidos, por exemplo, os prémios pagos por federações nacionais⁴².

³⁷ Cfr. § 6, do comentário ao artigo 17º da CMOCDE.

³⁸ No mesmo sentido Pasqual Pistone e Erich Schaffer, *Entertainers According to Art 17 OECD Model Convention*, in Lang et al (Eds), *The OECD – Model-Convention and its Update 2014*, Linde, Viena, 2015, p. 54.

³⁹ Cfr. § 9.1, do comentário ao artigo 17º da CMOCDE.

⁴⁰ Cfr. Erich Schaffer, *Domestic Attribution of Income and Taxation of International Entertainers and Sportspersons: Theory and Practice of Art. 17 OECD Model Convention*, European and International Tax Law Policy Series, IBFD, Amsterdão, 2017, p. 52.

⁴¹ Pois, pode acontecer que a remuneração não seja paga diretamente ao executante, mas ao empresário ou agente.

⁴² Cfr. § 6, do comentário ao artigo 17º da CMOCDE.

Verifica-se, por conseguinte, que o artigo 17º surge como uma exceção aos artigos 7º⁴³ e 15º, sobrepondo-se-lhes.

4.3. Rendimentos excluídos

Nem todos os rendimentos obtidos pelos artistas e desportistas são reconduzidos ao artigo 17º.

Desde logo os rendimentos recebidos pelos empresários para promoverem a apresentação do artista ou desportista, por se enquadrarem no artigo 7º e estarem fora do âmbito do artigo 17º. Isto sem prejuízo de os rendimentos que recebem por conta do artista ou desportista serem contemplados pelo artigo de que tratamos⁴⁴.

Estão também fora do âmbito da aplicação do artigo *royalties*, direitos publicitários ou de patrocínio, sempre que não exista uma relação próxima entre os rendimentos e um espetáculo dado pelo artista ou desportista, sendo, em regra, aplicáveis outros artigos, designadamente o artigo 12º e o artigo 7º. Considera-se que não existe uma relação próxima entre a obtenção desses rendimentos e a exibição feita pelo artista e desportista se, na ausência da exibição, esse rendimento teria surgido. Por norma se as *royalties* relevam normalmente mais para o artigo 12º do que para o 17º; no que respeita aos rendimentos obtidos pela publicidade e patrocínio estes são normalmente reconduzidos ao artigo 17º, dependendo, sobretudo, dos termos contratuais que regulam a sua atribuição⁴⁵.

De salientar que os pagamentos recebidos no caso de cancelamento de um espetáculo estão também fora do âmbito de aplicação do artigo 17º, sendo aplicável o disposto no artigo 7º ou 15º, consoante o caso⁴⁶.

Por último, importa salientar que quando os artistas e desportistas estejam ao serviço de um Estado e sejam pagos por esse Estado, a tributação

⁴³ Na versão de 2014 da CMOCDE o artigo 17º, nº 1 deixou de dizer expressamente que o artigo 17º é uma exceção ao artigo 7º, mantendo apenas a referência ao artigo 15º. Entendemos que essa alteração tem em vista evitar repetições, dado que o artigo 7º, nº 4 já fazia, continuando a fazer essa referência. O mesmo não acontecendo com o artigo 15º, o que justifica que se mantenha a menção de que o artigo 17º é uma exceção relativamente àquele. O texto do comentário reforça este entendimento ao continuar a referência ao artigo 7º.

⁴⁴ Cfr. § 7, do comentário ao artigo 17º da CMOCDE.

⁴⁵ Cfr. § 9, do comentário ao artigo 17º da CMOCDE.

⁴⁶ Cfr. § 9, do comentário ao artigo 17º da CMOCDE, parte final.

desse rendimento é determinada nos termos do artigo 19º se esses serviços forem exercidos fora do âmbito empresarial⁴⁷. Caso contrário o enquadramento poderá ser o artigo 17º.

4.4. Pagamento a terceiros

Até 1977 não existia o artigo 17º, nº 2, pelo que em que situações em que o pagamento não fosse feito ao artista ou desportista, mas a uma terceira pessoa, e a legislação do país da fonte não permitisse abstrair da existência dessas entidades (empresários ou agentes) para tratar os rendimentos como revertendo diretamente para os indivíduos (*look through approach*)⁴⁸, esses rendimentos não poderiam ser aí tributados. Nem sequer como lucro de uma eventual empresa, em circunstâncias em que não existisse estabelecimento estável.

A leitura do parágrafo 11 do comentário ao artigo parece indiciar que, mesmo na ausência do artigo 17º, nº 2, e desde que o Estado da fonte tivesse uma disposição nacional que permitisse desconsiderar o terceiro que recebesse os rendimentos do artista ou desportista, essa forma de tributação já poderia ocorrer. O que levaria a que, para esses Estados, o artigo 17º, nº 2, não trouxesse nada de novo. Esta constatação tem ainda potencial para levar a pensar que o artigo 17º, nº 2, sob pena de ser redundante, teria como propósito permitir o *look through approach* mesmo aos Estados que não tivessem esse tipo de disposições no direito interno. Uma interpretação deste tipo poria, todavia, em causa a regra de que as convenções servem para restringir o poder tributário dos Estados, não para lhes conferir um poder tributário de que não disponham. O entendimento que se nos afigura mais indicado, deve ir no sentido de que a aplicação do artigo 17º, nº 2, depende do direito nacional dos Estados envolvidos, não constituindo uma norma de atribuição autónoma de competência, mas uma norma de aceitação de uma eventual regra nacional⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. artigo 19º, nº 3, da CMOCDE, *a contrario*.

⁴⁸ Da redação do §11, do comentário ao artigo 17º da CMOCDE, parece poder-se inferir que o artigo 17º, nº 1 permite que o Estado onde se realizou o espetáculo tribute o rendimento recebido pela entidade em nome do indivíduo, relativamente a esse espetáculo, ainda que esse rendimento não lhe seja efetivamente pago sob a forma de remuneração.

⁴⁹ Cfr. Erich Schaffer, *Domestic Attribution...*, *op. cit.*, págs. 97-98.

Entendemos que o artigo 17º, nº 2, é ainda assim, importante, pois materializa no corpo do próprio artigo e, por consequência, no texto da convenção, uma ideia que tinha apenas consagração no comentário com todas as limitações que daí decorreriam. Não é, obviamente, a mesma coisa consagrar uma solução no comentário ou no texto da própria convenção.

Com o surgimento do artigo 17º, nº 2 passa, por conseguinte, a ser possível para o Estado da fonte tributar os rendimentos obtidos pelos artistas e desportistas, mesmo nas situações em que estes são pagos a terceiros.

Inicialmente o artigo tinha em vista apenas as situações de abuso, envolvendo as vulgares sociedades de artistas, muitas vezes situadas em paraísos fiscais. O esquema típico implicava que a remuneração relativa ao serviço prestado por um artista ou desportista não fosse paga ao próprio, mas a uma sociedade de artistas, situada num paraíso fiscal e detida maioritariamente pelo artista ou desportista. Conseguindo-se, assim, que o rendimento não fosse tributado no Estado onde era exercida a atividade, nem como remuneração pessoal do artista ou do desportista pela prestação dos seus serviços, nem como lucros da empresa, dada a ausência de estabelecimento estável.

A partir de 1992 o artigo passa a aplicar-se a todas as situações em que há um pagamento a uma terceira pessoa, independentemente da existência de abuso, incluindo os pagamentos feitos a empresas que organizem as atuações ou a equipas, grupos ou orquestras. Apesar deste alargamento do âmbito de aplicação do artigo 17º, nº 2, nem todos os Estados aceitam esse entendimento. O Canadá, Suíça e os Estados unidos fizeram uma reserva no sentido de que este artigo se aplica unicamente em casos de abuso⁵⁰.

O artigo 17º, nº 2, contrariamente ao 17º, nº 1, que se aplica quando o pagamento é feito ao artista ou desportista, só tem aplicação quando o pagamento não é feito a estes, mas a terceiros. É concebível, ainda assim, que através do 17º, nº 2, se consiga tributar aquela parte do rendimento do artista que, por qualquer motivo, não lhe foi paga na sua totalidade, mas a um terceiro.

⁵⁰ Cfr. Erich Schaffer, *Domestic Attribution...*, *op. cit.*, p. 56.

5. Estudantes

5.1. Definição

O artigo 20º aplica-se a remunerações recebidas por um estudante ou estagiário para fazer face, somente, a despesas de manutenção, estudos ou formação. Pelo que se houver remunerações devidas pela prestação de trabalho cobertas pelo artigo 15º ou prestações de serviços de forma independente, suscetíveis de serem reconduzidas ao artigo 7º, será cada uma dessas disposições a ser aplicada. Para evitar abusos no que respeita à categorização dos rendimentos suscetíveis de serem reconduzidos ao artigo 20º, estes não podem, portanto, exceder as despesas que são normalmente necessárias para financiar os estudos ou estágio.

5.2. Âmbito de aplicação

De acordo com o artigo 20º os pagamentos recebidos pelo estudante ou estagiário que se encontre num Estado contratante com o propósito de desenvolver aí essas atividades, desde que tenham origem fora dessa Estado, não poderão ser nele tributados. Importa, portanto, salientar que esta disposição apenas se aplicará a pagamentos que tenham origem fora do Estado onde o estudante ou estagiário está presente e com o único objetivo de desenvolver os seus estudos ou realizar o estágio. Pois, se os pagamentos forem feitos no Estado onde se encontra a estudar ou a realizar o estágio poderão ser abrangidos por outras disposições da CMOCDE⁵¹, podendo ser tributados no Estado de onde se deslocou o estagiário ou estudante, se continuar a ser aí residente⁵², ou, eventualmente, no Estado onde está a estudar ou a estagiar se tiver assumido aí a condição de residente.

Em rigor, o sujeito passivo não tem de ser residente em qualquer um dos Estados contratantes, embora, o mais provável é que assuma essa condição no Estado onde estuda ou realiza o estágio, ou até que não perca essa condição no Estado de onde se deslocou. O que o artigo 20º exige para efeitos

⁵¹ Por exemplo o artigo 15º da CMOCDE ou na impossibilidade de aplicação deste artigo, o artigo 21º, nº 1 da CMOCDE.

⁵² Cfr. § 4, do comentário ao artigo 20º da CMOCDE.

de aplicação é que o sujeito passivo tenha sido residente num Estado contratante *imediatamente* antes de se deslocar para o Estado onde realiza o estágio ou estudo. O propósito é, precisamente, evitar que alguém que tenha sido alguma vez residente num Estado contratante e que antes de mudar para o outro Estado contratante onde realizará o estudo ou estágio, tenha sido residente num Estado terceiro (não contratante) tire partido o artigo 20º da Convenção entre o Estado contratante onde foi residente no passado e o Estado contratante onde realiza o estudo ou estágio.

Conclusão

Percorridos os rendimentos suscetíveis de serem reconduzidos ao conceito de rendimento ativo, constatamos que não existe unidade no que respeita às soluções que deles decorrem, sendo, no entanto, possível identificar alguns padrões.

Constata-se, desde logo, uma nota comum que se traduz no facto de, por regra, a tributação ser feita no Estado da residência do sujeito passivo. Só assim não ocorrendo no que se refere à tributação das remunerações públicas, que ocorre, salvo algumas situações especiais, unicamente no Estado da fonte. Também no que concerne à tributação dos estudantes a regra também não será a tributação na residência, dado que, em rigor, o sujeito passivo não tem de ser residente em qualquer um dos Estados contratantes.

No que respeita à tributação no Estado da fonte esta é possível, mediante o cumprimento de certos requisitos específicos, no caso dos lucros empresariais e rendimentos do emprego. Já no que respeita à tributação dos artistas e desportistas a tributação na fonte, juntamente com a tributação na residência, é regra, bastando, para ocorrer, que o direito interno do Estado da fonte o preveja. Igualmente no que diz respeito à tributação das percentagens de membros dos conselhos ou membros de órgãos sociais, a tributação na fonte, para além da tributação na residência que também é regra, surge como facilitada, na medida em que a fonte se identifica com o Estado da residência da sociedade a que pertence o conselho de Administração.

DO CONSENTIMENTO ENQUANTO CONDIÇÃO DE LICITUDE PARA O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS POR PARTE DAS ADMINISTRAÇÕES PÚBLICAS: UMA ABORDAGEM CRÍTICA

Joel A. Alves¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.148.18>

Sumário: §0. Enquadramento. §1. A relação do consentimento com as demais condições de licitude. §2. Os requisitos para a obtenção de um consentimento válido. §3. A (tendencial) inadequação do consentimento enquanto condição de licitude para o tratamento de dados pessoais por parte das Administrações Públicas. §4. Considerações finais.

Resumo: No presente artigo procurar-se-á efetuar uma apreciação crítica sobre a (sobre)utilização do consentimento, enquanto condição de licitude para o tratamento de dados pessoais, procurando esclarecer que este não só não é o *único*, como nem sequer é o *primeiro meio*, ou o *meio juridicamente mais adequado*, para as entidades administrativas legitimarem a generalidade das atividades de tratamento por si desenvolvidas.

Palavras-chave: Consentimento; RGPD; condições de licitude; Administrações Públicas.

¹ Assistente Convidado na Escola de Direito da Universidade do Minho. Doutorando em Ciências Jurídicas, na especialidade de Ciências Jurídicas Públicas, na Escola de Direito da Universidade do Minho. A colaboração no presente escrito foi efetuada com o apoio financeiro da Fundação para a Ciência e Tecnologia, ao abrigo da Bolsa de Investigação para Doutoramento melhor identificada pela referência 2022.13673.BD. joel.ara.alves@gmail.com

§0. Enquadramento

Na esteira da Diretiva 95/46/CE², o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados³ continua a erigir o *consentimento* como um dos seis fundamentos jurídicos que permitem legitimar o tratamento de informações relativas a pessoas singulares identificadas ou identificáveis⁴.

Sucede que, a despeito da importância que lhe é reconhecida⁵ – a ponto de gozar de referência expressa ao nível da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁶ –, muitas parecem ser ainda as dúvidas que se colocam quanto a esta condição de licitude. Circunstância que, em nossa ótica, em nada tem contribuído para a sua adequada utilização.

Ora, a este propósito, é especialmente paradigmático o caso das Administrações Públicas; estruturas onde se tem assistido a uma (pouco saudável) tendência para a solicitação do consentimento dos titulares dos dados por tudo e por nada⁷, como que se ignorando que, na maioria das vezes, os tratamentos de dados realizados pelas entidades administrativas “não dependem da vontade do titular dos dados e, mesmo quando esta poderia

² 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.

³ 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 (de ora em diante, abreviadamente designado pela sigla «RGPD» ou simplesmente por «Regulamento»).

⁴ Nesse sentido, cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 5; GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, Orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679”, 10 de abril de 2018, p. 3. No plano jurisprudencial, cfr. entre outros, Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 11 de novembro de 2020, *Orange Romania*, Processo C-61/19, §34.

⁵ Qualificando o consentimento como um “aspecto essencial do direito fundamental à proteção de dados pessoais”, cfr. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento”, 13 de julho de 2011, p. 6. Em sentido idêntico, veja-se, entre outros, CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 167; PELINO, Enrico, “I Diritti dell’interessato”, in *Il Regolamento Privacy Europeo: commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali* (coord. BOLOGNINI, Luca / PELINO, Enrico / BISTOLFI, Camilla), Giuffrè Editore, Milão, p. 212; SALMERÓN, Manuel Fernández, *La Protección de los datos personales en las Administraciones Públicas*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 93.

⁶ Cfr. artigo 8º, nº 2, do diploma em causa, onde se lê que quaisquer informações juridicamente qualificáveis como dados pessoais “devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o *consentimento da pessoa interessada* ou com outro fundamento legítimo previsto por lei” (sublinhado nosso).

⁷ Alertando para realidade, cfr. FONSECA, Isabel Celeste M., “Governança Pública Digital e a Proteção de Dados Pessoais: notas breves sobre as dificuldades de harmonização”, in *Estudos de E.Governança, Transparência e Proteção de Dados* (coord. FONSECA, Isabel Celeste M.), Almedina, Coimbra, 2021, p. 25.

ser relevante, ele surge numa posição de dependência ou vulnerabilidade” em relação àquelas⁸.

Neste contexto, o presente artigo pretende contribuir para a modificação de tal realidade: (i) por um lado, esclarecendo qual a relação do consentimento com as demais condições de licitude previstas no RGPD (§1), bem como os requisitos jurídicos a que este deve obedecer, por forma a que possa ser obtido de forma válida (§2); (ii) por outro, argumentando que, salvo pontuais exceções, este não constituirá um fundamento adequado para as atividades de tratamento levadas a cabo pelas Administrações Públicas (§3).

§1. A relação do consentimento com as demais condições de licitude

Nos termos do artigo 8º, nº 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, quaisquer dados pessoais “devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos, e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei”⁹.

Significa isto que, entre outras exigências, o direito primário da União faz depender o tratamento de dados pessoais de um requisito básico: “os dados pessoais só podem ser tratados com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei”¹⁰. Princípio que o RGPD reafirma e concretiza, no seu artigo 6º, nº 1, determinando que o tratamento de dados pessoais apenas se poderá considerar legítimo se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes seis situações¹¹:

⁸ Cfr. CALVÃO, Filipa Urbano, “RGPD na Administração Pública: a perspetiva (de um membro) da CNPD”, in *Direito da Proteção de Dados: perspetivas públicas e privadas* (coord. FARINHO, Domingos Soares / MARQUES, Francisco Paes, FREITAS, Tiago Fidalgo de), 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, p. 14.

⁹ A importância de tal preceito, bem como das diferentes exigências que dele decorrem, tem sido, de resto, reiteradamente sublinhada pela jurisprudência. Nesse sentido, veja-se, entre outros, Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 16 de julho de 2020, *Facebook Ireland e Schrems*, Processo C-311/18, §173; Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 9 de março de 2017, *Manni*, Processo C-398/15, §40; Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 13 de maio de 2014, *Google Spain*, Processo C-131/12, §69.

¹⁰ Cfr. Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 17 de outubro de 2013, *Schwarz*, Processo C-91/12, §31.

¹¹ Cfr. KOTSCHY, Waltraut, Anotação ao artigo 6º do RGPD, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary* (coord. KUNER, Christopher / BYGRAVE, Lee A. / DOCKSEY, Christopher), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 329. No plano jurisprudencial, veja-se, entre outros, Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 1 de agosto de 2022, *Vyriausioji tarnybinės etikos komisija*, Processo C-184/20, §67; Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 22 de junho de 2021, *Latvijas Republikas Saeima*, Processo C-439/19, §99.

(i) o titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas; (ii) o tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados; (iii) o tratamento for necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; (iv) o tratamento for necessário para a defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular; (v) o tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que o responsável pelo tratamento se encontre investido; (vi) o tratamento for necessário para efeitos dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos seus dados pessoais, muito particularmente, se o titular for uma criança¹².

Pese embora a ordem em que os supramencionados fundamentos resultam enumerados, no âmbito do preceito em causa – *primeiro* o consentimento; *depois* os restantes –, importa, todavia, advertir que o Regulamento coloca as diferentes condições de licitude numa relação de horizontalidade¹³, não estabelecendo qualquer hierarquia entre as mesmas¹⁴.

¹² Para uma apresentação sumária de cada uma das referidas condições, cfr., com as necessárias adaptações, GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento na aceção do artigo 7º da Diretiva 95/46/CE”, 9 de abril de 2014, pp. 25 e ss.

¹³ Nesse sentido, cfr., entre outros, BOLOGNINI, Luca / PELINO, Enrico, “Condizioni di Liceità”, in *Il Regolamento Privacy Europeo: commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali* (coord. BOLOGNINI, Luca / PELINO, Enrico / BISTOLFI, Camilla), Giuffrè Editore, Milão, p. 279; LYNSKEY, Orla, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 186; SAMANIEGO, Francisco Javier Sempere, “La Licitud del Tratamiento. (Comentario al Artículo 6 RGD y al Artículo 8 LOPDGD y Disposición Adicional Duodécima LOPDGD)”, in *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. REIGADA, Antonio Trancoso), Tomo I, Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2021, p. 928; VARELA, Borja Adsuara, “El Consentimiento”, in *Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (coord. CARO, María Álvarez / GAYO, Miguel Recio), Editorial Reus, Madrid, p. 158.

¹⁴ Cfr. KOTSCHY, Waltraut, Anotação ao artigo 6º do RGD, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary* (coord. KUNER, Christopher / BYGRAVE, Lee A. / DOCKSEY, Christopher), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 329; MONIZ, Graça Canto, *Manual de Introdução à Proteção de Dados Pessoais*, Almedina, Coimbra, 2023, p. 72. Numa perspetiva idêntica, ainda que por referência ao quadro jurídico da Diretiva 95/46/CE, veja-se, com as necessárias adaptações e atualizações, GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento na aceção do artigo 7º da Diretiva 95/46/CE”, 9 de abril de 2014, p. 15.

O mesmo é dizer que, para tal diploma – tal como para a anterior Diretiva 95/46/CE¹⁵ e para a própria Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁶ – *o consentimento é apenas um de entre vários fundamentos jurídicos para o tratamento de dados pessoais*¹⁷. Razão pela qual, a sua importância deva ser contextualizada¹⁸ – sendo liminarmente de afastar a ideia de que este goza de qualquer espécie de *preferência* ou *prioridade* normativa em relação às demais condições de licitude, a que anteriormente nos reportámos¹⁹.

§2. Os requisitos para a obtenção de um consentimento válido

Acresce que, para constituir um fundamento válido para o tratamento de dados pessoais, deve o consentimento qualificar-se como uma “manifestação de vontade, livre, específica, informada e inequívoca, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os

¹⁵ Cfr. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento”, 13 de julho de 2011, pp. 8 e ss.; SAMANIEGO, Francisco Javier Sempere, “La Licitud del Tratamiento. (Comentario al Artículo 6 RGPD y al Artículo 8 LOPDGDD y Disposición Adicional Duodécima LOPDGDD)”, in *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. REIGADA, Antonio Trancoso), Tomo I, Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2021, pp. 928-929.

¹⁶ Cfr. BOLOGNINI, Luca / PELINO, Enrico, “Condizioni di Liceità”, in *Il Regolamento Privacy Europeo: commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali* (coord. BOLOGNINI, Luca / PELINO, Enrico / BISTOLFI, Camilla), Giuffrè Editore, Milão, p. 279; GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento”, 13 de julho de 2011, p. 6.

¹⁷ Nesse sentido, cfr., entre outros, GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento”, 13 de julho de 2011, pp. 8 e ss.; GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento na aceção do artigo 7º da Diretiva 95/46/CE”, 9 de abril de 2014, pp. 25 e ss.

¹⁸ Cfr. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 170. Numa perspetiva idêntica, sustentando que “el consentimiento no es sino un elemento más para la protección de la integridad del individuo frente a la utilización de sus datos personales, pero no es ni el único ni (...) el más importante”, veja-se SALMERÓN, Manuel Fernández, *La Protección de los datos personales en las Administraciones Públicas*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 287.

¹⁹ Partilhando do mesmo entendimento, veja-se, entre outros, KOTSCHY, Waltraut, Anotação ao artigo 6º do RGPD, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary* (coord. KUNER, Christopher / BYGRAVE, Lee A. / DOCKSEY, Christopher), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 329; LYNSKEY, Orla, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 186.

dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento”²⁰. O que pressupõe o preenchimento de quatro condições cumulativas²¹.

2.1. Liberdade

Assim, e em primeiro lugar, o consentimento do titular dos dados deve ser *livre*²². O que, antes de mais, implica que este seja obtido sem qualquer das *faltas ou vícios da vontade*, previstos nos artigos 240º e ss. do nosso Código Civil²³ – como seja, paradigmaticamente, a *coação*²⁴.

Sucede que, como a doutrina tem advertido, para efeitos do RGPD, “a ausência de liberdade não se circunscreve a situações em que a vontade [do titular dos dados] tenha sido exteriorizada debaixo de ameaça”²⁵. Pelo contrário: para tal Regulamento, “qualquer elemento que constitua pressão ou influência desadequada sobre o titular dos dados (...) e que o impeça de exercer livremente a sua vontade tornará o consentimento inválido”²⁶. Pelo que “todos os condicionamentos à liberdade do titular dos dados devem ser considerados”²⁷.

Nesta senda, premissa fundamental parece ser a de que o titular dos dados disponha de uma *verdadeira escolha* relativamente à prestação ou não do

²⁰ Cfr. artigo 4º, nº 11, do RGPD.

²¹ Em sentido idêntico, cfr., entre outros, BYGRAVE, Lee A. / TOSONI, Luca, Anotação ao artigo 4º, nº 11, do RGPD, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary* (coord. KUNER, Christopher / BYGRAVE, Lee A. / DOCKSEY, Christopher), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 181; MONIZ, Graça Canto, *Manual de Introdução à Proteção de Dados Pessoais*, Almedina, Coimbra, 2023, p. 73.

²² Para mais desenvolvimentos, cfr. com especial interesse, COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, pp. 7 e ss.

²³ Em sentido próximo, ainda que por referência ao Código Civil espanhol, veja-se, por analogia, VÁZQUEZ, Isabel-Cecilia del Castillo, “Consentimiento (Comentario al Art. 4.11 RGPD)”, in *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. REIGADA, Antonio Trancoso), Tomo I, Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2021, p. 683. Numa perspetiva mais ampla, defendendo que o consentimento do titular dos dados não pode deixar de se considerar sujeito ao regime do negócio jurídico, previsto nos artigos 217º e ss. do nosso Código Civil, na medida em que este não contradiga o RGPD, cfr. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 172 e 173.

²⁴ Para uma visão introdutória sobre o instituto em questão, veja-se, por todos, PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição, 2.ª reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 529 e ss.

²⁵ Cfr. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 174.

²⁶ Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 8.

²⁷ Cfr. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 174.

respetivo consentimento²⁸. Exigência que, conforme clarificado pelo Comité Europeu para a Proteção de Dados, dificilmente se poderá considerar cumprida sem a verificação de, pelo menos, quatro critérios²⁹.

2.1.1. Desequilíbrio de poder

Desta feita, a fim de determinar se um consentimento pode ou não considerar-se livre, cumpre, desde logo, avaliar da relação entre titular dos dados e responsável pelo tratamento.

Isto porque, nos termos do considerando 43 do RGPD, o consentimento “não deverá constituir fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais em casos específicos em que exista um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento” – leia-se, em situações em que o primeiro se apresente numa situação de *vulnerabilidade* e/ou *dependência* face ao segundo³⁰, seja por se encontrar numa relação de subordinação jurídica em relação ao mesmo (e.g. contrato de trabalho), seja por força de outras circunstâncias especiais (como sejam a própria natureza do responsável pelo tratamento, ou outros fatores financeiros, emocionais ou práticos relevantes)³¹.

2.1.2. Condicionalidade

Por outro lado, importa igualmente ter em conta a situação específica em que o consentimento se encontra subordinado à execução de um contrato ou à prestação de um serviço³².

²⁸ Nesse sentido, cfr., entre outros, BYGRAVE, Lee A. / TOSONI, Luca, Anotação ao artigo 4º, nº 11, do RGPD, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary* (coord. KUNER, Christopher / BYGRAVE, Lee A. / DOCKSEY, Christopher), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 182; MONIZ, Graça Canto, *Manual de Introdução à Proteção de Dados Pessoais*, Almedina, Coimbra, 2023, p. 72.

²⁹ Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, pp. 8 e ss.

³⁰ Cfr. BYGRAVE, Lee A. / TOSONI, Luca, Anotação ao artigo 4º, nº 11, do RGPD, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary* (coord. KUNER, Christopher / BYGRAVE, Lee A. / DOCKSEY, Christopher), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 182.

³¹ Cfr. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento”, 13 de julho de 2011, pp. 14 e ss.

³² Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 8.

É que, conforme o Advogado-Geral Maciej Szpunar recordou nas conclusões apresentadas no processo Planet49, o artigo 7º, nº 4, do RGPD, estabelece “uma proibição de agrupar”³³. Proibição essa que, embora não sendo absoluta³⁴, obriga o responsável pelo tratamento a encarar “com a máxima atenção” eventuais situações de agregação ou associação do consentimento³⁵. Afinal, o considerando 43 do Regulamento não deixa margem para dúvidas: deve presumir-se que “o consentimento não é dado de livre vontade (...) se a execução de um contrato, incluindo a prestação de um serviço, depender do consentimento apesar de o consentimento não ser necessário para a mesma execução”³⁶.

2.1.3. Granularidade

Acresce que, de acordo com esta última disposição, deve também presumir-se que “o consentimento não é dado de livre vontade se não for possível dar consentimento separadamente para diferentes operações de tratamento de dados pessoais, ainda que seja adequado no caso específico”. Daí que, estando em causa atividades que envolvam o tratamento de dados pessoais para várias finalidades, o consentimento só se possa considerar um fundamento de legitimidade válido caso seja obtido de forma *granular*³⁷ – isto é, caso seja conferida aos titulares dos dados a possibilidade de escolherem quais as

³³ Cfr. SZPUNAR, Maciej, Conclusões apresentadas em 21 de março de 2019, Processo C-673/13, Planet49, §97.

³⁴ Nesse sentido, veja-se, com especial interesse, COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 12, onde se esclarece que: “o artigo 7º, nº 4, só é aplicável se os dados solicitados não forem necessários para a execução do contrato (incluindo a prestação de um serviço) e a execução desse contrato ficar subordinada à obtenção desses dados com base no consentimento. Em contrapartida, se o tratamento for necessário para a execução do contrato (incluindo a prestação de um serviço), então o artigo 7º, nº 4, não é aplicável”.

³⁵ Assim decorre da própria formulação textual do referido artigo 7º, nº 4, do RGPD, onde se lê que: “o avaliar se o consentimento é dado livremente, há que verificar com a máxima atenção se, designadamente, a execução de um contrato, inclusive a prestação de um serviço, está subordinada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais que não é necessário para a execução desse contrato” (destaque nosso).

³⁶ É certo que a presunção em causa é ilidível. Todavia, para que possa ser afastada, sempre terá o responsável pelo tratamento de conseguir demonstrar que o consentimento do titular dos dados foi obtido de livre vontade (cfr. artigos 5º, nº 2, e 7º, nº 1, do RGPD). O que não se afigura uma tarefa fácil. Alertando para tal circunstância, veja-se, em especial, COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, pp. 12-13.

³⁷ Nesse sentido, cfr., entre outros, COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 14; MONIZ, Graça Canto, *Manual de Introdução à Proteção de Dados Pessoais*, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 73 e ss, em especial, p. 76.

finalidades para que autorizam o tratamento dos seus dados (permitindo-se, por exemplo, que estes consentam na realização de algumas operações de tratamento, mas não noutras)³⁸.

2.1.4. Ausência de prejuízos

Finalmente, dispõe o considerando 42 do RGPD que “não se deverá considerar que o consentimento foi dado de livre vontade se o titular dos dados (...) não puder recusar nem retirar o consentimento sem ser prejudicado”. O que significa que a validade do consentimento depende, ainda, da inexistência de *consequências negativas relevantes* para os titulares dados – seja se estes não autorizarem o tratamento dos respetivos dados, seja se, ainda que tendo inicialmente consentido na sua realização, os mesmos vierem a revogar o consentimento originariamente prestado, nos termos do artigo 7º, nº 3, do Regulamento³⁹.

2.2. Especificidade

Em segundo lugar, para ser válido, o consentimento deve ser *específico*⁴⁰. Condição que, por sua vez, apela, fundamentalmente, ao cumprimento de três subcritérios ou exigências básicas⁴¹.

2.2.1. Especificação em função da finalidade

Destarte, há que começar por realçar que “a especificidade do consentimento apresenta uma relação muito clara com a finalidade ou o conjunto de finalidades prosseguido”⁴². Razão pela qual, por *consentimento específico*, deva, antes de mais, entender-se um consentimento obtido em consonância com o

³⁸ Cf. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 14.

³⁹ *Idem*, p. 14.

⁴⁰ *Idem*, pp. 15 e ss.

⁴¹ *Idem*, p. 16.

⁴² Cf. PINHEIRO, Alexandre Sousa, Anotação ao artigo 4º, nº 11, do RGPD, in *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados* (coord. PINHEIRO, Alexandre Sousa), Almedina, Coimbra, 2018, p. 168.

artigo 5º, nº 1, alínea b), do RGPD⁴³ – mormente, no segmento em que determina que quaisquer dados pessoais devem “ser recolhidos para finalidades *determinadas, explícitas e legítimas* e não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades” (destaque nosso).

Quer isto dizer que, para efeitos do Regulamento, não se afigura aceitável um mero *consentimento genérico*⁴⁴, prestado para *finalidades vagas*⁴⁵, como por exemplo, “melhorar a experiências dos utilizadores” ou “para fins de comercialização”⁴⁶. De todo: para ser válido, “o consentimento deve ser específico para a finalidade do tratamento”⁴⁷. Finalidade essa, que deve ser identificada de *forma clara e suficientemente detalhada*, não deixando espaço para incertezas ou ambiguidades quanto ao seu significado e intenção⁴⁸.

2.2.2. Granularidade

Adicionalmente, deve o *consentimento específico* ser capaz de responder à regra “tantos consentimentos quanto finalidades”⁴⁹. O que, à semelhança do que se deixou dito a propósito do requisito do consentimento livre, implica *granularidade*⁵⁰, ou seja, dissociação das diversas finalidades do tratamento e obtenção de um consentimento separado relativamente a cada uma delas⁵¹ –

⁴³ Nesse sentido, cfr., entre outros, MONIZ, Graça Canto, *Manual de Introdução à Proteção de Dados Pessoais*, Almedina, Coimbra, 2023, p. 77.

⁴⁴ Cfr. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento”, 13 de julho de 2011, p. 19.

⁴⁵ Nesse sentido, cfr., entre outros, VÁZQUEZ, Isabel-Cecilia del Castillo, “Consentimiento (Comentario al Art. 4.11 RGPD)”, in *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. REIGADA, Antonio Trancoso), Tomo I, Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2021, p. 687.

⁴⁶ Nesse sentido, cfr., entre outros, COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 16, nota 30.

⁴⁷ Cfr. AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA / CONSELHO DA EUROPA, “Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados”, Serviços das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2022, p. 166.

⁴⁸ Cfr. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 3/2013 sobre limitação da finalidade”, 2 de abril de 2013, pp. 19 e ss.

⁴⁹ Nesse sentido, cfr. PELINO, Enrico, “I Diritti dell’interessato”, in *Il Regolamento Privacy Europeo: commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali* (coord. BOLOGNINI, Luca / PELINO, Enrico / BISTOLFI, Camilla), Giuffrè Editore, Milão, p. 215.

⁵⁰ Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, pp. 15 e ss., em especial, p. 16.

⁵¹ Idem, p. 14. Em sentido idêntico, cfr., entre outros, CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 181; VÁZQUEZ, Isabel-Cecilia del Castillo,

assim resulta, desde logo, do considerando 32 do RGPD, onde se estabelece que “o consentimento deverá abranger todas as atividades de tratamento realizadas com a mesma finalidade”; porém, “nos casos em que o tratamento sirva fins múltiplos, deverá ser dado um consentimento para todos esses fins”⁵².

2.2.3. Separação entre as informações relacionadas com a obtenção do consentimento para o tratamento de dados pessoais e as informações sobre outras questões

Por último, “o consentimento apenas poderá ser específico se for disponibilizado ao titular de dados visado toda a informação necessária”⁵³. Informação essa que, todavia, não pode ser prestada de uma qualquer maneira: “para cumprir o elemento «específico», o responsável pelo tratamento deve aplicar uma separação clara entre as informações relacionadas com a obtenção de consentimento para atividades de tratamento de dados e as informações sobre outras questões”⁵⁴. Numa palavra: deve escrupulosamente observar o disposto no artigo 7º, nº 2, do RGPD – em especial, no segmento em que determina que “se o consentimento do titular dos dados for dado no contexto de uma declaração escrita que diga também respeito a outros assuntos, *o pedido de consentimento deve ser apresentado de uma forma que o distinga claramente desses outros assuntos*” (destaque nosso).

⁵² “Consentimiento (Comentario al Art. 4.11 RGPD)”, in *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. REIGADA, Antonio Trancoso), Tomo I, Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2021, pp. 687 e ss.

⁵³ Relacionando a disposição em causa com o critério da especificidade do consentimento, cfr., entre outros, PELINO, Enrico, “I Diritti dell’interessato”, in *Il Regolamento Privacy Europeo: commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali* (coord. BOLOGNINI, Luca / PELINO, Enrico / BISTOLFI, Camilla), Giuffrè Editore, Milão, p. 215; AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA / CONSELHO DA EUROPA, “Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados”, Serviços das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2022, p. 167; VÁZQUEZ, Isabel-Cecilia del Castillo, “Consentimiento (Comentario al Art. 4.11 RGPD)”, in *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. REIGADA, Antonio Trancoso), Tomo I, Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2021, pp. 687-688.

⁵³ Cfr. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, Anotação ao artigo 4º do RGPD, in *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019* (coord. CORDEIRO, A. Barreto Menezes), Almedina, Coimbra, 2021, p. 91.

⁵⁴ Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p.18.

2.3. Informação

Em terceiro lugar – e em estreita conexão com os requisitos anteriormente analisados⁵⁵ –, o consentimento do titular dos dados deve ser *informado*⁵⁶. Requisito que impõe ao responsável pelo tratamento especiais obrigações, tanto no plano *substancial* (conteúdo das informações a fornecer), como *formal* (forma como essas informações são disponibilizadas)⁵⁷.

2.3.1. Requisitos quanto ao conteúdo

Neste contexto, é entendimento do Comité Europeu para a Proteção de Dados que um consentimento informado sempre terá de incluir, pelo menos, as seguintes informações: (i) a identidade do responsável pelo tratamento; (ii) a finalidade de cada uma das operações de tratamento em relação às quais se procura obter o consentimento; (iii) que (tipo de) dados serão recolhidos e utilizados; (iv) existência do direito de retirar o consentimento; (v) informações sobre a utilização dos dados para decisões automatizadas, em conformidade com o artigo 22º, nº 2, alínea c), do RGPD, quando pertinente e (vi) informações sobre os possíveis riscos de transferências de dados devido à inexistência de uma decisão de adequação e de garantias adequadas, tal como previsto no artigo 46º do Regulamento⁵⁸.

Sem embargo, ponto é que os artigos 13º e 14º do RGPD contemplam uma série de outras importantes informações que devem necessariamente ser facultada ao titular dos dados “na fase de início do ciclo de tratamento”⁵⁹. Donde, ainda que o responsável pelo tratamento não se encontre obrigado a incorporar esses elementos suplementares no próprio

⁵⁵ Nesse sentido, defendendo que “um consentimento livre é, necessariamente, um consentimento informado”, cfr. MONIZ, Graça Canto, *Manual de Introdução à Proteção de Dados Pessoais*, Almedina, Coimbra, 2023, p. 77. Por outro lado, destacando a interdependência entre os requisitos do consentimento específico e do consentimento informado, veja-se BYGRAVE, Lee A. / TOSONI, Luca, Anotação ao artigo 4º, nº 11, do RGPD, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary* (coord. KUNER, Christopher / BYGRAVE, Lee A. / DOCKSEY, Christopher), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 183.

⁵⁶ Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, pp. 17 e ss.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ *Idem*, pp. 17 e 18.

⁵⁹ Cfr. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679”, 11 de abril de 2018, p. 16.

pedido de consentimento (podendo optar por os disponibilizar num outro local, como por exemplo, uma declaração de confidencialidade)⁶⁰, se afigure amiudadamente recomendável que este assim o faça⁶¹ – quando mais não seja, por razões de mera ordem prática⁶².

2.3.2. Requisitos quanto à forma

Em qualquer caso, o considerando 42 do RGPD é taxativo: o consentimento deve ser solicitado “de uma forma inteligível e de fácil acesso, numa linguagem clara e simples”. Pelo que, embora fique ao critério do responsável pelo tratamento decidir a forma e o formato em que as informações suprarreferidas são disponibilizadas⁶³, o mesmo deva assegurar que estas se mostram suscetíveis de ser devidamente apreendidas pelo “cidadão médio”⁶⁴.

Desta feita, parece o Regulamento desde logo desaconselhar o recurso a formulações excessivamente longas e/ou impregnadas de terminologia jurídica⁶⁵: para ser informado, o consentimento deve ser fácil de compreender para o comum dos mortais e não só para aqueles que disponham de conhecimentos técnicos especializados na área do direito⁶⁶. Ademais, importa que o responsável pelo tratamento tenha em conta o seu público-alvo, adaptando as informações fornecidas de acordo com as suas características e

⁶⁰ Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 19.

⁶¹ Nesse sentido, veja-se, entre outros, DIENST, Sebastian, “Key requirements for lawful processing of personal data from a business perspective”, in *New European General Data Protection Regulation: a practitioner’s guide* (coord. RÜCKER, Daniel / KUGLER, Tobias), Nomos, Baden-Baden, 2018, p. 95.

⁶² Em sentido próximo, admitindo que, “na prática, o cumprimento dos deveres de informação [previstos nos artigos 13.º e 14.º do RGPD] e o cumprimento do requisito de consentimento informado podem conduzir a uma abordagem integrada em muito casos”, COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 19.

⁶³ Sufragando tal entendimento, veja-se, entre outros, MONIZ, Graça Canto, *Manual de Introdução à Proteção de Dados Pessoais*, Almedina, Coimbra, 2023, p. 79; VÁZQUEZ, Isabel-Cecilia del Castillo, “Consentimiento (Comentario al Art. 4.11 RGPD)”, in *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. REIGADA, Antonio Trancoso), Tomo I, Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2021, p. 692.

⁶⁴ A expressão em causa é expressamente utilizada pelo GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, in “Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento”, 13 de julho de 2011, p. 23.

⁶⁵ Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 18.

⁶⁶ *Idem, ibidem.*

especificidades próprias⁶⁷ – mormente, nas situações em que possa estar em causa o tratamento de dados pessoais relativos a pessoas singulares vulneráveis, em particular, crianças⁶⁸.

Finalmente, também a *acessibilidade* e a *visibilidade* da informação devem ser encaradas como elementos da maior relevância⁶⁹. Daí que, para cumprir o RGPD, não baste ao responsável pelo tratamento satisfazer as exigências de *qualidade da informação* a que anteriormente nos reportamos: antes e ainda é necessário que a informação por este disponibilizada se apresente ao titular dos dados de uma forma *claramente visível e proeminente*⁷⁰.

2.4. Inequivocidade

Em quarto e último lugar, o consentimento do titular dos dados deve ser *inequívoco*⁷¹ – isto é, dado mediante um “ato positivo claro”⁷², que não deixe dúvidas relativamente à vontade do titular dos dados⁷³: para que estejamos perante um consentimento inequívoco “tem de ser óbvio que o titular dos dados deu o consentimento para o tratamento em causa”⁷⁴.

Significa isto que, para efeitos do RGPD, só um *comportamento ativo*, por parte do titular dos dados, com vista a manifestar o seu consentimento,

⁶⁷ *Idem*, p. 19.

⁶⁸ *Idem, ibidem*. Especial atenção devem igualmente merecer as pessoas com deficiências - nomeadamente, surdos, mudos e cegos. Para mais desenvolvimentos, cfr. VÁZQUEZ, Isabel-Cecilia del Castillo, “Consentimiento (Comentario al Art. 4.11 RGPD)”, in *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. REIGADA, Antonio Trancoso), Tomo I, Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2021, p. 692.

⁶⁹ Cfr. AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA / CONSELHO DA EUROPA, “Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados”, Serviços das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2022, p. 166.

⁷⁰ *Idem, ibidem*. No mesmo sentido, ainda que por referência ao quadro jurídico da Diretiva 95/46/CE, veja-se, por analogia, GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento”, 13 de julho de 2011, p. 22.

⁷¹ Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, pp. 20 e ss.

⁷² Cfr. considerando 32 do RGPD.

⁷³ Nesse sentido, cfr., entre outros, AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA / CONSELHO DA EUROPA, “Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados”, Serviços das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2022, p. 166; BYGRAVE, Lee A. / TOSONI, Luca, Anotação ao artigo 4º, nº 11, do RGPD, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary* (coord. KUNER, Christopher / BYGRAVE, Lee A. / DOCKSEY, Christopher), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 185.

⁷⁴ Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 20.

pode entrar em linha de conta⁷⁵. Exigência que, naturalmente, “excluye la pasividad como manifestación del consentimiento tácito, es decidir, inferido de la «falta de una manifestación contraria al tratamiento»”⁷⁶.

Tal entendimento é, de resto, reforçado pelo disposto no considerando 32 do Regulamento, onde se lê que “o silêncio, as opções pré-validadas ou a omissão não deverão (...) constituir um consentimento” – ou, pelo menos, um consentimento suscetível de ser configurado como um fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais, nos termos dos artigos 6º, nº 1, alínea a), e 4º, nº 11, deste mesmo diploma. Por outro lado, também “a inatividade da parte do titular dos dados, bem como a mera utilização de um serviço, não podem ser encarados como manifestação ativa de escolha”⁷⁷.

De todo o modo, cumpre, ainda assim, esclarecer que “o RGPD não faz depender a validade do consentimento de uma forma especial”⁷⁸. Afinal, também aqui o referido considerando 32 do Regulamento é claro: a manifestação de vontade do titular dos dados pode ser expressa tanto “mediante uma declaração escrita, inclusive em formato eletrónico”, como através de “uma declaração oral”. Ou ainda, “mediante outra declaração ou conduta que indique claramente nesse contexto que [este] aceita o tratamento proposto dos seus dados pessoais” (e.g. deslizar o dedo por uma barra no ecrã, assentir com a cabeça em frente a uma câmara inteligente, rodar o telemóvel no sentido dos ponteiros do relógio ou movimentá-lo de forma a desenhar no ar o número oito, etc.)⁷⁹.

⁷⁵ Nesse sentido, cfr. Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 11 de novembro de 2020, *Orange Romania*, Processo C-61/19, §§35 e 36.

⁷⁶ Cfr. VÁZQUEZ, Isabel-Cecilia del Castillo, “Consentimiento (Comentario al Art. 4.11 RGPD)”, in *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. REIGADA, Antonio Trancoso), Tomo I, Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2021, p. 681.

⁷⁷ Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 21. Em sentido confluyente, veja-se, *inter alia*, AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA / CONSELHO DA EUROPA, “Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados”, Serviços das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2022, p. 166.

⁷⁸ Cfr. CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 184. No mesmo sentido, sustentando que “quanto all’ espressione del consenso, vige il principio della libertà delle forme”, veja-se PELINO, Enrico, “I Diritti dell’ interessato”, in *Il Regolamento Privacy Europeo: commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali* (coord. BOLOGNINI, Luca / PELINO, Enrico / BISTOLFI, Camilla), Giuffrè Editore, Milão, p. 211.

⁷⁹ Os exemplos em questão são avançados pelo COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, in “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 22.

2.5. Explicitude

Sucedem que, em certas situações, nas quais se presume existir um risco acrescido para os direitos e liberdades dos titulares dos dados, o RGPD sujeita o consentimento ao cumprimento de uma quinta condição: nesses casos, para ser válido, o consentimento deve ainda ser *explícito*⁸⁰. O que, pressupondo um grau de exigência adicional relativamente ao requisito do consentimento inequívoco⁸¹, torna particularmente recomendável o recurso à forma escrita⁸². Mais: dependendo das circunstâncias em presença, pode até justificar-se que o consentimento seja assinado pelo titular dos dados, “por forma a eliminar todas as dúvidas possíveis e uma potencial falta de provas no futuro”⁸³.

2.6. Requisitos adicionais

Seja como for, ponto é que “quando o tratamento for realizado com base no consentimento, o responsável pelo tratamento deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais”⁸⁴. Pelo que, independentemente do que se acabou de referir, o responsável pelo tratamento sempre terá de conservar evidências que lhe permitam garantir a conformidade com esta obrigação⁸⁵.

⁸⁰ Assim ocorrerá, nos termos do Regulamento, sempre que esteja em causa (i) o tratamento de dados pessoais de categorias especialmente protegidas; (ii) a transferência de dados pessoais para países terceiros ou organizações internacionais na ausência de garantias adequadas; ou (iii) decisões tomadas exclusivamente com base no tratamento automatizado de dados pessoais, incluindo a definição de perfis, que produzam efeitos na esfera jurídica do titular dos dados, ou que o afetem significativamente de uma forma similar. Para mais desenvolvimentos, veja-se, por todos, COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, pp. 23 e ss.

⁸¹ Com efeito, “esta exigência adicional traduz-se, pelo menos, em dois requisitos: (i) sendo o termo explícito sinónimo de expresso, significa que o consentimento inferido de certas ações e comportamentos não é admissível e (ii) exigem-se esforços adicionais, ou um grau de diligência adicional, para o obter”. Cfr. MONIZ, Graça Canto, *Manual de Introdução à Proteção de Dados Pessoais*, Almedina, Coimbra, 2023, p. 83.

⁸² Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, pp. 23-24.

⁸³ Idem, p. 24. Ainda assim, o Comité deixa claro que “a referida declaração escrita não é a única maneira de obter consentimento explícito e não se pode dizer que o RGPD recomenda declarações escritas e assinadas em todas as circunstâncias que exigem um consentimento explícito válido”.

⁸⁴ Cfr. artigo 7º, nº 1, do RGPD.

⁸⁵ Nesse sentido, cfr., entre outros, BYGRAVE, Lee A. / TOSONI, Luca, Anotação ao artigo 4º, nº 11, do RGPD, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary* (coord. KUNER, Christopher / BYGRAVE, Lee A. / DOCKSEY, Christopher), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 185.

Ademais, importa não perder de vista que “outros requisitos previstos no direito civil quanto à validade do consentimento, tais como a capacidade jurídica, também serão naturalmente aplicáveis no contexto da proteção de dados”⁸⁶. Razão pela qual, nos pareça nomeadamente de afastar a validade do consentimento prestado por menores de idade⁸⁷ – salvo (i) em situações de emancipação⁸⁸, ou (ii) na medida em que se encontrem integralmente preenchidas as condições constantes do artigo 8º do RGPD, lido em conjugação com o artigo 1º, nº 1, alínea b), da Diretiva (UE) 2015/1535 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de setembro de 2015, relativa a um procedimento de informação no domínio das regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação, bem como com o artigo 16º da Lei nº 58/2019, de 8 de agosto⁸⁹.

§3. A (tendencial) inadequação do consentimento enquanto condição de licitude para o tratamento de dados pessoais por parte das Administrações Públicas

Aqui chegados, percebem-se, pois, as razões pelas quais o consentimento dificilmente poderá ser encarado como um fundamento de legitimidade adequado, nos casos em que o responsável pelo tratamento se configure como uma entidade administrativa. É que, goste-se ou não se goste, a verdade é que a maioria das atividades de tratamento de dados pessoais desenvolvidas pelas Administrações Públicas não dependem da vontade do titular dos dados⁹⁰: antes resultam de uma imposição do legislador⁹¹ – ou, quando mais não seja, do reconhecimento, por parte do responsável pelo tratamento, de que o

⁸⁶ Cfr. AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA / CONSELHO DA EUROPA, “Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados”, Serviços das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2022, p. 130.

⁸⁷ Cfr. artigo 122º do Código Civil.

⁸⁸ Cfr. artigo 133º do Código Civil.

⁸⁹ Para mais desenvolvimentos, cfr., entre outros, CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 191 e ss.

⁹⁰ Cfr. CALVÃO, Filipa Urbano, “RGPD na Administração Pública: a perspetiva (de um membro) da CNPD”, in *Direito da Proteção de Dados: perspetivas públicas e privadas* (coord. FARINHO, Domingos Soares / MARQUES, Francisco Paes, FREITAS, Tiago Fidalgo de), 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, p. 14.

⁹¹ Pense-se, designadamente, no que sucede com as atividades de tratamento de dados pessoais decorrentes de determinados deveres de publicidade a que as entidades administrativas se encontram legalmente sujeitas, como

tratamento de dados pessoais se apresenta como necessário para a realização de determinados interesses públicos, específica e expressamente colocados por lei a seu cargo⁹².

Acresce que, mesmo em situações em que a vontade do titular dos dados se poderia equacionar como relevante, o mesmo tende a aparecer numa posição de dependência ou vulnerabilidade na relação com a Administração⁹³. Isto é: naquilo que a doutrina administrativista qualifica como uma *posição de desvantagem (ou desfavorável)*⁹⁴. Donde, este acabe por não ter qualquer alternativa realista senão aceitar o tratamentos dos respetivos dados pessoais, de acordo com as condições propostas pelo responsável pelo tratamento⁹⁵.

É certo que, casos poderá haver em que os particulares se apresentam perante a Administração numa relação de *paridade*⁹⁶ – ou mesmo até, de eventual *supremacia*⁹⁷. Todavia, o próprio considerando 43 do RGPD parece claramente indicar que tal constituirá a *exceção* e não a *regra*, ao estabelecer que, quando o responsável pelo tratamento for uma autoridade ou organismo público, dever-se-á presumir a existência de um “desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento”⁹⁸.

sejam, por exemplo, os consagrados nos artigos 4º e 5º da Lei nº 35/2014, de 20 de junho, que aprova a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, ou no artigo 127º do Código dos Contratos Públicos.

⁹² “Por exemplo, uma autoridade tributária pode recolher e tratar os dados relativos à declaração fiscal de uma pessoa para determinar e verificar o valor do imposto a pagar. Uma associação profissional, como uma ordem dos advogados ou uma ordem dos médicos, investida de autoridade pública para tal, pode levar a cabo procedimentos disciplinares contra alguns dos seus membros. Outro exemplo possível é o de um órgão de poder local, como uma autoridade municipal, que tenha por missão administrar uma biblioteca, uma escola ou uma piscina local”. Assim o clarificou o recentemente extinto GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, no âmbito do já referido “Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento na aceção do artigo 7º da Diretiva 95/46/CE”, 9 de abril de 2014, p. 33.

⁹³ Assim sucederá, designadamente, nos casos em que o fornecimento de determinados dados pessoais se apresente ao titular dos dados como um comportamento necessário para assegurar a produção de um efeito jurídico favorável ou não perder um certo efeito útil já produzido. Nesse sentido, apresentando como exemplo o caso em que um estudante necessita de forçosamente «consentir» no fornecimento dos seus dados pessoais, sob pena de ver rejeitada a sua candidatura a uma bolsa de estudos, cfr. VÁZQUEZ, Isabel-Cecilia del Castillo, “Consentimiento (Comentario al Art. 4.11 RGPD)”, in *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (coord. REIGADA, Antonio Trancoso), Tomo I, Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2021, p. 685.

⁹⁴ Para mais desenvolvimentos, cfr., por todos, ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, 5.ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017, pp. 77 e ss.

⁹⁵ Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 9.

⁹⁶ Nesse sentido, cfr. OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2016, p. 101.

⁹⁷ *Idem, ibidem.*

⁹⁸ *Idem, ibidem.*

O mesmo é dizer que, conquanto a utilização do consentimento como condição de licitude para o tratamento de dados pessoais por parte das Administrações Públicas não se encontre liminarmente excluída⁹⁹, esta apenas poderá ter lugar em circunstâncias muito excepcionais, nas quais a referida presunção se demonstre ilidida – sob pena de o consentimento não se poder qualificar como *livre*; o que determinará a sua invalidade, bem como a consequente ilicitude de todas as atividades desenvolvidas com base no mesmo.

§3. Considerações finais

De acordo com a jurisprudência consolidada do Tribunal de Justiça da União Europeia, para ser considerado legítimo, qualquer tratamento de dados pessoais deve, antes de mais, integrar-se num dos casos previstos, de forma exaustiva e taxativa, no artigo 6º, nº 1, do RGPD¹⁰⁰.

Ocorre que, muito embora apareça em primeiro lugar, no âmbito desse «elenco fechado», o consentimento do titular dos dados é apenas um de entre vários fundamentos jurídicos para o tratamento de dados pessoais¹⁰¹, não gozando de qualquer tipo de *preferência* ou *prioridade* normativa relativamente às demais condições de licitude naquele contempladas¹⁰².

Acresce que, para além de não ser o *único*, “o consentimento nem sempre é o primeiro meio ou o meio mais desejável para legitimar o tratamento de dados pessoais”¹⁰³. É que, para constituir um fundamento válido, para efeitos

⁹⁹ Nesse sentido, avançando ainda exemplos de situações em que a utilização do consentimento pela Administração se poderá considerar ajustada, cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 9.

¹⁰⁰ Nesse sentido, veja-se, entre outros, Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 1 de agosto de 2022, *Vyriausioji tarnybinės etikos komisija*, Processo C-184/20, §67; Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 22 de junho de 2021, *Latvijas Republikas Saeima*, Processo C-439/19, §99.

¹⁰¹ Nesse sentido, cfr., entre outros, GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento”, 13 de julho de 2011, pp. 8 e ss.; GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento na aceção do artigo 7º da Diretiva 95/46/CE”, 9 de abril de 2014, pp. 25 e ss.

¹⁰² Partilhando do mesmo entendimento, veja-se, entre outros, KOTSCHY, Waltraut, Anotação ao artigo 6º do RGPD, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary* (coord. KUNER, Christopher / BYGRAVE, Lee A. / DOCKSEY, Christopher), Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 329; LYNSEY, Orla, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 186.

¹⁰³ Cfr. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento”, 13 de julho de 2011, p. 11.

do RGPD, este deve necessariamente qualificar-se como uma “manifestação de vontade, livre, específica, informada e inequívoca, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento”¹⁰⁴. Algo que dificilmente se verificará em determinados contextos específicos – como seja, para o que aqui releva, o das Administrações Públicas, fruto do desequilíbrio de poder que amiúde se verifica ao nível da relação entre responsável pelo tratamento e titular dos dados¹⁰⁵.

Nesta senda, ainda que a utilização do consentimento como condição de licitude não se encontre liminarmente excluída nos casos em que o responsável pelo tratamento se configure como uma entidade administrativa¹⁰⁶, parece-nos que a sua invocação deve ser objeto de uma maior *ponderação e seletividade*, sendo reservada para circunstâncias excecionais, ao invés de continuar a ser indevidamente solicitado quase “por tudo e por nada”.

Afinal, ponto é que, nas mais das vezes, existirão outros fundamentos jurídicos mais adequados de que as Administrações Públicas poderão – *rectius*, deverão – lançar mão para legitimarem as atividades de tratamento de dados pessoais por si desenvolvidas – mormente, (i) a necessidade do tratamento para o cumprimento de obrigações legais¹⁰⁷; e/ou (ii) a necessidade do tratamento para o exercício de funções de interesse público ou da autoridade pública de que o responsável pelo tratamento se encontre investido por lei¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Cfr. artigo 4º, nº 11, do RGPD.

¹⁰⁵ Cfr. COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, “Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679”, 4 de maio de 2020, p. 9.

¹⁰⁶ *Idem, ibidem*.

¹⁰⁷ Cfr. artigo 6º, nº 1, alínea c), do RGPD, lido em conjugação com o artigo 6º, nº 3, do mesmo diploma.

¹⁰⁸ Cfr. artigo 6º, nº 1, alínea e), do RGPD, lido em conjugação com o artigo 6º, nº 3, do mesmo diploma. Para mais desenvolvimentos, veja-se, com especial interesse, ALVES, Joel A. / COSTA, Tiago Branco, “Há vida para além do consentimento(?): contributo para a delimitação do sentido e alcance do artigo 6º, nº 1, al. e), do RGPD à luz da jurisprudência do TJUE”, in *Direito Administrativo e Tecnologia* (coord. SILVA, Artur Flaminio da), 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 131 e ss.

PROMESSA DE CESSÃO DE QUOTAS

Américo Fernando Gravato
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.148.19>

§ 1. Enquadramento. § 2. Especificidades da promessa decorrentes do regime aplicável ao contrato definitivo. 1. Desnecessidade de consentimento da sociedade para a conclusão do contrato-promessa. 2. Necessidade de consentimento da sociedade para a celebração do contrato definitivo. 2.1. Enquadramento. 2.2. Os vários cenários. 3. Direito de preferência convencional. § 3. Aplicação do regime geral: algumas notas. 1. O princípio da equiparação. 2. Forma. 3. Incumprimento do contrato-promessa de cessão de quotas. 3.1. O problema da presunção de que a quantia entregue tem carácter de sinal. 3.2. Incumprimento temporário e execução específica. 3.3. Incumprimento definitivo e resolução. 4. Cumprimento da promessa e outras obrigações. § 4. Questões de qualificação. § 5. Problemas atinentes à cessão total de quotas. 1. Promessa de cessão total de quotas e o estabelecimento comercial da sociedade. 1.1. *Entrega de estabelecimento comercial*. 1.2. Instauração pelo senhorio, após a promessa de cessão de quotas, de uma ação de despejo do imóvel onde se encontrava instalado o estabelecimento comercial da sociedade. 2. Outras questões. 2.1. Renúncia à gerência. 2.2. Obrigação de proceder ao aumento do capital social. 2.3. Obrigação de o promitente-cedente dividir a quota social. § 7. Riscos inerentes à promessa de cessão de quotas: cláusulas de salvaguarda de posição jurídica. 1. Cláusulas de proteção do promitente-cessionário referentes à situação económico-fiscal da sociedade. 2. Cláusulas de proteção do promitente-cessionário relativas a dívidas da sociedade. 3. Cláusulas de proteção do promitente-cedente relativas a dívidas da sociedade.

§ 1. Enquadramento

No direito societário, assume relevo especial a promessa de transmissão de participações sociais.

O negócio de cessão de quotas, que subjaz à respectiva promessa, configura um negócio multifacetado, que pode assumir contornos bem diversos.

Desde logo, pode ser oneroso ou gratuito.

Por outro lado, pode consubstanciar atos jurídicos muito distintos. Citemos alguns: venda (voluntária) – o contrato típico –¹, troca, dação em cumprimento ou doação².

Desta sorte, também a promessa de cessão de quotas pode assumir, entre outras, uma das variantes mencionadas, o que acarreta consigo especificidades de regime.

A promessa de cessão de quotas típica tem as seguintes características:

- é bilateral;
- o contrato que lhe subjaz é, frequentemente, o de compra e venda (a prestações)³.

§ 2. Especificidades da promessa decorrentes do regime aplicável ao contrato definitivo

1. Desnecessidade de consentimento da sociedade para a conclusão do contrato-promessa

Em primeiro lugar, cabe notar que a celebração do contrato-promessa de cessão (total ou parcial) de quotas não está sujeita à aquiescência da sociedade. Trata-se aqui de um desvio à regra geral do art. 410º, nº 1 CC, que consagra o princípio da equiparação de regimes entre contrato-promessa e

¹ “As compras e vendas de partes ... de sociedades comerciais” são consideradas comerciais, à luz do art. 463º, § 5 CCom. Ora, por força do art. 410º, nº 1 CC e do princípio da equiparação que daí resulta, deve entender-se que a promessa de cessão de quotas é havida igualmente como um ato de comércio objectivo. Tratando-se de atos de comércio, as obrigações deles emergentes são solidárias, à luz do art. 100º CCom. (no Ac. Rel. Porto, de 22.11.2007 (PINTO DE ALMEIDA), www.dgsi.pt, assim se concluiu, afirmando-se que “porque no contrato celebrado entre as partes nada se estipulou para afastar a regra da solidariedade, temos de concluir, como na sentença, que a obrigação de pagamento imposta aos réus está sujeita ao regime de solidariedade passiva”). Note-se que a venda executiva e a venda em sede de liquidação da massa insolvente não integram o conceito de cessão de quotas.

² Ver SOVERAL MARTINS, Cessão de quotas. Alguns problemas, Coimbra, 2007, pp. 9 e 10.

³ Cfr., entre outros, Ac. Rel. Porto, de 5.2.2004 (GONÇALO SILVANO), www.dgsi.pt.

contrato definitivo. A razão de ser do art. 228º, nº 2 CSC não impõe a sua aplicabilidade ao contrato-promessa⁴.

2. Necessidade de consentimento da sociedade para a celebração do contrato definitivo

2.1. Enquadramento

O problema suscita-se especificamente na promessa de cessão parcial de quota(s) em função do negócio definitivo a celebrar no futuro que pode não prescindir da autorização da sociedade. Caso seja este o cenário, a execução da promessa pode ser inviabilizada.

Sendo a cessão total, os promitentes-alienantes, sócios da sociedade, não podem impedir o negócio, através da não aquiescência desta, devendo considerar-se já prestado implicitamente o consentimento.

Como se sabe, o art. 228º, nº 2, 1ª parte CSC impõe, como regra geral, o consentimento da sociedade na cessão de quota. Ressalvam-se, porém, na 2ª parte da disposição algumas situações em que a cessão é livre da aquiescência. Estamos a aludir à transmissão das participações sociais entre cônjuges, entre ascendentes, entre descendentes ou entre sócios.

No entanto, esta regra é supletiva na sua dupla vertente. Queremos com isto dizer que o pacto social pode, em qualquer dos casos, dispor diversamente e em qualquer dos sentidos (art. 229º, n.ºs 2 e 3 CSC)⁵.

2.2. Os vários cenários

Pressupondo a necessidade de concordância da sociedade para a cessão da quota, a sua falta pode gerar, portanto, a impossibilidade de cumprimento do contrato-promessa, ou seja, a não conclusão do contrato definitivo.

Há que apreciar as origens dessa falta.

Desde logo, pode gerar-se um conflito, pois a sociedade pode impedir, à luz do mencionado regime supletivo, a transmissão definitiva da quota para o promitente-cessionário.

⁴ Igualmente SOVERAL MARTINS, ob. cit., p. 33.

⁵ Caso seja exigido o consentimento à sociedade, nada impede que esta o dê antecipadamente, embora em face da específica cessão tida em vista.

Acontece que pode eventualmente ser exercida pelo próprio sócio promitente-transmitente, interessado porventura - e por razões supervenientes - no não cumprimento da promessa, alguma pressão junto dos outros sócios que os induza a pronunciar-se no sentido da não aquiescência da sociedade.

Pressupondo agora a recusa do consentimento da sociedade, possível à luz do art. 231º CSC, deve ainda questionar-se se este é susceptível de ser impugnado por via judicial. Embora haja aqui posições doutrinárias divergentes, parece que “não pode a maioria votar pela recusa do consentimento tendo em vista tão-só, por exemplo, prejudicar o sócio que pretende ceder a quota”, sendo que tais deliberações poderão ser impugnadas com base no instituto do abuso do direito, à luz do art. 58º, nº 1, al. b) CSC⁶.

De todo o modo, na promessa de cessão de quotas é possível acautelar convencionalmente algumas destas hipóteses, o que se consegue, por exemplo, condicionando a respectiva celebração do contrato definitivo à autorização da sociedade exigido por lei ou pelo pacto social, sem que, *v.g.*, haja lugar a qualquer indemnização do promitente(s)-cedente(s)⁷.

3. Direito de preferência convencional

É muito vulgar a consagração, no contrato de sociedade, de cláusulas de preferência a favor dos sócios e/ou da própria sociedade perante a venda das participações sociais⁸.

Tendo tal direito de preferência eficácia real, há a possibilidade de, no limite (ou seja, tendo ocorrido a transmissão da quota a outrem), fazer reverter a situação jurídica criada⁹. A sua celebração à margem de uma comunicação para preferir permite, portanto, ao titular do respectivo direito instaurar com sucesso uma ação de preferência, nos termos do art. 1410º CC, tendo em vista a aquisição da quota.

⁶ Esta é a posição de COUTINHO DE ABREU, que acompanhamos (Curso de Direito Comercial, II, 2ª Ed., Coimbra, 2007, p. 370).

⁷ Um caso com alguma proximidade substancial foi analisado no Ac. STJ, de 23.10.2003 (FERREIRA GIRÃO), www.dgsi.pt (o circunstancialismo era o seguinte: “A, SA celebrou com B, Lda, C, Lda, D, Lda e E, Lda um contrato-promessa pelo qual a B, Lda, a C, Lda e a D, Lda (integradoras do Grupo F) prometeram ceder à A, SA as quotas que detinham na E, Lda, desde que a sociedade G autorizasse essa cessão”).

⁸ Aliás, em sede executiva, é o próprio Código das Sociedades Comerciais que atribui um direito de preferência aos sócios, em primeiro lugar, e à sociedade, depois (cfr. art. 239º, nº 5 CSC).

⁹ COUTINHO DE ABREU, Curso de Direito Comercial, II, cit., pp. 371 e 372, SOVERAL MARTINS, Cessão de quotas, cit., pp. 72 ss.

Assim, o promitente-cedente da quota deve notificar o titular do direito de preferência (o sócio e/ou a sociedade) para que este ou esta, querendo, exerça o seu direito.

Se tal ocorrer fica inviabilizada a transmissão da quota, já que o contrato de cessão de quota será realizado entre o promitente-cedente (sócio da sociedade) e o exercente do direito de preferência.

Desta sorte, o contrato-promessa pode acautelar tal situação. Assim, o promitente-cedente, prudentemente e para sua tutela, deve apor no contrato uma cláusula condicional: o contrato prometido está dependente do não exercício do direito de preferência, extinguindo-se com tal exercício, sem haver lugar a qualquer indemnização.

§ 3. Aplicação do regime geral: algumas notas

1. O princípio da equiparação

Também aqui se suscita a aplicabilidade das regras gerais de direito: As questões mais suscitadas são as seguintes:

- interpretação da declaração negocial¹⁰;
- (in)validade da promessa¹¹.

¹⁰ Discutiu-se, no Ac. STJ, 17.6.2008 (NUNO CAMEIRA), www.dgsi.pt, se a promessa era unilateral ou bilateral. Considerou o tribunal que o ato “não pode senão ser qualificado como um *contrato-promessa bilateral* – um contrato, portanto, em que ambas as partes, correspectivamente, se vincularam à realização do contrato prometido. Tal [decorre de se ter consignado] que os réus *declararam prometer-vender* as quotas detidas na sociedade e que o autor e outros lhe pagariam o preço acordado em parcelas de 8 mil contos. No mesmo sentido concorre a estipulação ... de que a escritura relativa ao contrato prometido se realizaria logo que as parcelas do preço estivessem amortizadas e de que, até essa data, os *promitentes-compradores* pagariam aos *promitentes-vendedores* juros sobre o capital em dívida. Extrai-se do documento, sem qualquer dúvida, que o autor aceitou a vinculação dos réus à cedência das quotas, e que, concomitantemente, ele próprio se comprometeu a adquiri-las por certo e determinado preço, logo acordado”.

¹¹ No Ac. Rel. Guimarães, de 16.5.2004 (ROSA TCHING), www.dgsi.pt, foi bem assinalado que “a validade do contrato-promessa de cessão de quotas pertencentes a menores, não depende de prévia autorização do Tribunal porque com ele não se opera a transferência da propriedade das quotas, dele emergindo tão só, para os contraentes, a obrigação de facto positivo de contratar, de outorgar no contrato de cessão de quotas prometido”. Desta sorte, “ao prometerem ceder as quotas dos seus filhos menores, os pais destes assumiram, para além da obrigação principal de celebração do contrato prometido de cessão de quotas, a obrigação secundária de cujo cumprimento dependerá o cumprimento do contrato promessa: a obrigação de requerer a autorização judicial necessária à celebração do contrato prometido”. No Ac. STJ, de 17.6.2008 (NUNO CAMEIRA), www.dgsi.pt, foi declarada nula a promessa, à luz do art. 220º CC, “dado que só os réus o assinaram, e, por outro, à inviabilidade da sua conversão em contrato-promessa unilateral válido, uma vez que não foram alegados nem se provaram factos integradores da vontade conjectural das partes, nos termos prescritos no art. 293º do mesmo diploma”. A mesma sanção – nulidade – resultou do Ac. STJ, de 18.2.1993 – sumário (MIRANDA GUSMÃO), www.dgsi.pt; estava aí em causa um contrato-promessa de cessão

2. Forma

À luz do art. 410º, nº 2 CC, e dado que o art. 228º, nº 1, CSC¹² impõe a redução a escrito da cessão de quotas, donde também a promessa deve obedecer ao mesmo formalismo: um documento assinado pela parte que se vincula ou por ambas, consoante o contrato-promessa seja unilateral ou bilateral. Vale o princípio da equiparação na sua plenitude.

de quotas, com exclusão de bens do património social; tal invalidade foi declarada tendo em conta a impossibilidade jurídica da prestação (art. 280º, nº 1 CC). Já no Ac. STJ, de 12.5.2005 (BETTENCOURT DE FARIA), www.dgsi.pt, tratava-se de uma promessa de cessão total de quotas de uma sociedade, tendo dois dos sócios, intervindo na qualidade de promitentes-cedentes e na qualidade de legais representantes de seus filhos menores, igualmente titulares de quotas. Dado que desconheciam que a alienação de bens de menores dependia de autorização judicial pretendiam que o contrato definitivo fosse celebrado apenas quanto a eles, o que foi recusado pelos promitentes-cessionários pois pretendiam a totalidade das participações sociais, sendo que “era essencial, em termos económicos, que o negócio estivesse concluído antes do Verão de 2000, uma vez que contavam com a exploração comercial da época de Verão desse ano para poderem pagar o valor de aquisição das quotas. Ora, no caso de conhecerem qualquer obstáculo à celebração da escritura no prazo previsto no contrato promessa, não quereriam o negócio”. Afirmou o tribunal que “que ocorreu... um erro quanto aos motivos determinantes da sua vontade de contratar respeitante ao objeto do negócio: julgavam que as quotas estavam na imediata disponibilidade dos promitentes-cedentes, facto que não era verdadeiro”. Daí ter sido declarada a anulabilidade da promessa. No Ac. STJ, de 4.4.2006 (NUNO CAMEIRA), www.dgsi.pt, debateu-se igualmente a existência de um erro sobre os motivos. Na sequência das promessas de cessão de quotas, ficou provado que o promitente-cessionário só “acedeu a adquirir a sua atual quota na [sociedade] por estar convencido que esta dispunha na sua titularidade de várias concessões para exploração de centrais de energia eléctrica e que só teria o passivo referido na cláusula 5ª...”. Julgou bem o tribunal que “a informação omitida, por consequência, incidiu sobre um ponto de crucial importância para a formação da vontade do autor, tal como ficou objectivada no negócio definitivo realizado; e isto porque, sem qualquer dúvida, o valor real da quota que adquiriu – *rectius*, o preço total acordado – esteve em direta correlação com a inexistência de débitos sociais para além daqueles que, ao pagar o que pagou, satisfiz aos réus. Ver ainda sobre o tema, Ac. STJ, de 19.11.2002 (AFONSO DE MELO), www.dgsi.pt. No quadro geral da invalidade do negócio encontramos um problema muito frequente, na sequência da promessa de transmissão de participação social: a existência de uma simulação de preço. Com efeito, da promessa de cessão de quotas o valor atribuído às participações sociais é muito diferente do valor do contrato prometido, normalmente bem inferior (que tem na sua base uma eventual fuga ao fisco), embora não seja de excluir que seja superior (que tem na sua base o não exercício do direito de preferência pelo respetivo titular). Em ambas as situações tratar-se-á de uma simulação de preço. Quanto à primeira hipótese, veja-se o Ac. STJ, de 5.6.2007 (FONSECA RAMOS), www.dgsi.pt (afirmou o tribunal, a certa altura, que “do cotejo entre o contrato-promessa e a escritura pública que tituló o negócio da cessão, resulta que o preço constante desta é inferior, em muito, ao que foi acordado pelas partes e por elas efectivamente querido”; ora, “sem dúvida que o contrato-promessa, até como contrato preliminar, constitui patente prova escrita (documental) de primeira aparência da simulação”; concluiu-se que “tendo apenas tendo havido simulação do preço n[ão] contrato de] cessão da quota, a nulidade emergente da simulação não se propaga ao negócio jurídico apenas afectando o objeto imediato da simulação – o preço – que deve ser considerado não o declarado, mas o que realmente foi negocialmente querido”; sustenta-se a decisão com o Ac. STJ de 20.1.1998, www.dgsi.pt (“a simulação de preço não implica a nulidade do ato (no caso, uma cessão de quota), que passará a valer pelo preço realmente convencionado”) e com o Ac. STJ, de 15.5.1990, BMJ, 1990, nº 397, p. 478 (“é princípio assente na lei e na doutrina que a simulação do preço é uma simulação relativa que, não determinando a nulidade do negócio, apenas implica a determinação do preço real”); desta sorte, considerou-se válido o contrato de cessão da quota “sendo que se deve ter como real o preço de € 94.771,60 e não o ali declarado, simuladamente, de € 2.500”).

¹² Ver ainda o art. 4º-A CSC.

3. Incumprimento do contrato-promessa de cessão de quotas

3.1. O problema da presunção de que a quantia entregue tem carácter de sinal

Em sede de promessa de cessão de quotas, em especial sob a forma de compra e venda, tem sido discutido se a(s) quantia(s) entregue(s) reveste(m) a natureza de sinal, em razão da presunção *juris tantum* constante do art. 441º CC.

No Ac. STJ, de 12.7.2005, o promitente-cessionário invocou a presunção legal estabelecida na citada norma. Considerou-se “inexistirem razões impeditivas de o âmbito de aplicação daquele preceito ser extensível aos contratos-promessa relativos a outros direitos reais, entre eles o de cessão de quotas sociais”. Como foi efetuada a prova de que as duas quantias em causa foram entregues no quadro do contrato-promessa e a contraparte não logrou provar o contrário, ou seja, “que essas entregas não foram feitas [nesse] âmbito ... ou que, embora tendo sido feitas..., não o foram a título de sinal”, entendeu-se que tais valores são havidos como sinal¹³.

Creemos que o art. 441º CC tem plena aplicação. A interpretação está de acordo com o texto da lei e com a sua razão de ser.

3.2. Incumprimento temporário e execução específica

A convenção, expressa¹⁴ ou tácita¹⁵, de execução específica é muito vulgar na promessa de cessão de quotas, em especial no domínio da compra e venda. Não há aqui especificidades no confronto com o regime geral.

Repare-se, no entanto, que a execução específica não tem sucesso em face da não prestação de consentimento ou da sua recusa pela sociedade, supondo que não se verifica nenhuma das situações previstas no nº 2 do art. 231º CSC, pois aí a cessão torna-se livre de consentimento.

¹³ Ac. STJ, de 12.7.2005 (FERREIRA GIRÃO), www.dgsi.pt.

¹⁴ Ver Ac. Rel. Lisboa, de 22.2.2007 (MANUEL GONÇALVES), www.dgsi.pt (no contrato-promessa assinalava-se o seguinte: “importando o seu não cumprimento [da promessa de cessão de quotas] o direito à execução específica nos termos do art. 830º do CC”).

¹⁵ Cfr. o Ac. STJ, de 8.7.2003 (LUÍS FONSECA), www.dgsi.pt (no caso, tal estipulação decorria especificamente de, no contrato-promessa de cessão de quotas, ter ocorrido, por parte do promitente-cedente, a renúncia à gerência, ao direito de fiscalizar a escrita e a participar nas reuniões da sociedade, passando procaução a favor do requerido, concedendo-lhe todos os poderes inerentes à sua qualidade de sócio).

Deve, no entanto, salientar-se que tem sido pouco comum, ao nível das decisões judiciais conhecidas, o pedido de declaração da execução específica.

Destaque-se um caso que trata do abuso do direito à execução específica. Na verdade, após a promessa de cessão de quotas, a sociedade, por inação do único sócio (promitente-cedente) deixou de ter atividade, património e clientela. Foi entendido que aquele “não perdeu as responsabilidades de manter a sociedade ativa através do cumprimento das obrigações de que essa empresa era titular, quer de natureza fiscal, quer de natureza civil e, por essa razão, era a si que cumpria diligenciar para que a situação tributária da sociedade estivesse regularizada, assim como [deveria ter] regularizado a situação do arrendamento do local onde se situava o estabelecimento”. Daí que o exercício do direito à execução específica constitua “uma manifesta violação das mais elementares regras da boa-fé, não só porque excede o limite imposto pelo fim económico do direito pretendido exercer mas, também, porque a cessão da quota é de nulo efeito económico”¹⁶.

3.3. Incumprimento definitivo e resolução

Impõe-se tecer duas considerações breves, antes da exposição comentada de algumas decisões dos nossos tribunais superiores.

Como aqui não pode haver lugar à tradição da coisa, já que as quotas não são representadas em títulos (art. 219º, nº 7 CSC), a indemnização a que haja lugar por inadimplemento definitivo limitar-se-á ao sinal ou ao dobro do sinal (pressupondo a sua existência), consoante o caso (art. 442º, nº 2, 1º e 2º trechos CC).

A alienação da(s) quota(s) pelo promitente-cedente a um terceiro ou o esvaziamento, por parte deste, do património da sociedade, provocam o incumprimento definitivo do contrato-promessa, donde o promitente-cessionário tem legitimidade para exigir o dobro do sinal e, eventualmente, se tiver sido consagrada, uma indemnização à luz do art. 442º, nº 4 CC¹⁷.

¹⁶ Ac. Rel. Porto, de 9.5.2007 (MANUEL CAPELO), www.dgsi.pt.

¹⁷ Foi este o circunstancialismo ocorrido no Ac. STJ, de 13.11.2003 (LUÍS FONSECA), www.dgsi.pt (o “promitente-vendedor vendeu a quota a terceiros, tornando impossível o cumprimento do contrato, violando a promessa...”; assim, “sendo este responsável como se faltasse ao cumprimento da obrigação”, “tem o promitente-comprador... direito a receber o dobro do que prestou”). Noutro caso, decidido pelo Ac. Rel Porto, de 11.10.1999 – sumário (CAIMOTO JÁCOME), www.dgsi.pt, ocorreu, após a promessa de cessão de quotas de uma sociedade, que tinha por único objeto a exploração de um restaurante, o trespassse deste, esvaziando patrimonialmente a sociedade, veio

Diversamente do que ocorre com a execução específica, são suscitadas em tribunal, com frequência, questões relativas ao incumprimento definitivo da promessa de cessão de quotas, muitas vezes com os mesmos contornos dos problemas de índole geral, mas com especificidades decorrentes do negócio em apreço.

Concretizemos.

No Ac. STJ, de 8.5.2007, apresentou-se a seguinte factualidade: na sequência da promessa de cessão de quotas, em que se pedia o exato conhecimento económico e fiscal da situação da sociedade, debateu-se se havia lugar a incumprimento definitivo da promessa, depois dos pedidos de entrega de balanço da sociedade dirigidos aos promitente-cedentes não terem tido sucesso, sendo que foi fixado prazo para os obter (*in casu*, 29.6.2001), e ocorreu a marcação posterior de data para a realização do contrato definitivo (4.7.2001), à qual os promitentes-cedentes faltaram.

Discutiu-se se a interpelação podia ser havida como admonitória. O tribunal entendeu que não, tendo na sua base que o prazo cominatório constante da carta não se reportou expressamente à realização do contrato prometido, mas à entrega do balanço. Ao sustentar-se que o prazo tem em vista a celebração do contrato definitivo – mas não servindo para o cumprimento de quaisquer outras obrigações acessórias, isto apesar de se não desconhecer a importância de certos deveres secundários da obrigação principal – afirmou-se a sua autonomia¹⁸.

Discordamos da orientação seguida, em virtude de haver íntima conexão entre a solicitação de entrega do balanço, as recusas sucessivas de apresentação do mesmo e a não celebração do contrato definitivo¹⁹.

Porém, o tribunal chegou à mesma conclusão por via da aplicação do art. 808º, nº, 1 CC, atenta à perda objetiva do interesse do credor. Com efeito, a aquisição das quotas só tinha interesse depois do conhecimento fiscal e económico da sociedade, o que nunca os promitentes-cedentes deram a

eliminar o valor da quota que a promitente-cedente prometera ceder à promitente-cessionária, ficará esta com direito a ser indemnizada por aquela com o dobro da quantia do preço já entregue.

¹⁸ Ac. STJ, de 8.5.2007 (SEBASTIÃO PÓVOAS), www.dgsi.pt.

¹⁹ Foi, de resto, o entendimento seguido pelo tribunal recorrido.

conhecer, pelo que se tornou objetiva a verificação da falta de interesse em prosseguir a negociação dirigida ao contrato prometido²⁰.

No Ac. STJ, de 15.2.2005, apreciou-se o fundamento do incumprimento definitivo da promessa de cessão total de quotas. Vejamos a factualidade mais relevante assente:

- o promitente-cedente arrogou-se dono e legítimo possuidor da totalidade das quotas de tal sociedade; todavia, não adquiriu tais quotas posteriormente;
- o promitente-cedente vinculou-se à inscrição no registo (prévio) das quotas a favor do promitente-cessionário, até à data da realização do contrato definitivo;
- o contrato prometido deveria ter lugar no prazo de trinta dias, contados desde 27 de agosto de 2002, sendo os promitentes-cedentes a proceder à respectiva marcação, nos termos definidos, o que nunca aconteceu;
- foi entregue, a título de sinal e princípio de pagamento, a quantia de € 10.000;
- a sociedade era titular de um estabelecimento comercial que não tinha alvará para funcionar como jardim de infância nas instalações inicialmente previstas;
- as legítimas proprietárias do estabelecimento encerraram, após a promessa, o mesmo;
- posteriormente à realização da promessa, o promitente-cessionário descobriu que a sociedade não cumpria as suas obrigações perante a Segurança Social.

A discussão acerca do incumprimento definitivo e da subsequente resolução da promessa (não passando pelo prazo para a realização do negócio definitivo, já que se considerou tratar-se de um prazo fixo relativo) foi explicitada da seguinte forma: na “atividade comercial os contratos são geralmente celebrados na previsão de uma determinada utilização do objecto da prestação. Se uma das partes, por incumprimento seu, frustra a utilidade prevista

²⁰ Ac. STJ, de 8.5.2007 (SEBASTIÃO PÓVOAS), www.dgsi.pt.

e esperada pode fazer desaparecer a utilidade do negócio”. Ora “quando se detecte um vínculo funcional entre o cumprimento dessas prestações e as demais obrigações emergentes do contrato, em termos tais que o incumprimento de umas justifica o ulterior incumprimento das outras”, é legítima a resolução. Aqui existia a obrigação de tradição do estabelecimento, prestação própria do contrato prometido (de cessão de quotas), enquanto antecipação dos efeitos deste. Mas com a impossibilidade de transmissão da propriedade do estabelecimento, na sequência do encerramento definitivo do mesmo, cerca de três meses e meio depois, *desapareceu* o interesse no contrato (art. 808º, nº 1 CC)²¹.

No Ac. STJ, de 12.10.2004, esteve em causa a mesma temática²².

Num primeiro momento, analisou-se o prazo para a marcação do contrato definitivo. *In casu*, tinha sido de 90 dias a contar da celebração da promessa, cabendo a respectiva marcação aos promitentes-cedentes. De todo o modo, nem estes o fizeram, nem a contraparte procedeu a qualquer interpelação tendo em vista a realização do contrato prometido. O prazo foi havido como relativo, pelo que - tendo em conta a falta de ação dos promitentes – apenas havia mora. Como se afirmou no aresto, “qualquer das partes podia sair dessa situação mediante a competente interpelação ou marcação da escritura”.

Note-se que o tribunal foi mais além, pois avaliou a situação de perda objetiva de interesse. Considerou, e este é o ponto fulcral, que havia um desinteresse comum aos promitentes na conclusão do negócio definitivo; por um lado, por falta de marcação ou por inexistência de interpelação para que aquela se realizasse; por outro, porque foi restituído e recebido o estabelecimento entregue. Por isso se considerou resolvido o contrato, por falta de interesse na sua execução, a qual era comum a ambos os contraentes. Nesta situação, sendo o inadimplemento imputável “em igual medida, a ambas as partes”, não há lugar a qualquer indemnização, cabendo ao promitente-cedente a restituição do sinal, por efeito da resolução²³.

²¹ Ac. STJ, de 15.2.2005 (ALVES VELHO), www.dgsi.pt.

²² Ac. STJ, de 12.10.2004 (AZEVEDO RAMOS), www.dgsi.pt.

²³ CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4ª Ed., Coimbra, 2007, p. 292.

Ainda no tocante ao prazo, é interessante apreciar se a especificidade da promessa de cessão de quotas altera o regime geral atrás exposto. No Ac. Rel. Lisboa, de 23.5.2006,²⁴ esteve em destaque o valor a atribuir à seguinte cláusula:

“1. A escritura de cessão de quotas terá lugar no dia 8, 9 ou 10 de agosto, devendo o 1º e 3º outorgantes indicar à 4ª o dia e a hora precisos, renunciando o 1º outorgante à gerência no ato da escritura.

2. A 3ª outorgante já renunciou à gerência e à direcção técnica da empresa”.

O tribunal considerou tratar-se de termo essencial absoluto, quer pelos termos imperativos e improrrogáveis consagrados no contrato, quer pelo contexto em causa, a mudança de gestão da empresa que se perspectivava e em função dos interesses patrimoniais de valor elevado envolvidos. Acrescentou-se que a alegação dos promitentes-cedentes de que o negócio definitivo teria necessariamente que decorrer num dos citados dias não foi aceite como verdade pela outra parte, o que representava uma confissão irretractável à luz do art. 567º CPC²⁵.

Creemos que apesar do circunstancialismo descrito, resultante dos contornos específicos desta promessa de cessão de quotas, a estipulação de prazo, que se limita a fixar um de 3 dias, não permite extrair a conclusão de que há incumprimento definitivo do contrato se o negócio prometido não for realizado num desses dias. De resto, não é visível, na promessa, a consequência específica da inobservância do prazo²⁶.

²⁴ Ac. Rel. Lisboa, de 23.5.2006 (LUÍS ESPÍRITO SANTO), www.dgsi.pt.

²⁵ Ac. Rel. Lisboa, de 23.5.2006 (LUÍS ESPÍRITO SANTO), www.dgsi.pt.

²⁶ Ver ainda, a propósito do (possível) incumprimento definitivo da promessa de cessão de quotas, entre outros, os seguintes arestos:

- Ac. Rel. Coimbra, de 18.9.2007 (FREITAS NETO), www.dgsi.pt;
- Ac. Rel. Lisboa, de 22.2.2007 (MANUEL GONÇALVES), www.dgsi.pt;
- Ac. Rel. Porto, de 2.5.2005 (CUNHA BARBOSA), www.dgsi.pt;
- Ac. Rel. Lisboa, de 7.4.2005 (SALAZAR CASANOVA), www.dgsi.pt;
- Ac. Rel. Porto, de 18.5.2004 (ALZIRO CARDOSO), www.dgsi.pt;
- Ac. Rel. Porto, de 12.6.2001 (EMÉRICO SOARES), www.dgsi.pt.

4. Cumprimento da promessa e outras obrigações

Com a conclusão do contrato definitivo, é pacífico que se extinguem, por efeito do cumprimento da promessa, as obrigações a que as partes se vincularam²⁷.

De todo o modo, alguns dos deveres, emergentes do contrato-promessa, podem manter-se, apesar (e depois) da realização do negócio prometido. Necessário é que, por via deste, não ocorra a extinção – expressa ou implícita – daqueles, em virtude da sua autonomia. Tal sucede com as cláusulas acessórias autónomas integrantes do contrato-promessa.

O problema tem sido, aqui e ali, objecto de debate.

No caso suscitado no Ac. STJ, de 19.2.2008, apreciava-se se uma convenção, inserida na promessa de cessão de quotas²⁸, ainda obrigava o promitente, já que tinha ocorrido a perfeita execução da referida promessa.

Em face da constatada autonomia da convenção em relação ao contrato-promessa, do qual, apenas fez formalmente parte, justifica-se a sua subsistência apesar da conclusão do contrato definitivo.

Como bem salientou o tribunal, “apesar desse cumprimento, a obrigação de prestar em que se traduz o compromisso clausulado [não permite] concluir que tal obrigação paralela se extinguiu com a celebração da... cessão de quotas (ou que as partes a quiseram derrogar), tanto mais que até se provou que o [promitente] se comprometeu a efetuar o pagamento, a que se refere a cláusula, em janeiro de 2003, muito tempo depois da escritura de cessão”²⁹.

Problema similar se suscitou no Ac. STJ, de 13.9.2007. Só que a decisão foi no sentido inverso, conquanto se não tivesse negado a possibilidade de, em tese, haver obrigações com autonomia para além da promessa. Estava em causa o preço – elemento essencial do negócio de compra e venda da quota, que se sustentava não ter sido pago integralmente, como decorria da promessa de cessão de quotas (ou seja, teria sido incumprida a terceira prestação). O facto de no contrato definitivo se assinalar “*que as referidas cessões são efetuadas por preço igual ao seu valor nominal, já recebido*”, levou

²⁷ Cfr. Ac. STJ, de 19.2.2008 (MOREIRA ALVES), www.dgsi.pt.

²⁸ A estipulação tinha o seguinte teor: “no âmbito do presente contrato e por reembolsos prestados, o segundo outorgante obriga-se e compromete-se a entregar ao primeiro outorgante a quantia de 14.963,94 €”.

²⁹ Ac. STJ, de 19.2.2008 (MOREIRA ALVES), www.dgsi.pt.

o tribunal a admitir a extinção da dívida, não havendo elementos fácticos e probatórios bastantes para afastar tal conclusão. Aliás, como se observa no aresto, nem sequer foi alegada factualidade suficiente para sustentar a existência de negócio simulado³⁰⁻³¹.

§ 4. Questões de qualificação

É muito usual a discussão em torno da qualificação jurídica de contratos, designados como “promessa de cessão de quotas”, quando esta representa uma transmissão total das participações sociais.

Para além da redação que emerge desse contratos ser normalmente dúbia, havendo que proceder à respectiva interpretação das cláusulas, não é menos verdade que por detrás encontramos, com alguma frequência, a celebração (oculta) de um contrato-promessa de trespasse de estabelecimento comercial³².

Concretizemos.

No Ac. Rel. Porto, de 7.10.2004, estava em causa a qualificação de um negócio intitulado “promessa de cessão de quotas”. Vejamos especificamente os seus termos, apresentando a decisão do tribunal, que mais tarde veio a ser confirmada por aresto do STJ, de 21.4.2005, para os comentar à medida do desenvolvimento da exposição³³.

³⁰ Ac. STJ, de 13.9.2007 (SOUSA PINTO), www.dgsi.pt (mais se afirmou que não foi efetuada a prova da tese “da autonomia e da subsistência da cláusula que previa a obrigatoriedade da 3.ª prestação, após a realização do contrato prometido, pois que para que a mesma pudesse vingar, tal implicaria que demonstrasse que a mesma se sobrepunha ao estipulado na escritura pública (que refere que o preço se encontra pago) o que não aconteceu, sendo certo que tal não seria fácil de realizar, atenta a força probatória do documento que serviu de forma ao contrato prometido”).

³¹ Num outro caso, decidido pelo Ac. Rel. Lisboa, de 21.6.2007 (ANA LUÍSA GERALDES), www.dgsi.pt, observa o tribunal que, “em face de todo o clausulado, ficou acordado que, em data posterior, seria realizada a escritura de celebração do respetivo cessão de quotas, através da qual se procederia à alteração da constituição da sociedade, quer no que respeita à sua composição de sócios, quer quanto ao respetivo valor das quotas”. Foi, assim, sustentado que as partes realizaram um verdadeiro contrato-promessa de cessão de quotas, tendo postergado para fase posterior a celebração da escritura de alteração de sócia”. Concluiu-se, pois, que do próprio contrato-promessa é possível retirar outras consequências, tendo em conta as obrigações aí assumidas.

³² Noutros casos, discute-se se não está em causa um contrato definitivo em vez de uma promessa.

³⁰ problema foi suscitado no Ac. STJ, de 19.9.2002 (MOITINHO DE ALMEIDA), www.dgsi.pt (sustentou-se que “o acordo em que os sócios de uma sociedade por quotas cedem as suas quotas sociais por determinado preço, pago a prestações pelos cessionários, em que os cedentes deixam de imediato a gerência e os cessionários são, desde logo, nomeados gerentes, é um contrato definitivo de compra e venda de quotas sociais, e não um simples contrato-promessa, não obstante as partes assim o terem intitulado”).

³³ Ac. STJ, de 21.4.2005 (MOITINHO DE ALMEIDA), www.dgsi.pt.

Assim,

- nos considerandos, aludia-se ao “contrato-promessa de cessão de quotas do estabelecimento comercial instalado no r/c do prédio...”;
- a *cessão de quotas* era total; o único património relevante da sociedade era o estabelecimento comercial (cl. 1^a);
- o pagamento do preço era feito do seguinte modo: uma entrada inicial e o restante através da subscrição de 73 letras de câmbio, a vencer-se mensalmente (cl. 2^a);
- a “cessão de quotas é feita com todos os móveis, utensílios, licenças, alvará e outros elementos que o integram, mas livre de qualquer passivo...” (cl. 3^a);
- consagra-se ainda a “reserva de titularidade das quotas até integral pagamento do preço” (cl. 4^a)³⁴.

Para além das graves deficiências de redação, não pode deixar de se destacar que a intitulada promessa de cessão (total) de quotas de uma sociedade tem larguíssimas afinidades com a promessa de trespasse de estabelecimento comercial. Tal proximidade emerge, desde logo, do facto de a cessão de quotas ser total, o que de resto sempre constituiu motivo de possível equiparação, pela doutrina, à situação de trespasse³⁵.

Aliada a esta similitude encontramos a circunstância de o estabelecimento comercial ser o único e relevante bem da sociedade.

Acresce que o modo de pagamento acordado e a reserva de propriedade consagrada expressam estipulações usuais muito ligadas aos contratos de trespasse (e naturalmente aos contratos-promessa de trespasse)³⁶.

³⁴ Ac. Rel. Porto, de 7.10.2004 (JOÃO BERNARDO), www.dgsi.pt, p. 5.

³⁵ Também é usual a estipulação de uma cláusula de reserva de propriedade na promessa de cessão de quotas (ver Ac. Rel. Porto, de 2.5.2005 (CUNHA BARBOSA), www.dgsi.pt, pp. 5 e 9).

³⁵ Neste sentido, ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*. O problema da empresa como objeto de negócio, Coimbra, 1967, p. 207, FERRER CORREIA e ALMENO DE SÁ, “Oferta pública de venda de ações e compra e venda de empresa”, CJ, 1993, IV, pp. 16 ss., COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*. As empresas no Direito, Coimbra, 1996, pp. 345 ss., GRAVATO MORAIS, *Alienação e oneração de estabelecimento comercial*, cit., pp. 122 ss.

³⁶ Ver, por exemplo, a situação descrita no Ac. Rel. Porto, de 18.11.2004 (JOSÉ FERRAZ), www.dgsi.pt, p. 4 (no âmbito de uma promessa de trespasse aludia-se à utilização de 72 letras para liquidação do remanescente do preço, a vencer mensalmente, e ainda se previa uma cláusula de reserva de propriedade até integral pagamento).

De resto, quanto ao conteúdo do contrato definitivo usa-se mesmo uma locução afim da aposta no art. 1112º, nº 2, al. b) CC, NRAU, correspondente ao antigo art. 115º, nº 2, al. b) RAU.

O tribunal, contudo, não deixou de considerar que se tratava de uma promessa de cessão de quotas, apesar de relevar algumas destas circunstâncias, solução com a qual discordamos.

Vejamos uma outra situação, com alguma similitude factual.

Também aqui estava em causa, como se aludiu no aresto, uma deficiente expressão da vontade das partes. Foi celebrado, em 2000, um contrato designado “promessa de cessão de quotas”.

Apesar da similitude com a cláusula típica existente no contrato de trespasse, onde se refere que *“esta cessão de quotas é feita com todos os móveis, utensílios, licença e alvará e outros elementos que o integram, mas livre de qualquer passivo, seja ele de que natureza for”*, deu-se mais relevo na decisão a outros problemas, como sejam, a não identificação do estabelecimento e a não identificação do senhorio, pelo que se concluiu que “não estava na mente dos outorgantes celebraram um contrato-promessa de trespasse, ou contrato de trespasse, mas sim um contrato-promessa de cessão de quotas”³⁷.

Numa outra hipótese, em que se discutia a mesma temática, tratava-se de um “contrato-promessa de cessão de chave de estabelecimento, excepto o recheio”³⁸. O negócio, assim designado pelas partes (o que escapa aos parâmetros regulares), tinha algumas particularidades: os *promitentes*-vendedores cediam a chave do seu estabelecimento de venda a retalho de artigos de desporto e campismo, pelo valor de 6.000.000\$00 aos *promitentes*-compradores; no entanto, tal importância não incluía o recheio do estabelecimento; o valor deste seria encontrado por ambas as partes e pago separadamente à data do negócio definitivo; foi recebida, como sinal e princípio de pagamento, a soma de 1.600.000\$00, sendo o valor do recheio encontrado no ato de entrega do estabelecimento; o negócio prometido teria lugar logo que se reunissem todos os documentos necessários para o efeito.

Sucedeu que os *promitentes*-compradores receberam uma carta com o seguinte teor: “para darmos cumprimento ao contrato de cessão de quotas

³⁷ Ac. Rel. Porto, de 18.10.2004 (FONSECA RAMOS), www.dgsi.pt.

³⁸ Ac. Rel. Coimbra, de 20.1.2004 (TOMÁS BARATEIRO), www.dgsi.pt.

da firma... estamos à vossa disposição para se proceder à contagem de todo o recheio... por se encontrarem reunidos os documentos necessários para a ... cessão das respectivas quotas têm os [promitentes-compradores], a partir da data da recepção desta carta, trinta dias para oficializarmos esse [documento]; caso não compareçam ou se façam representar no prazo estipulado, é porque não pretendem cumprir o nosso contrato”; o que implicava “a perda do sinal já entregue e o pagamento de uma indemnização do mesmo valor aos actuais sócios da firma”³⁹.

O tribunal entendeu que a falta de referência a “quota ou participação em capital de qualquer sociedade comercial”, a omissão de indicação “do valor de qualquer participação social”, a não utilização de termos como “sócios”, “quota ou quotas sociais”, não permitiam concluir, de acordo com um declaratório normal colocado na posição real dos promitentes-compradores nunca poderia deduzir do comportamento da outra parte que estes estavam a prometer ceder as quotas de uma sociedade comercial. Foi, por outro lado, bem salientado que “se os [promitentes-compradores] podiam ceder as quotas daquela sociedade, também podiam transmitir, através de trespasse, apenas o estabelecimento comercial pertencente a tal sociedade”. De igual sorte, se considerou que “a exclusão do recheio e de duas viaturas daquele preço não têm qualquer significado... podendo até considerar-se que apontam mais no sentido de que não se pretendia uma cessão das quotas”⁴⁰.

§ 5. Problemas atinentes à cessão total de quotas

A cessão de quotas é, frequentemente, total.

Por via disso, alteram-se, na sua globalidade, os sócios de uma dada sociedade, mas não as relações jurídicas estabelecidas entre esta e terceiros.

Acontece que como a sociedade é frequentemente proprietária de um ou até de vários estabelecimentos, muitas vezes instalados em imóvel(is) arrendado(s), há algumas temáticas que devem ser acauteladas no

³⁹ Ac. Rel. Coimbra, de 20.1.2004 (TOMÁS BARATEIRO), www.dgsi.pt.

⁴⁰ Ac. Rel. Coimbra, de 20.1.2004 (TOMÁS BARATEIRO), www.dgsi.pt.

contrato-promessa. Daí que se aluda, em primeiro lugar, aos problemas que mais se suscitam neste sede.

Mas, para além destes, existem outras questões conexas à promessa de cessão de quotas que não deixamos de analisar.

1. Promessa de cessão total de quotas e o estabelecimento comercial da sociedade

1.1. Entrega do estabelecimento comercial

Sendo a sociedade comercial por quotas proprietária de um (ou até de vários) estabelecimento(s) comercial(is), o contrato-promessa de cessão total das participações sociais envolve, por vezes, a *traditio* do (em regra, único) estabelecimento da sociedade, sendo que os promitentes-cessionários – virtuais e futuros sócios – passam, desde logo, a explorar aquele⁴¹ (ou tal ocorre em momento ulterior, mas ainda antes da conclusão do contrato prometido)⁴²⁻⁴³.

⁴¹ Foi o que sucedeu no caso analisado no Ac. Rel. Porto, de 2.5.2005 (CUNHA BARBOSA), www.dgsi.pt; ver ainda o Ac. STJ, de 15.2.2005 (ALVES VELHO), www.dgsi.pt (aludia-se aí à cláusula aposta na promessa de cessão de quotas: “na boa execução do presente contrato os primeiros outorgantes procederão, no próximo dia 1 de setembro, à tradição material do estabelecimento de creche e jardim de infância da sociedade ora prometida transmitir obrigando-se, no entanto, e até à realização da escritura pública definitiva de cessão de quotas, a proceder, por si e/ou por interposta pessoa (nomeadamente a ainda gerente inscrita) a todos e a quaisquer atos de gestão corrente da sociedade”), o Ac. Rel. Porto, de 9.5.2007 (MANUEL CAPELO), www.dgsi.pt (*in casu*, a questão era bem mais complexa; na sequência da cessão de quotas (e da entrega do estabelecimento), as partes acordaram que o pagamento se faria através de vários cheques pré-datados; todavia, a sociedade em causa, arrendatária do imóvel, deixou de pagar a renda ao senhorio, tendo sido despejada por via de uma ação judicial instaurada, tendo sido inclusivamente penhorado o estabelecimento comercial, entre outras vicissitudes; mas mesmo assim, o promitente-cedente instaurou uma ação de execução específica, no sentido da celebração do contrato definitivo, por via judicial: foi indeferida a pretensão do promitente-cedente, em razão do seu “efeito económico útil nulo”, já que “existe uma efectiva desproporção objectiva entre a utilidade do exercício do direito do [promitente-cedente] e os prejuízos em termos de consequência que os [promitentes-cessionários] terão que suportar, sem que aos mesmos possa ser imputada responsabilidade pelo estado actual da sociedade”).

⁴² Foi o que sucedeu na situação descrita no Ac. Rel. Lisboa, de 18.10.1990 (MORA DO VALE), www.dgsi.pt (observava-se aí que na promessa de cessão de quotas se incluiu uma “cláusula segundo a qual os promitentes-cedentes se obrigavam a entregar o estabelecimento comercial daquela sociedade aos promitentes-cessionários em certa data”. Concluiu o tribunal que “daí não resulta que o contrato prometido tenha que ser celebrado até esta data, mas apenas que se não estipulou prazo para o cumprimento da obrigação principal. A falta de estipulação de data para a celebração do contrato prometido não tira validade ao contrato-promessa, podendo posteriormente as partes acordar nessa data ou recorrer ao tribunal para o efeito. Todavia, se os promitentes cedentes não cumprem a obrigação acessória de entrega do estabelecimento comercial na data aprazada, incumprem o contrato, sendo devida a restituição do sinal em dobros e juros de mora à taxa legal”).

⁴³ Noutras hipóteses, na promessa “indicam-se os bens que constituem o património da sociedade, o que significa que determinaram o conteúdo do direito social alienado também quanto aos bens que constituem o objeto mediato desse direito. Quando o património social é constituído por uma empresa, a sua referência genérica pode ser suficiente para determinar o conteúdo da posição social alienada relativamente aos bens da organização dessa empresa” (Ac. STJ, de 19.11.2002 (AFONSO DE MELO), www.dgsi.pt).

Cabe, desde já salientar, que a *entrega do estabelecimento* é coisa bem diversa da promessa de cessão (total) de quotas. Este último negócio tem um alcance específico e determinado: a obrigação de, no futuro, haver lugar à transmissão voluntária das participações sociais, não tendo como consequência a transferência do gozo do estabelecimento comercial da sociedade a terceiros⁴⁴.

O que afirmámos não significa que não seja possível a *traditio do estabelecimento* no quadro da promessa de cessão de quotas. Aliás, pode ser essa até a finalidade subjacente ao próprio negócio, o que significa que ele tem fundamentalmente como propósito a aquisição da organização mercantil⁴⁵.

De todo o modo, há que analisar o alcance específico do ato à luz da específica promessa⁴⁶.

1.2. Instauração pelo senhorio, após a promessa de cessão de quotas, de uma ação de despejo do imóvel onde se encontrava instalado o estabelecimento comercial da sociedade

A promessa de cessão total de quotas de uma sociedade, que é titular de um ou de vários estabelecimentos comerciais instalados em imóvel arrendado, é suscetível de provocar outro tipo de problemas: os relacionados com a relação locatícia, em especial com a extinção, por incumprimento da sociedade, do contrato de arrendamento comercial onde está instalada a organização mercantil.

Cumpra assinalar, em primeiro lugar, que a promessa de cessão de quotas não provoca qualquer mutação nos sujeitos da relação arrendatícia. O inquilino permanece o mesmo: a sociedade comercial.

⁴⁴ Ver o Ac. Rel. Porto, de 18.5.2004 (ALZIRO CARDOSO), www.dgsi.pt (aí se observa que “o facto de os [promitentes-cedentes] terem entregue aos [promitentes-cessionários] o estabelecimento pertencente à sociedade e destes terem tomado posse efectiva deste, não qualifica o contrato como definitivo, sendo que o celebrado contrato nem sequer teve por objeto o referido estabelecimento, mas sim as quotas representativas do capital da sociedade”).

⁴⁵ Foi o que se deduziu no Ac. STJ, de 15.2.2005 (ALVES VELHO), www.dgsi.pt (relevou-se que “salta à vista que, sendo o fim do negócio a aquisição do estabelecimento de creche e jardim de infância de que a sociedade comercial, cujas quotas [o promitente-cessionário] se propôs adquirir na totalidade, era proprietária, aquela obrigação de tradição se destinava a permitir-lhe dispor do estabelecimento, nomeadamente em termos de gestão e direcção, desde o início do ano letivo, sem interferência nessa área de outras pessoas, designadamente dos ainda sócios da sociedade detentora da empresa).

⁴⁶ Note-se que a questão não se põe no quadro da cessão da totalidade das quotas, pois é a sociedade que se mantém como arrendatária e efetivamente quem explora o estabelecimento, que é seu. Na promessa de cessão de quotas, a sociedade é a arrendatária, mas um terceiro está à frente do estabelecimento.

De todo o modo, algumas vezes a partir da data da realização da promessa, e no pressuposto que ocorre a *entrega do estabelecimento* da sociedade aos promitentes-cessionários, prevê-se a responsabilização destes “pela renda mensal... perante o senhorio”⁴⁷. Ora, esta alteração do sujeito a quem cabe o pagamento da renda pretende configurar uma transmissão da dívida. No entanto, cabe notar que a sociedade arrendatária, a devedora, não intervém no ato – pois os promitente-cedentes limitam-se apenas à promessa de transferência de quotas, conquanto se possa afirmar que porventura também se encontram a representar, neste específico aspecto, a sociedade. No entanto, tal transmissão não deve ser havida como liberatória, a não ser que o senhorio expressamente nela consinta (art. 595º, nº 2 CC).

Impõe-se, em seguida, apreciar a questão de saber se a propositura da ação de despejo ou a extinção do contrato de arrendamento por via extrajudicial, quando tal seja admissível, pode (ou não) interferir com a realização do contrato definitivo de cessão de quotas.

A temática é apreciada em vários arestos.

No Ac. Rel. Porto, de 2.5.2005, em relação à ação de despejo fundada em obras realizadas no locado sem o consentimento do senhorio, concluiu-se que os promitentes-cessionários “não lograram demonstrar o por si alegado quanto a terem as referidas obras sido realizadas pelos promitentes-cedentes, ou sequer que delas tivessem conhecimento, pelo que, enquanto facto estranho aos mesmos, e, conseqüentemente, as ambas as partes, integrariam, em conjunto com outros que importaria alegar, uma possível alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, mas nunca justificativas da sanção resultante do art. 442º do CCivil, que tem na sua base um incumprimento culposo do contrato-promessa celebrado, constituindo, por isso, diversa causa de pedir e determinante de diversa formulação de pedido”⁴⁸.

No Ac. Rel. Porto, de 9.5.2007, a ação de despejo por falta de pagamento de rendas foi julgada procedente tendo sido inclusivamente penhorado o estabelecimento comercial da sociedade para pagamento ao credor, o locador⁴⁹.

⁴⁷ Ac. Rel. Coimbra, de 18.9.2007 (FREITAS NETO), www.dgsi.pt.

⁴⁸ Ac. Rel. Porto, de 2.5.2005 (CUNHA BARBOSA), www.dgsi.pt.

⁴⁹ Ac. Rel. Porto, de 9.5.2007 (MANUEL CAPELO), www.dgsi.pt.

Numa situação deste género, há que apurar se os factos são imputáveis a qualquer dos promitentes. Se se concluir que os promitentes-cedentes são responsáveis pela extinção do contrato, os promitentes-cessionários têm legitimidade para resolver o contrato-promessa dada a manifesta perda de interesse no mesmo. Se, porventura, a falta é imputável aos outros promitentes (*v.g.*, em razão da *entrega do estabelecimento*, os promitentes-cessionários estes efetuam obras no locado sem estarem para tal autorizados), também os promitentes-cedentes dispõem da possibilidade de recusar a conclusão do contrato definitivo.

Aliás, parece que, à partida, é legítima a recusa da celebração do contrato definitivo enquanto não houver decisão transitada em julgado sobre a respectiva ação de despejo.

2. Outras questões

2.1. Renúncia à gerência

É igualmente frequente estabelecer-se na promessa de cessão de quotas a renúncia à gerência do promitente-cedente. Algumas vezes, essa renúncia estende-se ao direito de fiscalizar a escrita e ao direito de participação nas reuniões da sociedade.

No fundo, ao comprometer-se ao não exercício de tais direitos sociais, as partes estão a antecipar os efeitos da cessão de quota⁵⁰.

Nada parece obstar a que tal aconteça. Aliás, no contrato definitivo é muito usual a renúncia a tal qualidade⁵¹.

De todo o modo, gerando-se uma situação de litígio que importe incumprimento, *maxime* definitivo, do(s) promitente(s)-cessionário(s), pode ser importante reverter a situação da gerência. Cremos, tal como se decidiu

⁵⁰ Ac. STJ, de 8.7.2003 (LUÍS FONSECA), www.dgsi.pt (assinala-se aí que “embora no contrato-promessa as partes se obriguem a celebrar determinado contrato, pode naquele estabelecer-se um determinado regulamento contratual que rege as relações entre as partes até à celebração do contrato definitivo, em obediência ao princípio da liberdade contratual”; assim, tal contrato-promessa “mantém-se válido, estando as partes obrigadas a cumprir as cláusulas do respetivo regulamento contratual enquanto não for revogado”).

⁵¹ Essa renúncia deve ser comunicada por escrito à sociedade (art. 258º, nº 1 CSC), estando sujeita a registo obrigatório (art. 15º, nºs 1 e 2 CRC).

no Ac. STJ, 15.10.1981⁵², que um procedimento cautelar não tipificado, será o instrumento mais adequado a utilizar no caso concreto.

2.2. Obrigação de proceder ao aumento do capital social

Outras vezes, os promitentes-cedentes comprometem-se ao aumento do capital social da sociedade. Trata-se de uma vinculação assumida perante os promitentes-cessionários, que tem em vista garantir a estes que a sociedade que vão adquirir dispõe de um património social mais elevado.

Tal factualidade ocorreu na promessa de cessão de quotas analisada no Ac. Rel. Porto, de 2.5.2005. Na cláusula 2^a do referido contrato constava que “os primeiros outorgantes declaram que, por escritura a celebrar, vão elevar o capital da sociedade para o montante de 15 milhões de escudos [...] e vai ser dividido em duas quotas iguais de 7.500 contos cada uma”⁵³.

A inobservância do circunstancialismo resultante do contrato-promessa permite a recusa legítima dos promitentes-cessionários em celebrar o contrato definitivo.

2.3. Obrigação de o promitente-cedente dividir a quota social

É ainda usual a vinculação do promitente-cedente à divisão da sua quota.

Tal pode ocorrer por inúmeras razões, mas em regra está ligada à reorganização do poder dos sócios.

Trata-se de uma obrigação acessória, que igualmente condiciona a execução do contrato-promessa⁵⁴.

⁵² Ac. STJ, de 15.10.1981 (LIMA CLUNY), www.dgsi.pt (desta sorte, “celebrado um contrato-promessa de cessão da totalidade das quotas de uma sociedade, tendo os promitentes-cessionários assumido a gerência e a exploração de um hotel pertencente a sociedade, é adequado o uso de providência cautelar não especificada se, por incumprimento daquele, a sociedade quiser reassumir a gerência e a administração do hotel de que eles não largam mão, isto independentemente do eventual direito dos [promitentes-]cedentes a fazerem seu o sinal passado”).

⁵³ Ac. Rel. Porto, de 2.5.2005 (CUNHA BARBOSA), www.dgsi.pt, p. 5.

⁵⁴ r ainda o Ac. STJ, de 19.2.2008 (MOREIRA ALVES), www.dgsi.pt, p. 3.

⁵⁴ Como se observa no Ac. STJ, 25.3.2004 (FERREIRA DE ALMEIDA), www.dgsi.pt, aludindo à promessa de cessão de quotas, ficou, *in casu*, estipulado que o promitente-cedente se obrigava a dividir a sua participação social [de 21 mil contos] em quatro; a divisão quadripartida tinha como propósito a ulterior cedência das 4 quotas fracionadas a diversas pessoas.

⁵⁴ r ainda o Ac. STJ, de 9.11.1971 – sumário (ALBUQUERQUE ROCHA), www.dgsi.pt, onde estava em causa simultaneamente a obrigação de aumento de capital e de posterior fraccionamento das quotas (af se afirmava que “o prometido contrato era o de cessão de quotas futuras, a constituir por alteração do pacto social, consistindo esta na elaboração do pacto social, consistindo esta na elevação do capital social, na elevação do valor das quotas

De notar que a divisão da quota não prescinde do consentimento da sociedade⁵⁵ para que tais atos produzam efeitos perante ela (art. 221º, nº 4 CSC). De todo o modo, há que apreciar se o pacto social contempla especificidades quanto a essa matéria.

§ 7. Riscos inerentes à promessa de cessão de quotas: cláusulas de salvaguarda de posição jurídica

A promessa de cessão de quotas é um negócio de elevado risco.

Na verdade, está em causa um ato que tem em vista a celebração de um negócio definitivo, por efeito do qual o (promitente) cessionário, passa a integrar, dada a aquisição da quota do outro sócio, uma dada sociedade. Esta, porém, é uma entidade distinta dos sócios, sendo que estes, individualmente, não têm capacidade, nem poderes para controlar a situação económica e financeira da sociedade.

Ora, como sabemos, a situação patrimonial de uma sociedade comercial é muito variável. Daí resulta que, na promessa de cessão de quotas, os promitentes-cessionários procurem assegurar-se, na medida do possível, da manutenção das condições da sociedade, tal como foram descritas pelos promitentes-cedentes.

1. Cláusulas de proteção do promitente-cessionário referentes à situação económico-fiscal da sociedade

Encontramos, desta sorte, estipulações nos contratos-promessa que aludem a tal circunstancialismo. Vejamos:

- os promitentes-cedentes declaram que a sociedade X “*tem a situação económica de um balanço que se comprometem a apresentar*” em determinada data, comprometendo-se, *v.g.*, caso

existentes, no fraccionamento destas para tornar possível a prometida cessão, sendo consequência necessária desta a entrada do novo sócio: assim, o aumento do capital e o fraccionamento das quotas dos promitentes cedentes não passavam de preliminares indispensáveis para a prometida cessão, pelo que foi estabelecido tão-só um contrato-promessa de cessão de quotas”).

⁵⁵ Que será dado mediante deliberação social.

as dívidas superem um dado valor, “a provisionar as contas da sociedade com as verbas necessárias para o efeito”⁵⁶.

Sendo relevante o conhecimento fiscal e económico da sociedade, e sendo certo que os promitentes-cedentes não comunicaram tais elementos (não respondendo inclusivamente à carta em que se solicitava tal informação), parece haver lugar à perda objectiva de interesse na celebração do negócio definitivo⁵⁷.

2. Cláusulas de proteção do promitente-cessionário relativas a dívidas da sociedade

São significativas as cláusulas que procuram salvaguardar o promitente-cessionário da existência de dívidas da sociedade ou de dívidas da sociedade acima de dado valor, impondo a apresentação do documento comprovativo correspondente⁵⁸.

Tal via configura, a nosso ver, uma assunção de dívidas do promitente-cedente, que não exonera o devedor (a sociedade) perante o respectivo credor (assunção cumulativa). Todavia, essa dívida, se existir para além do contrato definitivo, pode repercutir-se indirectamente na esfera dos actuais sócios, dado que é o património da sociedade comercial que responde.

Noutras hipóteses, as partes acordam que as dívidas da sociedade aos respectivos credores são pagas pelos promitentes-cessionários, sendo que se efetua ulteriormente a compensação no preço da cessão de quotas⁵⁹.

De todo o modo, em qualquer das situações expostas, a existência de dívidas pode repercutir-se na execução do contrato-promessa.

⁵⁶ Ac. STJ, de 8.5.2007 (SEBASTIÃO PÓVOAS), www.dgsi.pt, p. 3.

⁵⁷ Ac. STJ, de 8.5.2007 (SEBASTIÃO PÓVOAS), www.dgsi.pt, p. 6.

⁵⁸ Ac. Rel. Porto, de 23.3.2006 (PINTO DE ALMEIDA), www.dgsi.pt, p. 6 (dá-se conta da seguinte cláusula: “será da conta da promitente-cessionária a regularização das dívidas da Sociedade ao Sector Público Estatal (Segurança Social, Finanças, IVA...) até [dado] montante”). Por sua vez, no Ac. Rel. Porto, de 16.11.1992 – sumário (AZEVEDO RAMOS), www.dgsi.pt, deu-se nota de que na promessa de cessão de quotas se determinou que “as dívidas... da sociedade, existentes à data da escritura de cessão de quotas serão da responsabilidade dos primeiros outorgantes, que as assumem a título individual”.

⁵⁹ Assim sucedeu no Ac. Rel. Coimbra, de 18.9.2007 (FREITAS NETO), www.dgsi.pt, onde “com o consentimento e acordo expreso dos [promitentes-cedentes], os [promitentes-cessionários] pagaram a terceiros, as... contas devidas... pela sociedade... a terceiros, cujo valor seria deduzido no preço da cessão”.

Por exemplo, no Ac. Rel. Coimbra, de 18.9.2007, foi especificado que “as dívidas da sociedade não paravam de aparecer e crescer, sem que os promitentes-cessionários as liquidassem”, o que levou os promitentes-cedentes a restituir o estabelecimento da sociedade que já exploravam, em razão da dimensão elevada do passivo⁶⁰.

Claro que também é possível prever que a manutenção da situação devedora até à data da realização do contrato definitivo gera uma situação de incumprimento definitivo do contrato-promessa.

3. Cláusulas de proteção do promitente-cedente relativas a dívidas da sociedade

É muito vulgar os sócios de uma sociedade por quotas garantirem com o seu património pessoal dívidas contraídas pela própria sociedade, em razão de apenas o património desta responder perante os credores sociais (art. 197º, nº 3 CSC).

Ora, em sede de promessa de cessão de quotas, o sócio, promitente-cedente, procura frequentemente *libertar-se* dessa garantia, se esta ainda existir.

Aprecie-se o alcance das convenções-tipo existentes.

Fazendo referência a uma cláusula do tipo mencionado, o Ac. STJ, de 9.1.2003, relata o objectivo tido em vista: “as obrigações cambiárias eventualmente decorrentes do empréstimo contraído pela sociedade por quotas junto da instituição de crédito, avalizadas pelo promitente-cedente, eram assumidas pelo promitente-cessionário, quer a instituição aceitasse ou não a substituição da garantia”.

Naturalmente que a estipulação apenas opera *inter partes*, não podendo produzir efeitos em relação a terceiros (art. 595º, nº 2 CC).

O tribunal considerou que a assinatura do sócio – que depois se tornou promitente-cedente –, aposta na face posterior da livrança, sem qualquer

⁶⁰ De todo o modo, *in casu*, o tribunal concluiu que a restituição do estabelecimento pelos promitentes-cessionários apenas demonstrou a sua vontade inequívoca de não cumprimento do contrato (já que podiam ter perfeitamente pago as dívidas e, posteriormente, efetuar a compensação das mesmas com o preço da cessão de quotas), por isso foram havidos como incumpridores, sendo que à luz do art. 442º, nº 2 CC, foram “declaradas perdidas as quantias entregues aos promitentes-cedentes, a título de sinal... (Ac. Rel. Coimbra, de 18.9.2007 (FREITAS NETO), www.dgsi.pt). Cabe referir, no entanto, que numa situação destas, para além dos encargos que a assunção de um largo número de dívidas societárias provoca, não é de excluir que os promitentes-cessionários não quisessem *adquirir* uma sociedade mal vista pelo conjunto dos credores. Parece-nos que a declaração de incumprimento do contrato-promessa de cessão de quotas “por culpa exclusiva dos promitentes-cessionários” é excessiva (Ac. Rel. Coimbra, de 18.9.2007 (FREITAS NETO), www.dgsi.pt).

indicação ou menção, foi realizada na qualidade de avalista e não de endossante, pelo que o responsabilizou pelo pagamento à instituição de crédito⁶¹.

Vejamos agora uma outra convenção.

Um dos promitentes-cessionários, obrigou-se a providenciar a substituição do promitente-cedente “em todos os avales e fianças por este prestados a favor da [sociedade por quotas], de tal forma que, se por causa dessas garantias o [promitente-cedente] for prejudicado, aquele obriga-se pessoalmente a indemnizá-lo⁶².

Tal estipulação, apesar de operar apenas *inter partes*, é bem mais eficaz do que aquela outra, dado que o seu incumprimento obriga a ressarcir a contraparte⁶³.

Num outro quadrante, é ainda frequente que os promitentes-cedentes da participações sociais, em especial se forem os únicos sócios da sociedade, por convenção aposta na promessa, se “obriguem a liquidar todos os encargos da sociedade, nomeadamente contribuições e impostos da responsabilidade desta, isto é, os encargos liquidados e vencidos até à data da celebração do contrato-promessa”⁶⁴.

No fundo, por esta via, está a condicionar-se a conclusão do contrato definitivo à inexistência de dívidas da sociedade⁶⁵.

⁶¹ Ac. STJ, de 9.1.2003 (DIONÍSIO CORREIA), www.dgsi.pt.

⁶² Ac. STJ, de 27.4.2005 (LUÍS FONSECA), www.dgsi.pt (*in casu*, a cláusula em causa não foi transposta para o contrato prometido, e encontrando-se extintas as obrigações constantes do contrato promessa por força da celebração do contrato definitivo; por outro lado, não foi feita a prova de que tal convenção continuou em vigor após a celebração do contrato prometido; daí que o promitente-cessionário não tenha sido condenado ao pagamento da indemnização pedida).

⁶³ Aliás, o tribunal recorrido condenou o promitente-cessionário ao pagamento da indemnização proveniente do não pagamento pela sociedade das rendas no quadro de um contrato de locação financeira, em razão de o outrora promitente-cedente ter sido accionado como fiador.

⁶⁴ Ver Ac. STJ, de 17.2.2005 (OLIVEIRA BARROS), www.dgsi.pt (*in casu*, apesar da falta de pagamento da totalidade das dívidas da sociedade pelos promitente-cedentes, de acordo com o previsto na promessa, o contrato definitivo foi outorgado, o que revelou, segundo o tribunal, que, não obstante a mora quanto ao cumprimento de parte daquela cláusula, não ocorreu a perda do interesse no cumprimento desse contrato; acresce que não tendo os promitentes-cessionários liquidado os 2.500.000\$00 que faltava pagar do preço da cessão, não se vê como é que a falta de pagamento de dívidas não superiores a 2.000.000\$00 poderia assumir importância decisiva em termos de incumprimento definitivo, pois podiam assumir eles próprios, em qualquer altura, o pagamento dessas dívidas, operando a compensação, já que deviam à contraparte montante superior).

⁶⁵ Quanto à cláusula em que o promitente-cedente reconhece não ser credor da sociedade, “em especial a título de suprimentos que lhe tenha feito”, veja-se o trabalho VIEIRA CURA, “Contrato-promessa de cessão de quota e reconhecimento negativo de dívida. Algumas considerações a propósito de uma cláusula inserida num contrato-promessa”, Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Almeida Costa, Lisboa, 2002, pp. 299 e ss.

A GOVERNAÇÃO PÚBLICA E A TRANSFORMAÇÃO DA CIDADE: PARA UMA (PRIMEIRA) TÓPICA REFLEXÃO A PARTIR DO CASO DO PATRIMÓNIO CULTURAL

João Vilas Boas Pinto¹
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.148.20>

Sumário: **1.** Ponto de Ordem; **2.** A cidade em transformação e como sinal de transformação – breve enquadramento; **3.** O lugar do património na transformação da cidade – do esquecimento à valorização: **3.1.** O conceito de património cultural; **3.2.** Por um património cultural inteligente – o desafio à governação pública (local); **4.** Algumas notas finais.

¹ Assistente Convidado da Escola de Direito da Universidade do Minho Investigador do JusGov.

1. Ponto de Ordem

A celebração de uma efeméride académica é, e deve ser, sempre motivo de gáudio e júbilo para todos quantos nela se inserem, e sobretudo para quem com ela nutre fortes laços, não só institucionais, como, e sobretudo, afetivos. Celebrar os trinta anos da Escola de Direito da Universidade do Minho não significa apenas celebrar uma data ou um número. Celebrar a Academia exprime, afinal, o que nela melhor se faz: *pensar*, nela e através dela. Outrora na veste de Estudante, hoje na de Docente, é com grande satisfação que assim nos juntamos à celebração desta Escola, a *nossa* Escola, dela se procurando sempre fazer memória e projeto de futuro.

E se é certo que a ideia de Universidade e de Escola continua a ser absolutamente essencial para o desenvolvimento da sociedade², parece-nos fazer todo o sentido que, sem renunciar às traves-mestras do pensamento científico, se lance a pensar-se os desafios com que hodiernamente a sociedade se vê confrontada. Ora, nesse sentido, seguramente que ninguém olvida que nos últimos trinta anos tanto a sociedade como o Direito, em particular o Direito Público³, passaram por várias e significativas transformações, assim como também parece que não subsistam atualmente grandes dúvidas de que o estudo e o ensino do Direito não podem deixar de pressupor o estudo e o ensino da Governação Pública, por esta se entendendo, no essencial, a atividade, simultaneamente planificadora, executiva e prospetiva, indispensável à prossecução de fins públicos, independentemente da natureza jurídica dos órgãos e entes envolvidos nessa prossecução⁴. Nas felizes palavras de Maria da Glória Garcia, «[n]um Estado cujo poder adquire autoridade através do direito, o exercício da *governança* tem de traduzir uma permanente realização do direito»⁵. Como se alcança, esse necessário caminho a dois não se apresenta senão como síntese responsiva àquele que é «o absoluto do nosso

² Destacando este aspeto, precisamente em contexto semelhante – o da celebração dos vinte anos da Escola de Direito –, JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *O Processo de Bolonha e a Academia. A Universidade editora de power-points e organizadora de eventos*, texto policopiado, 2014, disponível em www.repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/67554

³ Notando a maior exposição do Direito Público às transformações do mundo económico e político, cfr. LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *A Ciência Jurídica Administrativa*, 3ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2016, p. 29.

⁴ Por todos, cfr. MIGUEL PRATA ROQUE, *Tratado de Governação Pública*, Vol. I, Lisboa: AAFDL Editora, 2021, pp. 15; 23-24.

⁵ MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Direito das Políticas Públicas*, reimpressão, Coimbra: Almedina, 2018, p. 123.

momento histórico», a dignidade da pessoa humana⁶. Queremos com isto traduzir a ideia de que a necessidade de transformação e de progresso nunca pode significar ou redundar em desumanização⁷. Num quadro de grandes incertezas, riscos e vulnerabilidades, o Direito, auxiliado *pela*, e auxiliando a Governação Pública, deve veemente afirmar-se contra todas as sedutoras tendências de substituição da *pessoa*, naquela que é a sua «continuidade histórica»⁸, a incluir naturalmente as suas tradições e a sua cultura, isto é, a sua identidade.

Nesse contexto, o exercício a que aqui nos propomos tem como principal desiderato assinalar a importância que o Direito e a Governação Pública assumem na transformação da cidade. Afinal, é na cidade que a transformação principia, assim se recuperando o pensamento aristotélico da «*polis*» enquanto modelo de liberdade e de felicidade. Para o efeito, procuraremos socorrer-nos do exemplo do património cultural para demonstrar que a transformação da cidade, pelo facto de ter sempre de centrar-se na pessoa⁹, não prescinde (*rectius*, não pode prescindir) da sua dimensão cultural. Por outras palavras, o desenvolvimento transformador da cidade não se compadece apenas com uma estrita dimensão tecnológica. Aquela ideia de liberdade e felicidade, que se concretiza na *polis*, implica também uma fruição do património cultural. E se esta parece ser uma constatação óbvia, a verdade é que a dimensão cultural tem sido, pode dizer-se, o «parente pobre» da grande maioria dos projetos e estudos relacionados com as cidades inteligentes («*smart cities*»)¹⁰. Topicamente, procura-se, assim, alertar para a necessidade de continuar a (re)pensar-se a Cidade, e, simultaneamente, o Direito e a Governação Pública.

⁶ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, «Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais», in *Studia Iuridica 1*, Coimbra: Boletim da Faculdade de Coimbra, 1993, p. 47.

⁷ Alertando precisamente para estes riscos, ISABEL CELESTE M. FONSECA, «Reflexões jurídicas da pós-modernidade: uma perspectiva multidisciplinar sobre o direito e o risco», in *Desafios do Direito no Século XXI. Uma Reflexão Luso-Brasileira Sob o Símbo Interdisciplinar*, Braga: EDUM, 2019, p. 5.

⁸ MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Direito das Políticas Públicas*, op. cit., p. 25.

⁹ Cfr. ISABEL CELESTE M. FONSECA, «Smart Cities and Law, E.Governance and Rights: (Retomando) o Diálogo com a Benedita», in *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*, Vol. I, coord. A. Sofia Pinto Oliveira/ Patrícia Jerónimo, Braga: UMinho Editora, 2022, especialmente pp. 511-512; 523-526.

¹⁰ Justamente o salientando, FERNANDO BONETE VIZCAINO, «Una integración necesaria para el desarrollo», in *Revista TELOS (Revista de Pensamiento, Sociedad y Tecnología)*, nº 102, 2015, pp. 1-2.

2. A cidade em transformação e como sinal de transformação – breve enquadramento

A importância crescente que a Cidade, enquanto fenómeno político, espacial e socioeconómico juridicamente instituído e regulado¹¹, tem vindo a desempenhar ao longo das últimas décadas coloca efetivamente em causa os postulados westfalianos, sendo mesmo possível falar-se, como avança avalizada doutrina, num «renascimento contemporâneo» das cidades¹², renascimento esse que, acompanhado de um seu exponencial desenvolvimento, com particular destaque para o tecnológico, vem a colocar as cidades no centro da dinâmica global. Quer isto dizer que já não são apenas as relações entre os Estados e as entidades supraestaduais a dominar o espaço jurídico internacional e global, mas igualmente as relações entre aqueles e as cidades, podendo mesmo falar-se em «cidades globais»¹³ e, conseqüentemente, numa clara incindibilidade entre *urbi e orbi*. São, de facto, múltiplas, as dimensões impactantes do fenómeno da globalização sobre as cidades: desde o investimento estrangeiro, passando pela criação de redes de cooperação nos mais diversos domínios, e sem esquecer os fluxos migratórios e as questões da sustentabilidade, as cidades concorrem com os próprios Estados pelo protagonismo na nova ordem global¹⁴. E tanto assim é que têm vindo a ser crescentemente objeto da normatividade internacional, transnacional e global e, nesse sentido, os governos locais passam a assumir um importante papel na execução dessa mesma normatividade, ao mesmo tempo adquirindo notória influência político-global, bastando, por exemplo, pensar-se no caso do Edil bracarense, que preside ao Comité Executivo do *Global Parliament of Mayors*.

Enfim, como se percebe, as cidades são hoje um dos pontos nevrálgicos da Governação Pública, podendo assim dizer-se que a formação de um «Direito da Cidade» encontra-se relacionado com os espaços, as infraestruturas e os serviços públicos, bem como com a regulação do uso do solo

¹¹ Cfr. YISHAI BLANK, «The City and the World», in *Columbia Journal of Transnational Law*, nº 44, 2006, p. 883.

¹² Assim mesmo, JEAN-BERNARD AUBY, «La Ciudad, ¿Nueva Frontera del Derecho Administrativo?», in *TransJus Working Papers Publications*, Nº 3, 2018, p. 5.

¹³ Cfr. YISHAI BLANK, *The City and the World*, op. cit., pp. 871; 880.

¹⁴ Cfr. YISHAI BLANK, *The City and the World*, op. cit., pp. 881-882.

e com o governo da *urbe*¹⁵, transcendendo quer o domínio tradicional do Direito do Domínio Público, do Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território, quer do próprio Direito das Autarquias Locais. Nesse sentido, cremos poder apontar-se que o «Direito da Cidade» representa um espaço de convergência entre Direito e Governação que tem por objeto específico a regulação e gestão dos assuntos públicos locais¹⁶ - ainda que os efeitos dessa regulação e gestão adquiram, cada vez mais, uma dimensão transnacional e global - o qual, guardando uma íntima relação com o Direito Administrativo e com os desafios que a este a contemporaneidade vem também a impor, pode mesmo consubstanciar um novo (sub)ramo, em clara afirmação, que forja a construção e compreensão de novas realidades sociais e jurídicas, sendo uma delas precisamente a cidadania (administrativa) urbana¹⁷.

Nessa ordem de considerações, a transformação da cidade guarda denotada proximidade com o paradigma das cidades inteligentes (ou, na expressão, anglófona, «*smart cities*»). Cidade inteligente é, simultaneamente, a cidade sustentável, ecológica, segura, resiliente, tecnológica e de proximidade¹⁸. Não obstante, a verdade é que a vertente digital, isto é, a questão da transição digital, acabando por emprestar à governação pública a qualificação de «governação digital», vem a assumir-se como a mais visível (e mais importante) das suas faces, a ponto de se poder asseverar, acompanhando Jean-Bernard Auby, que na esfera da governação pública se verifica uma «intrusão massiva» do digital¹⁹. Com efeito, a feição holística da componente digital não traduz senão o facto de a *smart city*, como nova forma de articulação da organização social com o espaço urbano, se servir da tecnologia para alcançar tanto uma maior sustentabilidade, quanto uma maior qualidade dos serviços públicos e

¹⁵ Muito proximamente, JEAN-BERNARD AUBY, *La Ciudad, ¿Nueva Frontera del Derecho Administrativo?*, op. cit., pp. 7; 15.

¹⁶ Ainda que não exatamente nos mesmos termos, mas não deixando, de certa forma, de o destacar, e de destacar a especificidade da gestão pública local em relação à gestão pública nacional e regional, estas sobretudo voltadas para as questões da segurança e defesa, cfr. JEAN-BERNARD AUBY, *La Ciudad, ¿Nueva Frontera del Derecho Administrativo?*, op. cit., p. 14.

¹⁷ Cfr. JEAN-BERNARD AUBY, *La Ciudad, ¿Nueva Frontera del Derecho Administrativo?*, op. cit., p. 13.

¹⁸ Cfr. ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Smart Cities and Law, E.Governance and Rights...*, op. cit., pp. 513 e ss.

¹⁹ JEAN-BERNARD AUBY, *La Ciudad, ¿Nueva Frontera del Derecho Administrativo?*, op. cit., p. 15. E registando-o precisamente em relação à governação pública local, ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Smart Cities and Law, E.Governance and Rights...*, op. cit., pp. 520-521, e, também, JOSEP RAMON FUENTES I GASÓ, «Património cultural y *smart city*: la transformación integral de la ciudad», in *Cuadernos de Derecho Local*, nº 57, 2021, p. 129.

do seu acesso²⁰. Como também o diz Josep Ramon Fuentes i Gasó, qualquer conceito de cidade inteligente tem inescusavelmente de integrar o desenvolvimento urbano sustentável, figurando a cidade inteligente, portanto, como conceito «global e integrador»²¹. Em síntese, a cidade inteligente funda-se no tríptico tecnologia, pessoas e comunidade²².

A partir daqui, começa a ganhar-se consciência de que a cidade inteligente não se vislumbra apenas como um mero conceito ou uma mera ideia, antes consubstanciando uma verdadeira política pública, ou conjunto de políticas públicas (cada vez mais) prioritárias. De facto, isso mesmo se demonstra pela clara aposta da União Europeia na transição digital, como o revela o Programa «Europa Digital»²³, e especificamente o apoio à transformação digital das cidades pela Comissão Europeia, designadamente através do movimento «Living-in.EU», consistente numa plataforma colaborativa com vista a promover a transformação digital da «forma europeia»; da implementação de plataformas locais de dados num contexto de interoperabilidade, com vista à prestação, tanto por entidades públicas como privadas, de serviços inteligentes; da consolidação de um espaço de dados para comunidades inteligentes; da promoção do reforço da capacidade das cidades para a implementação de gémeos digitais locais; e através do financiamento de projetos, por via de fundos de política de coesão e do Mecanismo de Recuperação e

²⁰ Como o diz ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Smart Cities and Law, E.Governance and Rights...*, op. cit., p. 520, «as TIC, de que as cidades digitais se servem com grande intensidade, demonstraram que é possível, ao mesmo tempo, alcançar propósitos de sustentabilidade ambiental e promover as cidades neutras, contribuindo tanto com soluções que têm zero impacto na alteração climática como demonstrando ser o melhor meio para aceder aos serviços públicos».

²¹ JOSEP RAMON FUENTES I GASÓ, *Patrimonio cultural y smart city...*, op. cit., p. 132.

²² Assim também ANDREA GÓMEZ OLIVA/ MATILDE SERVER GÓMEZ/ ANTONIO J. JARA/ MARÍA CONCEPCIÓN PARRA-MEROÑO, «Turismo Inteligente y Patrimonio Cultural: Un Sector a Explorar en El Desarrollo De Las Smart Cities», in *International Journal of Scientific Management and Tourism*, Vol. 3, nº1, 2017, especialmente pp. 393-394.

²³ Aprovado pelo Regulamento (UE) 2021/694 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2021, aqui se destacando seu Considerando 14, onde são elencados os objetivos do Programa: «O Programa deverá ter como objetivos gerais apoiar a transformação digital da indústria e promover uma melhor exploração do potencial industrial das políticas de inovação, investigação e desenvolvimento tecnológico, em benefício dos cidadãos e das empresas em toda a União, incluindo as suas regiões ultraperiféricas e as suas regiões economicamente desfavorecidas. O Programa deverá ser estruturado em torno de cinco objetivos específicos que refletem os principais domínios de intervenção, a saber: Computação de alto desempenho; Inteligência artificial; Cibersegurança e confiança; Competências digitais avançadas; e Implantação e melhor utilização das capacidades digitais e interoperabilidade. A fim de aumentar o investimento e desenvolver sinergias mais fortes em todos esses domínios chave, o Programa deverá igualmente ter por objetivo melhorar coerência entre as políticas a nível da União, dos Estados-Membros e das suas regiões, bem como a agregação de recursos industriais e privados. Além disso, o Programa deverá reforçar a competitividade da União e a resiliência da sua economia».

Resiliência²⁴. E o mesmo se pode afirmar quando se toma por referência quer o panorama internacional, especificamente a Agenda 2030 das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável, correspondente a um pacto global que pretende que ninguém fique para trás²⁵, cujos objetivos foram ainda complementados por outros Acordos internacionais, tal como, por exemplo, o Acordo de Paris para o Clima, quer o panorama nacional²⁶, como de resto o vem a atestar, a título ilustrativo, o incremento dos designados orçamentos participativos, os vários programas «Simplex» ou ainda as recentes alterações ao Código do Procedimento Administrativo no sentido da transição digital e da celeridade dos procedimentos, sem esquecer, naturalmente, o próprio Programa de Recuperação e Resiliência (PRR), o qual assenta em três eixos fundamentais: resiliência, transição climática e transição digital²⁷.

Tanto quanto se alcança, a cidade inteligente não é uma cidade do futuro, mas uma cidade *de e para o futuro*, cuja construção já foi iniciada. Assim, talvez se possa mesmo avançar que a cidade inteligente é a fiel personificação de um «regresso ao futuro».

3. O lugar do património cultural na transformação da cidade – do esquecimento à valorização

3.1. O conceito de património cultural

A delimitação de um conceito de património cultural não se assume tarefa fácil, seja porque este não se esgota no património de natureza histórica com significado cultural²⁸, pois, na verdade, embora os bens históricos constituam um dos domínios mais importantes do património cultural, outros há que, possuindo *relevante* valor cultural, merecem a sua recondução

²⁴ Informações disponíveis em digital-strategy.ec.europa.eu/pt/policies/smart-cities-and-communities

²⁵ Cujos objetivos se encontram disponíveis em unric.org/pt/objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel/

²⁶ Para um quadro de referência da transição digital, vd. ISABEL CELESTE M. FONSECA, «Local E-governance and Law: Thinking about the Portuguese Charter for Smart Cities», in *Ius Publicum Network Review*, 2021, especialmente pp. 5-12.

²⁷ Vd. www.recuperarportugal.gov.pt

²⁸ Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2010, p. 16.

ao espectro do património cultural²⁹, seja porque a sua proteção não pode estar subordinada a uma visão estatocêntrica, que o encara como assunto que apenas diz respeito ao Estado, devendo, pelo contrário, ser encarado como aquilo que é, um «assunto de todos»³⁰, daqui se retirando a imediata consequência de que os bens culturais tanto podem ser propriedade ou de titularidade pública quanto propriedade ou de titularidade privada. Destarte, na busca por um conceito operativo, amparados em Casalta Nabais, entende-se fundamentalmente por património cultural o conjunto de bens culturais³¹, isto é, de bens «puramente ideais, virtuais ou espirituais, criados pelo mundo do Direito sobre realidades do mundo da vida: neles dá-se, como noutros casos (...) verdadeiramente um atravessamento entre o mundo do Direito, o mundo da vida e o mundo da cultura (...)»³², sendo certo que tanto podem ter suporte material como não o ter³³.

Como se percebe, o património cultural assume-se como uma parcela da cultura, um «elemento vivificador da nossa da nossa identidade cultural comum»³⁴, que a nossa lei fundamental justamente vem a reconhecer no artigo 78º, nº2, designadamente na alínea c). Neste contexto, o Direito do Património Cultural, como subramo do Direito Administrativo da Cultura³⁵, é, ele mesmo, um Direito relativo à identidade cultural, seja na vertente do direito à identidade pessoal, seja na vertente do direito ao desenvolvimento da personalidade³⁶. De resto, é nesse sentido também que a Lei de Bases do Património Cultural - LBPC (Lei nº 107/2001, de 8 de setembro) o vem crismar: nos termos do nº 1 do seu artigo 1º, o património cultural é

²⁹ Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, op. cit., p. 17.

³⁰ JOSÉ CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, op. cit., p. 31.

³¹ JOSÉ CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, op. cit., p. 21.

³² JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *O conceito de bem cultural*, Lisboa: ICJP, p. 11, disponível em www.icjp.pt/sites/default/files/media/565-466.pdf

³³ Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, op. cit., p. 21.

³⁴ JOSÉ CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, op. cit., p. 74.

³⁵ Cfr. JORGE MIRANDA, «Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais», in *O Direito*, Ano 138º, 2006-IV, p. 25.

³⁶ Aparentam ir nesse sentido as considerações de JORGE MIRANDA, *Notas sobre cultura, Constituição ...*, op. cit., pp. 17-18. Também não em sentido muito longínquo, JOSÉ CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, op. cit., p. 48, quando, debruçando sobre a imaterialidade como traço estrutural dos bens culturais, avança que a mesma reside “na função imaterial de crescimento da consciência e de desenvolvimento da personalidade individual que a sua fruição proporciona tanto à geração presente como às gerações futuras”.

encarado como «realidade da maior relevância para a compreensão, permanência e construção da identidade nacional e para a democratização da cultura». E sendo certo que o património cultural se assume, *prima facie*, como tarefa fundamental do Estado, a verdade é que outros entes, nomeadamente infraestaduais (Regiões Autónomas e Autarquias Locais), vêm também aí a desempenhar um importante papel. Assim, nos termos do nº 3, do artigo 3º, da LBPC, o «conhecimento, estudo, proteção, valorização e divulgação do património cultural» é um dever não só do Estado, como também das Regiões Autónomas e das Autarquias Locais, logo traduzido, por exemplo, pela possibilidade de contratualizarem, tanto com outras pessoas coletivas públicas quanto com particulares, a administração do património cultural, nos termos do artigo 4º da referida lei, pela competência para estabelecerem medidas corretivas necessárias para a proteção do património cultural ou ainda, por exemplo, pela competência para iniciarem o procedimento de classificação ou inventariação dos referidos bens.

Essa ligação do património cultural às cidades revela-se de maior acuidade ao tempo em que escrevemos estas linhas pela circunstância de se encontrar em curso o processo de descentralização no domínio da cultura³⁷, e especificamente na área da gestão do património cultural, contemporaneamente à criação de duas novas entidades públicas: o Património Cultural, I.P., e a Museus e Monumentos de Portugal, E.P.E.³⁸. A organização administrativa do património cultural só pode, portanto, compreender-se à luz de uma adequada e integrada compreensão da Governação Pública.

3.2. Por um património cultural inteligente – o desafio à governação pública (local)

Como já anteriormente dissemos, o património cultural deve entrar na equação da governação pública (local). De facto, se a cidade se pretende inteligente, no sentido anteriormente expedido, isso não pode querer significar, no entanto, que não se conservem diferenças entre as cidades. Aliás, se o espaço público deve aproximar-se do cidadão, não se ignora que este

³⁷ Vd. o Decreto-Lei nº 22/2019, de 30 de janeiro.

³⁸ Vd., respetivamente, o Decreto-Lei nº 78/2023 e o Decreto-Lei nº 79/2023, ambos de 4 de setembro.

deve reconhecer a cidade como «sua cidade» ou de nela se sentir plenamente integrado. Vale isto a dizer que a cidade inteligente deve ser igualmente uma cidade identitária³⁹, o que só conseguirá efetivamente lograr-se através da integração da cultura como seu elemento constitutivo, sendo que, nessa sequência, vem ainda a apresentar-se como crucial vetor de sustentabilidade. Ora, parece encaminhar-se justamente nesse sentido quer o programa-quadro de investigação e inovação «Horizonte Europa», para o período 2021-2027, aprovado sob a Presidência portuguesa do Conselho da União Europeia, ao incluir a cultura, a criatividade e a inclusão social no seu II Pilar («Desafios Globais e Competitividade Industrial Europeia»)⁴⁰, quer um conjunto de Documentos aprovados pela Comissão de Cultura da Associação Mundial Cidades e Governos Locais Unidos, destacando-se a «Agenda 21 da Cultura», a qual estabelece as bases de compromisso das cidades e dos governos locais na promoção do desenvolvimento cultural, importando aqui destacar dois dos seus eixos fundamentais: o eixo «cultura e governação» e o eixo «cultura, sustentabilidade e território»⁴¹. Vale também a pena recordar que nos seus compromissos encontra-se expressamente consagrado que «as tecnologias de informação e comunicação devem ser utilizadas como ferramentas capazes de colocar o conhecimento cultural ao alcance de todos» (nº 31). O mesmo se diga em relação à Carta de Roma 2020, a qual postula a cidade como berço da «democracia cultural», assente na «descoberta das raízes culturais»; no «disfrute dos recursos e espaços culturais da cidade», para tanto devendo as políticas públicas direcionar-se, entre outros, no sentido de tornar a cultura acessível no mundo digital e através dele; na «criação de expressões culturais»; na «partilha de culturas e criatividade», a qual passa, desde logo, pela criação de plataformas culturais inclusivas «de diferentes tipos e escalas (inclusive em linha)»; e na «proteção dos recursos culturais comuns da cidade»⁴². Nesta

³⁹ Chamando precisamente a atenção para este aspeto, JOSEP RAMON FUENTES I GASÓ, *Patrimonio cultural y smart city...*, op. cit., p. 136. Como também o refere FERNANDO BONETE VIZCAINO, *Una integración necesaria para el desarrollo*, op. cit., p. 6, “de nada serve uma inteligência sem sentido, sem uma boa finalidade, sem uma cultura”.

⁴⁰ Disponível para consulta em research-and-innovation.ec.europa.eu/system/files/2022-06/ec_rtd_he-investing-to-shape-our-future_0.pdf

⁴¹ A versão em espanhol encontra-se disponível para consulta em www.agenda21culture.net/sites/default/files/files/documents/multi/ag21_es_ok.pdf

⁴² A versão em espanhol encontra-se disponível para consulta em agenda21culture.net/sites/default/files/2020_rc_spa_0.pdf

ordem de considerações, cabe igualmente lembrar a Conferência Mundial da UNESCO sobre as Políticas Culturais e o Desenvolvimento Sustentável (MONDIACULT 2022), na qual se afirmou o compromisso de «promover um ambiente propício ao respeito e ao exercício de todos os direitos humanos, em particular os direitos culturais – individuais e coletivos – em todas as áreas da cultura, desde o património cultural aos setores culturais e criativos, incluindo no ambiente digital, com a finalidade de construir um mundo mais justo e equitativo e reduzir as desigualdades (...)», sendo ainda feita a exortação à UNESCO para que «ajude os Estados-membros a aproveitar a transformação digital no setor cultural»⁴³.

Procurando dar-se um passo mais, o património inteligente (na expressão anglófona, «*smart heritage*») pode ser encarado conceptualmente, como avança Josep Ramon Fuentes i Gasó, como «a identidade dos lugares através da implementação de tecnologias inteligentes, fomentando e promovendo o conhecimento e a inclusão social, mediante a participação total na promoção do património cultural»⁴⁴. Nesta ordem de considerações, cabe considerar, por exemplo, a utilização de técnicas de geoposicionamento digital, através de um aparelho transmissor que identifica e localiza dispositivos próximos via Bluetooth («*beacons*»), permitindo redirecionar o utilizador para determinados conteúdos online (v.g. informações e sugestões de experiências, compra de ingressos para espaços e eventos culturais); a utilização de QR code's em diversos espaços culturais e de painéis interativos; a utilização de sistemas de monitorização e controlo dos bens integrantes do património cultural, incluindo a utilização de sensores que medem, por exemplo, o fluxo de visitantes num determinado espaço cultural ou que regista, entre outros, os níveis de humidade ou os níveis de consumo de energia⁴⁵. Ademais, pelo facto de a conceção de um património cultural inteligente passar também por um seu disfrute «em toda a parte e a todo o tempo»⁴⁶, tal vem a implicar também,

⁴³ O documento encontra-se disponível para consulta em www.unesco.org/sites/default/files/medias/fichiers/2022/09/6.MONDIACULT_ES_DRAFT%20FINAL%20DECLARATION_FINAL_1.pdf

⁴⁴ JOSEP RAMON FUENTES I GASÓ, *Patrimonio cultural y smart city...*, op. cit., p. 146.

⁴⁵ Cfr., para maiores desenvolvimentos, JOSEP RAMON FUENTES I GASÓ, *Patrimonio cultural y smart city...*, op. cit., p. 149-150.

⁴⁶ Adaptámos a expressão daquela que emprega, por recurso ao anglicismo, JOSEP RAMON FUENTES I GASÓ, *Patrimonio cultural y smart city...*, op. cit., p. 151.

por exemplo, a digitalização de bens culturais ou a sua reconstrução gráfica e a sua disponibilização em plataformas digitais por forma a possibilitar uma visita «à distância», bem como, entre outras, a divulgação e promoção do património da cidade em redes sociais e páginas web oficiais.

O património cultural é, de facto, uma dimensão com vocação transversal e intemporal. Basta, no imediato, pensar-se na conjugação do património cultural (inteligente) com as políticas de sustentabilidade ambiental para logo se alcançar que a sua valorização e proteção, referenciando a proteção e valorização de bens de elevado valor para a construção da identidade pessoal e territorial, integra hoje também preocupações ambientais, incluindo a dimensão estética⁴⁷, como sucede, por exemplo, no caso de bens materiais, mormente edifícios, devolutos ou em ruína. Para além disso, a conceção de um património cultural inteligente tem também inevitáveis impactos, por exemplo, no setor do turismo que, como se sabe, é um dos setores em maior ascensão e um dos principais motores do crescimento económico, sobretudo em países como o nosso. De facto, a relação entre património cultural e turismo, numa ambiência de desenvolvimento sustentável, vem a lograr tanto mais sentido quanto mais se estiver ciente de que a dimensão económica do Turismo não o esgota, ou não o deve esgotar, devendo ser encarado sob outros primas, designadamente social, ecológico e cultural, assim se o vislumbrando como componente essencial no desenvolvimento humano⁴⁸. Nesse sentido, o património cultural inteligente é, ele mesmo, um meio conformador de destinos turísticos inteligentes («*smart destination tourism*»)⁴⁹, nos quais o turista se torna parte da comunidade visitada, facto esse da mais elevada importância dado tratar-se de um setor em que a perceção e opinião daquele se assume determinante para o sucesso ou fracasso do setor⁵⁰. Exemplo disso mesmo pode encontrar-se na cidade de Aarhus, onde foi implementado o

⁴⁷ Como já há várias décadas avançava LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *O Procedimento Administrativo de Avaliação de Impacto Ambiental*, Coimbra: Almedina, 1998, p. 738, a propósito da qualidade estética, «o objectivo é a menor alteração possível da situação existente, considerada tanto mais preciosa quanto mais longo é o tempo em que permanece inalterada».

⁴⁸ Assim também MANUELA PATRÍCIO, *Direito do Turismo e Alojamento Turístico*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, p. 45.

⁴⁹ Cf. FERNANDO BONETE VIZCAINO, *Una integración necesaria para el desarrollo*, op. cit., p. 7

⁵⁰ Cf. ANDREA GÓMEZ OLIVA/ MATILDE SERVER GÓMEZ/ ANTONIO J. JARA/ MARÍA CONCEPCIÓN PARRA-MEROÑO, *Turismo Inteligente y Patrimonio Cultural...*, op. cit., pp. 399; 403.

projeto «*Siidi*»⁵¹, tratando-se de uma plataforma colaborativa (co criativa) que distribui e recolhe informação relativamente aos pontos de interesse dos seus usuários – gerando designadamente diferentes pontos físicos de interação («*Smart POIs*»), permitindo ainda recolher opiniões dos seus usuários, por forma a contribuir para o desenvolvimento de novas áreas e uma melhor governação do espaço público, governação essa onde habitante e visitante vêm a desempenhar um papel ativo.

Do exposto fica comprovado, tanto quanto se pode alcançar, que o património cultural inteligente deve integrar um projeto global de cidade inteligente, assente na governação, na sustentabilidade, na resiliência, na criatividade e na transição e conectividade digital, sem que, todavia, seja descurada uma necessária diferenciação identitária do território. Nesse sentido, no paradigma de cidade inteligente o cidadão não se deve mostrar como mero usuário do património cultural, mas assumir-se igualmente como verdadeira parte integrante da governação pública, contribuindo para a valorização e promoção da cidade e, bem assim, do seu património cultural. Por conseguinte, numa clara aposta da união entre educação e cultura, o cidadão deve ganhar consciência da sua própria responsabilidade no desenvolvimento sustentável da cidade. A ética de um dever de cuidado é, como se entende, um dos grandes desafios do Direito e do Governação da Cidade, à qual vêm a somar-se as exigências de transparência da atuação dos poderes públicos, bem como as sempre sensíveis questões relacionadas com a proteção de dados, fator que pode inibir os cidadãos a utilizar essas ferramentas digitais. Tudo isto são questões a que o Direito da Cidade não pode furtar-se a (continuar a) debater. Destarte, talvez não seja também de menosprezar a importância de, numa futura regulação jurídica das Cidades Inteligentes, pensar-se na questão dos títulos de legitimidade, numa lógica que transcenda a atual configuração dos títulos de legitimidade administrativa substantivo-procedimental⁵², quer quando em causa estejam interesses difusos, quer sobretudo quando estejam em causa bens do património cultural, mas não integrantes nos bens do domínio público (mormente das autarquias locais), isto porque, segundo se pensa, a governação pública local inteligente, e apenas para nos cingirmos à

⁵¹ Para maiores desenvolvimentos, vd. a informação disponível em hopu.eu/tag/siidi/

⁵² Cfr. o atual artigo 68º do CPA, especialmente os n.ºs 2 e 3.

dimensão do património cultural, tem inevitavelmente de contar com todos. Se assim é do ponto de vista da Governação, inevitavelmente assim também terá de ser do ponto de vista do Direito.

4. Algumas notas finais

No percurso calcorreado procurou colocar-se em evidência a necessidade de se continuar a (re)pensar a Cidade e a Governação Pública, como eixos de uma moderna visão do Direito Público, especialmente do Direito Administrativo. Para tanto, a dimensão cultural, como expressão de uma identidade diferenciadora e, portanto, simultaneamente como fim e como meio, não pode continuar a ser colocada de parte dessa reflexão. A cidade inteligente, pela razão de consubstanciar um modelo de Governação Pública cujo eixo principal é a *pessoa*, tem necessariamente de também se adjetivar como “cidade cultural”. Se assim não for, o seu propósito ficará irremediavelmente comprometido.

Enfim, recordando Nietzsche, bem se torna possível afirmar que são precisos «ouvidos novos para nova música» e uma «consciência nova para verdades que até agora permaneceram mudas». Sentido e consciência esses que são tributários do jurista, mas também do cidadão e, bem assim, da Academia e da Sociedade que, tal como ontem, devem permanecer permanentemente em diálogo. Importa, pois, que se tome consciência de que a cidade, como espaço público de liberdade e identidade, é hoje, como no passado o foi, o lugar do encontro ou, melhor dito, dos (re)encontros. Saibamos, então, tal como o Direito, (re)encontrarmo-nos nesse espaço e «não deixar ninguém para trás».

As palavras necessárias

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

A Escola de Direito da Universidade do Minho (EDUM) comemora este ano de 2023 os seus 30 anos de existência. À semelhança do que aconteceu nas comemorações dos seus 10 e 20 anos, a celebração dos 30 anos da Escola de Direito levou à publicação desta obra coletiva, em dois volumes, onde consta o trabalho científico de muitos docentes e investigadores.

Coincidindo com os 30 anos da EDUM, assinala-se também este ano o Centenário de Francisco Salgado Zenha, tendo a Escola promovido algumas iniciativas nesse contexto. Assim, estes Estudos em Comemoração dos 30 anos da EDUM assinalarão também o centenário do Dr. Salgado Zenha, encontrando-se nesta obra, por isso, alguns testemunhos pessoais.



UMinho Editora



Universidade do Minho

ISBN 9789899074217



9 789899 074217 >